

Los delitos laborales

**Manuela Abeleira Colao, Dolores Carrascosa
Bermejo, Antonio V. Sempere Navarro**

(dirección y coordinación)



Derecho del Trabajo
y Seguridad Social

LOS DELITOS LABORALES

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Director

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos (s.e.) y Magistrado de la Sala IV del Tribunal Supremo

Consejo Asesor

Yolanda Cano Galán, Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos.

María Emilia Casas Baamonde, Catedrática de la Universidad Complutense, presidenta de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y expresidenta del Tribunal Constitucional.

Susana Rodríguez Escanciano, Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de León.

Joaquín García Murcia, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

Antonio Ojeda Avilés, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Sevilla.

Lourdes López Cumbre, Catedrática de la Universidad de Cantabria.

Eduardo Rojo Torrecilla, Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Carmen Sánchez Trigueros, Catedrática de la Universidad de Murcia.

LOS DELITOS LABORALES

Dirección y Coordinación

Manuela Abeleira Colao

Dolores Carrascosa Bermejo

Antonio V. Sempere Navarro

30

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2024

Primera edición: noviembre de 2024

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

- © De los contenidos, los autores
- © Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-24-214-4 (edición en papel)
144-24-215-X (edición en línea, PDF)
144-24-216-5 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-3010-7

Depósito legal: M-24448-2024

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

RELACIÓN DE AUTORES

MANUELA ABELEIRA COLAO

Profesora Adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad San Pablo-CEU

MARÍA DEL MAR ALARCÓN CASTELLANOS

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos

CAROLINA BLASCO JOVER

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante

SUSANA BRAVO SANTAMARÍA

Abogada. Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos

DOLORES CARRASCOSA BERMEJO

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pontificia Comillas-ICADE (Madrid) (Acreditada Profesora Titular de Universidad)

M.^a ELISA CUADROS GARRIDO

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia

M.^a BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Miguel Hernández (Elche)

CARLOS DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA

Profesor Permanente de la Universidad Complutense de Madrid.
Investigador en el Instituto Complutense de Ciencia de la Administración

MIGUEL GUTIÉRREZ PÉREZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Extremadura

JAVIER GÓMEZ LANZ

Profesor Ordinario de Derecho Penal de la Universidad Pontificia Comillas-ICADE (Madrid)

MARÍA JOSÉ LÓPEZ ÁLVAREZ

Profesora Ordinaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pontificia Comillas-ICADE (Madrid)

ÓSCAR LÓPEZ BERMEJO

Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Granada)

ISABEL MARÍN MORAL

Profesora Titular acreditada de la Universidad Francisco de Vitoria.

ROCÍO MARTÍN JIMÉNEZ

Profesora Adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad San Pablo-CEU

RODRIGO MARTÍN JIMÉNEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos. Abogado

EVA MAS GARCÍA

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UNIR

LOURDES MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos

DAVID MONTOYA MEDINA

Profesor Titular (acreditado Catedrático) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante

GRATIELA-FLORENTINA MORARU

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha

ANA OLALDE GARCÍA

Profesora Colaboradora Doctora de Derecho Penal de la Universidad San Pablo-CEU

FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia. Doctor en Derecho.

ANA ISABEL PÉREZ CAMPOS

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos

JOSÉ MARÍA RÍOS MESTRE

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

Catedrático acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos. Magistrado del Tribunal Supremo

CATALINA SMINTINICA

Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha

JUAN IGNACIO DEL VALLE DE JOZ

Doctor en Derecho. Letrado de la Administración de la Seguridad Social

ARTURO VALDÉS TRAPOTE

Magistrado de lo Penal

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
CUESTIONES GENERALES	11
1. Trabajo, delitos y penas: una visión introductoria. <i>Rodrigo Martín Jiménez y Antonio V. Sempere Navarro</i>	11
2. Relación entre la infracción administrativa y los delitos cometidos por los empresarios. <i>María del Mar Alarcón Castellanos</i>	91
3. Canal de denuncias de delitos y protección del trabajador denunciante (Directiva UE/1937/2019 y Ley 2/2023). <i>Carolina Blasco Jover</i> ..	125
DELITOS SOBRE EMPLEO E INMIGRACIÓN	171
4. Contratación irregular de extranjeros y menores (CP art. 311 bis). <i>Ana Isabel Pérez Campos</i>	171
5. Tráfico ilegal de mano de obra y favorecimiento de la emigración irregular (CP art. 312 y 313). <i>Óscar López Bermejo</i>	207
6. Trata de seres humanos con finalidad de trabajo forzoso, servidumbre y esclavitud (CP art. 177 bis). <i>Dolores Carrascosa Bermejo</i>	227
7. Favorecimiento de la inmigración ilegal (CP art. 318 bis). <i>Manuela Abeleira Colao</i>	287
DELITOS SOBRE CONTRATACIÓN	335
8. Ocupación de trabajadores sin alta en la Seguridad Social (CP art. 311.3º). <i>Francisco Javier Fernández Orrico</i>	335
9. Camuflaje de la contratación laboral (CP art. 311.2º). <i>M.ª Elisa Cuadros Garrido</i>	369

	Páginas
DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE QUIEN TRABAJA	387
10. Imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social lesivas de los derechos de las personas trabajadoras (CP art. 311.1º). <i>Gratiela-Florentina Moraru</i>	387
11. Infracción de normas de seguridad y salud laboral (CP art. 316 y 317) <i>M.ª Belén Fernández Collados</i>	413
12. La protección, también penal, del derecho de huelga (la derogación del CP art. 315.3). <i>Susana Bravo Santamaría</i>	439
13. La tutela penal del ejercicio del derecho de libertad sindical (CP art. 315). <i>Isabel Marín Moral</i>	463
14. Los delitos de discriminación laboral (CP art. 314). <i>Rocío Martín Jiménez</i>	499
15. Acoso laboral (CP art. 173). <i>David Montoya Medina</i>	533
16. Acoso sexual (CP art. 184). <i>Ana Olalde García</i>	575
17. Cesión ilegal de trabajadores (CP art. 312.1). <i>Miguel Gutiérrez Pérez</i>	601
18. Delitos contra la intimidación en el entorno laboral (CP art. 197.1). <i>Javier Gómez Lanz</i>	621
DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL Y FRAUDE DE SUBVENCIONES	647
19. Fraude contra la Seguridad Social por impago de cuotas (CP art 307 y 307 bis). <i>Fulgencio Pagán Martín-Portugués</i>	647
20. Fraude en la obtención y disfrute de prestaciones de Seguridad Social. (CP art. 307 ter). <i>Lourdes Meléndez Morillo-Velarde</i>	675
21. Fraude y «malversación» de subvenciones laborales (CP art. 308 y 308 bis). <i>Catalina Smintinica</i>	709
LA EMPRESA COMO SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO LABORAL	735
22. Responsabilidad de las personas jurídicas, sus administradores y encargados por delitos laborales (CP art. 318). <i>Carlos de Fuentes García-Romero de Tejada</i>	735
23. Administración desleal de empresas (CP art. 252). <i>Arturo Valdés Trapote</i>	767
24. Insolvencia punible (CP arts. 259 ss.). <i>José María Ríos Mestre</i>	779
25. Frustración de la ejecución (CP art. 257 a 258 ter). <i>Juan Ignacio del Valle de Joz</i>	815
26. Estafa procesal en el ámbito social (CP art. 250.1.7º). <i>Guillermo Rodríguez Iniesta</i>	841
27. Revelación de secretos empresariales (CP art. 278 a 280). <i>María José López Álvarez</i>	867
28. Intrusismo profesional (CP art. 403). <i>Eva M. Mas García</i>	899

CUESTIONES GENERALES

TRABAJO, DELITOS Y PENAS: UNA VISIÓN INTRODUCTORIA

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Catedrático de Universidad. Magistrado del Tribunal Supremo

RODRIGO MARTÍN JIMÉNEZ

Profesor Titular de la URJC. Abogado

SUMARIO: I. Preliminar. II. Cuestiones dogmáticas. 1. Derecho Sancionador y Derecho del Trabajo. 2. Derecho Penal y Derecho del Trabajo. 3. Derecho Administrativo y Derecho del Trabajo. 4. Derecho Sancionador Público del Trabajo. III. Derecho sancionador y *ius puniendi* del Estado. 1. Clases de sanciones. 2. Elementos de la sanción penal. 3. La doble vertiente penal y administrativa del Derecho sancionador. IV. Derecho sancionador público en el ámbito laboral. 1. Tipología de sanciones. 2. Las fuentes del Derecho Sancionador Público del Trabajo. 3. Visión laboralista del Código Penal. V. Derecho sancionador en las relaciones laborales: principios y reglas. 1. Diferenciación. 2. Garantías constitucionales. 3. Enumeración. VI. Principios básicos: legalidad, tipicidad, irretroactividad. 1. El principio de legalidad-tipicidad. 2. El principio de irretroactividad. VII. Principios básicos: proporcionalidad, culpabilidad. 1. El principio de proporcionalidad. 2. El principio de culpabilidad. VIII. Principios básicos: presunción de inocencia. 1. Concepto. 2. Alcance penalista del principio. IX. Principios básicos: *non bis in idem*. 1. Concepto y significado. 2. Conexión con la cosa juzgada. 3. Efecto negativo de la cosa juzgada. 4. Efecto positivo de la cosa juzgada. X. La sanción penal: aspectos generales. 1. Clases de penas. 2. Punibilidad. 3. Modificación de la pena o de la modalidad de su ejecución. 4. Reglas de determinación de la pena aplicable. 5. Condiciones de procedibilidad. 6. Causas de extinción de la responsabilidad. 7. Otras consecuencias del delito.

I. PRELIMINAR

La presente monografía colectiva pretende ser un estudio sobre los delitos que se cometen en el ámbito laboral y muy especialmente aquellos que atentan contra las personas trabajadoras. La delincuencia ha ido evolucionando a la misma velocidad que lo hacen las propias relaciones laborales y necesita de un marco jurídico que garantice su seguridad. Aparecen así nuevas acciones delictivas como el ciberacoso y se perpetúan otros como la trata de seres humanos o la explotación laboral cuya incidencia crece en entornos laborales cada vez más internacionalizados. Parece conveniente, pues que la doctrina laboralista estudie y reflexione sobre el particular.

Por otro lado, las empresas, que también son sujetos sometidos a responsabilidad penal, deben velar por el control y la prevención frente a posibles actos delictivos dentro de sus organizaciones. Es aquí donde cobran relevancia los programas de cumplimiento normativo y las obligaciones adquiridas en este ámbito por el empresario que también deben ser analizadas en profundidad, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad personal que corresponda en cada caso, atendiendo al grado de implicación en la comisión de los hechos delictivos.

Aunque existen otras valiosas publicaciones con enfoques similares al presente, ni son muchas, ni todas ellas está actualizadas, ni parece que hayan agotado el tema. Por tanto, la presente obra aspira a convertirse en la monografía de referencia sobre el particular, a lo que debe contribuir su edición tanto en formato papel cuanto en versión digital y de acceso abierto.

No significa lo anterior que con el contenido que sigue queda cerrada la versión laboralista de las normas y categorías penales, puesto que en infinidad de supuestos podemos y debemos aplicar esa metodología. A título de ejemplo, puede cometer delito de prevaricación el cargo público que, como represalia por la denuncia formulada en su contra por miembro de partido distinto, decide cesar de su puesto de trabajo a una empleada interina por su parentesco con el denunciante¹.

El estudio que sigue no ha podido contentarse con la glosa de las normas penales, sino que frecuentemente ha debido interaccionar con el ordenamiento sustantivo tutelado (el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social). Por ejemplificar, no coincide el concepto de acoso laboral y el presupuesto por el

¹ STS-PE 439/2022 de 4 mayo. La sentencia asume no solo la construcción jurisprudencial sobre represalias a quien ha ejercido la libertad de expresión y opinión sino también, aunque sin especial teorización, el concepto de la discriminación refleja o por asociación. Su estudio puede verse en *Anuario de Jurisprudencia Laboral 2022*, AEBOE.

tipo delictivo². Ha de tenerse en cuenta, por consiguiente, que el sentido y el alcance que poseen los conceptos jurídicos no son o no tienen por qué ser coincidentes en sus diferentes ramas.

II. CUESTIONES DOGMÁTICAS

1. Derecho Sancionador y Derecho del Trabajo

A) PUNTO DE PARTIDA: LA COERCIBILIDAD DE LAS NORMAS

La existencia del ordenamiento jurídico –al margen de su consideración como un todo unitario y cerrado³– se justifica en función de la imperatividad de las normas que lo integran. La vocación del Derecho se encuentra precisamente en su potencialidad aplicativa, ya sea por los poderes públicos, ya sea por los destinatarios de las normas. Sobre éstos recae el deber jurídico de ajustar sus conductas a lo establecido en aquéllas, en lo que –caso de materializarse efectivamente– podría denominarse aplicación normal o pacífica (autónoma) de las normas. Ocurre, sin embargo, que los destinatarios de las normas no siempre acomodan sus conductas a los imperativos contenidos en ellas; es entonces cuando los *aplicadores oficiales* y, dentro de éstos, los órganos administrativos y jurisdiccionales encargados de velar por el cumplimiento de las normas –y también, en su caso, los sujetos privados–, reaccionan sancionando los eventuales incumplimientos a través de los procedimientos establecidos al efecto, pues si el Derecho careciese de coactividad –elemento esencial que lo diferencia de las simples reglas morales– el orden jurídico lesionado no quedaría restablecido y, por tanto, una de sus funciones principales quedaría en entredicho.

B) AMBIVALENCIA DEL CONCEPTO «SANCIÓN»

Como primera aproximación al tema, puede decirse que la sanción es toda consecuencia jurídica negativa del incumplimiento de un deber normativo; todo

² La STS-PE 45/2021, de 21 de enero, recuerda los requisitos exigibles: a) actos hostiles o humillantes, sin llegar a constituir trato degradante; b) reiterados; c) ejecutados en el seno de una relación laboral o funcional; d) aprovechamiento por el sujeto activo de su superioridad; e) gravedad del acoso globalmente considerado. La reiteración de actos es exigencia del tipo. No basta para determinar la gravedad requerida, aunque sin duda la persistencia y mayor o menor repetición son factores a ponderar para dilucidar sobre la gravedad o no del acoso. Véase su estudio en el *Anuario de Jurisprudencia Laboral 2022*, AEBOE.

³ Cfr. L. Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 162 ss.

incumplimiento normativo es –al menos potencialmente– generador de una sanción y su fundamento se encuentra en la necesidad de restablecer el orden jurídico perturbado. Junto a esta acepción restrictiva o estricta del término sanción, es preciso reconocer –y, al tiempo, descartar– otras nociones más amplias que, sin perjuicio de su utilidad conceptual y dogmática, resultan inservibles a los fines más limitados y precisos que persigue la noción de sanción. Así, la que identifica la sanción con el simple fenómeno de previsión y regulación de una conducta por el ordenamiento jurídico⁴ o, más restringidamente, con toda consecuencia jurídica (positiva o negativa) derivada de la aplicación del Derecho⁵, pues en ambos casos, la sanción no podría distinguirse conceptualmente de la norma en sí, e incluso del ordenamiento jurídico en su conjunto, de tal forma que el Derecho sancionador tampoco diferiría en esencia del Derecho sin más.

C) ACEPCIÓN AMPLIA: SANCIONES PRIVADAS

En sentido amplio, el término sanción –y, por tanto, el Derecho sancionador– equivale a toda consecuencia negativa de un previo comportamiento antijurídico⁶. La idea es útil para explicar el Derecho sancionador privado que, en la disciplina del Derecho del Trabajo, se corresponde con los poderes del empresario y la facultad que éste tiene para imponer sanciones a los trabajadores a su servicio como consecuencia de la comisión de infracciones o faltas. Al mismo tiempo, comprende el amplio campo del Derecho sancionador público del trabajo, íntimamente ligado, como se verá en los epígrafes siguientes, a las disciplinas jurídicas penal y administrativa.

De acuerdo con este concepto de sanción, resulta que las sanciones privadas nacen como respuesta de los individuos –en este caso de los empresarios– ante lesiones o transgresiones de los derechos e intereses que les reconoce el ordenamiento; el mantenimiento o reparación de estos derechos e intereses se produce mediante la imposición de sanciones, configuradas como actos de autotutela privada. El reconocimiento a determinados sujetos de la facultad de imponer sanciones no significa, como es lógico, que tales actos, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad (de ahí su incardinación en la autotutela), estén exentos de control judicial,

⁴ Así, F. LÓPEZ, *Introducción a la teoría del Derecho* (J. De Lucas, Coord.), 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 247.

⁵ F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, p. 534.

⁶ N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, Debate, Madrid, 1995, pp. 118 y 119; M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1994, pp. 21 y 22.

pues la garantía jurisdiccional constituye un pilar básico del Estado de Derecho y todas las personas, como dice el art. 24.1 CE, tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

D) ACEPCIÓN ESTRICTA: SANCIONES PÚBLICAS

En sentido estricto, la sanción se asimila a las consecuencias negativas impuestas por una Autoridad pública, ya se trate de la Jurisdicción penal o de un órgano administrativo⁷.

Surge así un conjunto de normas jurídico-públicas que regulan y establecen la imposición de sanciones –de oficio o a instancia de parte– por órganos públicos encargados de velar por el cumplimiento del ordenamiento objetivo cuando están en juego los intereses generales de la comunidad. Cuáles son los elementos que permiten distinguir *prima facie* los intereses generales de otros intereses también dignos de protección –como los colectivos y los supraindividuales– es una cuestión que pertenece más al terreno de la pura especulación sociológica que al científico del Derecho⁸, pudiendo afirmarse, en línea de principio, que la concreción de los intereses generales depende esencialmente de la interpretación que de las siempre cambiantes necesidades sociales hagan los poderes públicos con potestad normativa; significa esto que son las propias normas las que se encargan de positivizar estos intereses⁹ dando así cumplida satisfacción a la seguridad jurídica consagrada en nuestra Constitución (art. 9.3).

E) DERECHO SANCIONADOR PÚBLICO Y PRIVADO

De lo expuesto hasta ahora se constata la existencia de dos ramas o vertientes del Derecho sancionador: privada y pública. Esta distinción es de capi-

⁷ Así, por ejemplo, S. DEL REY GUANTER, *Potestad sancionadora y Jurisdicción penal en el orden social*, MTSS, Madrid, 1990, p. 195.

⁸ Sobre el concepto de intereses generales en la Constitución recomendamos la lectura del artículo de A. NIETO GARCÍA, «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185-2253. Vid. también F. SÁINZ MORENO, «Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico», *RAP* n.º 78, 1976, p. 63 ss.; del mismo, *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, p. 313-346.

⁹ Sobre esta cuestión puede verse L. PAREJO ALFONSO, «La Administración. Función pública», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y M. CLAVERO ARÉVALO, *El Derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Civitas, Madrid, 1997, p. 300.

tal importancia, pues tanto los principios que inspiran la imposición de unas y otras sanciones como las garantías procedimentales o, en fin, las vías para su impugnación, difieren entre sí. Ahora bien, en cuanto a su configuración básica, comparten una misma lógica que, muy esquemáticamente, se manifiesta en la correlación entre el incumplimiento de un deber u obligación previamente tipificado en la norma y la sanción (también tipificada) que corresponde imponer al sujeto legitimado. De ahí la utilidad de la doble configuración, pública y privada, de la sanción.

Sanciones públicas y privadas existen prácticamente en todos los sectores o ramas del ordenamiento; en algunas de ellas sólo se manifiesta en su vertiente privada; en otras sólo se aprecia en su dimensión pública; por último, como sucede en el Derecho del Trabajo, hay normas sancionadoras que se manifiestan en su doble dimensión, pública y privada. En este sentido, creemos oportuno desde ahora indicar que, salvo alusiones puntuales cuando proceda, el régimen jurídico del poder disciplinario del empresario, en tanto entronca directamente con el contrato de trabajo –auténtico eje del Derecho del Trabajo¹⁰– debe entenderse referido a su ámbito específico, sin que sus reglas sean extrapolables a las sanciones públicas.

La peculiaridad del Derecho sancionador del trabajo se encuentra en que, junto al lógico reconocimiento al empresario del poder disciplinario, existe un conjunto de normas que imponen a éste –y también a los trabajadores– una serie de obligaciones de naturaleza jurídico-pública que bien pudieran encuadrarse en los ámbitos respectivos de los Derecho Administrativo y Penal, pero que, sin embargo, precisamente por incidir directamente en la relación de trabajo, también son catalogables como de Derecho del Trabajo. A esta recíproca influencia de los ordenamientos laboral, administrativo y penal están dedicados los epígrafes siguientes.

2. Derecho Penal y Derecho del Trabajo

A) EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

El Derecho Penal es el Derecho punitivo por excelencia en todos los ordenamientos jurídicos. No cabe duda de que determinados bienes e intereses –la vida, la integridad física, el patrimonio– han de ser fuertemente protegidos mediante el establecimiento de mecanismos jurídicos sancionatorios a cargo de

¹⁰ M. ALONSO OLEA, *Lecciones sobre contrato de trabajo*, IEP, Madrid, 1968, pág.1 ss.

instancias públicas (Jurisdicción penal), cuya activación tiene lugar –de oficio o a instancia de parte– en el momento en que tales bienes e intereses son lesionados¹¹. La protección penal no alcanza a toda situación o relación jurídicamente protegida, pues el carácter residual (subsidiario, de intervención mínima y última) del Derecho Penal restringe su ámbito a aquellos bienes e intereses que, por sus peculiares características, en un momento determinado son considerados como esenciales para el buen funcionamiento de las relaciones sociales. Uno de los principios sobre el que descansa el Derecho Penal moderno es el de intervención mínima, según el cual, «el aparato punitivo reserva su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena; tan grave decisión se funda a su vez en la importancia de los bienes jurídicos en juego y en la entidad objetiva y subjetiva de las conductas que los ofenden»¹².

B) DINAMICIDAD DE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

El relativismo que inmediatamente adquiere el Derecho Penal –a pesar de su aparente inamovilidad¹³– es consecuencia lógica de la variabilidad de las necesidades sociales, positivizadas en cada momento en la normativa penal. Entre los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal se encuentran algunos que directa o más matizadamente –por ser comunes a otras realidades– están presentes en el ámbito de las relaciones laborales: vida e integridad física de los trabajadores, condiciones de trabajo, libertad sindical, etc. Sin embargo, no puede pensarse, como advertíamos unas líneas más arriba, que el contenido de lo que hoy pudiera denominarse Derecho Penal del Trabajo¹⁴ ha permanecido invariable a lo largo del tiempo. Distintos factores, entre los que destacan los puramente sociales, los económicos y los de índole política, po-

¹¹ Como ha razonado el Tribunal Constitucional, aunque en voto particular y *obiter dictum*, «la misma entraña del Derecho Penal y de su doble función (...) constituye el mínimo ético indispensable para la convivencia en sociedad por llevar aparejado el máximo reproche social tanto en su faceta retributiva como en la pedagógica, así como las más duras consecuencias a través de la pena, cuyo carácter infamante y su repercusión en el futuro (...) la hacen especialmente gravosa y temible» (STC 99/2000, de 10 de abril).

¹² Voto particular de la STC 99/2000, de 10 de abril.

¹³ Cfr. A. DE MIGUEL GARCILÓPEZ, *Relativismo penal (discurso académico en la R. A. J. L)*, Madrid, 1978, pp. 29 ss.

¹⁴ Así, por ejemplo, A. BAYLOS GRAU y J. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho Penal del trabajo*, 2.ª ed., Trotta, Madrid, 1997, y antes L. ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho Penal del trabajo*, Praxis, Barcelona-Madrid, 1988.

nen de manifiesto una importante evolución de la normativa penal en relación con el mundo del trabajo. Así, mientras las primeras normas penales se orientaron, en un contexto de liberalismo político, a la protección del patrimonio empresarial frente a posibles agresiones de los trabajadores agrupados en sociedades ilícitas, el Derecho Penal moderno –sobre todo a partir del Código de 1995– se dirige cada vez más a la protección de los derechos sociales de los trabajadores, dentro de los que se encuentra, como consecuencia lógica de la extraordinaria dimensión que en nuestros días han adquirido las relaciones de laborales, todo el complejo de relaciones satélites o nucleares (según se mire) a éstas como las de Seguridad Social, seguridad y salud en el trabajo, e incluso la política de empleo y el trabajo de extranjeros.

C) INCORPORACIÓN DE BIENES SOCIOLABORALES AL DERECHO PENAL

La evolución y el perfeccionamiento del Derecho del Trabajo actual ha dado como resultado, desde una óptica penal, la penetración de instituciones típicamente laborales –v.g., libertad sindical– en el núcleo del Derecho Penal, entendido como conjunto normativo preventivo y, al tiempo, represivo, de conductas graves que merecen la máxima sanción del ordenamiento. La importancia cada vez mayor de los delitos laborales en el conjunto de las normas penales evidencia una vez más la importancia de unos bienes jurídicos nacidos en el seno de las relaciones de trabajo que hoy –y esperemos que por largo tiempo– se encuentran en alza. Ejemplo de cuanto se dice es la modificación del artículo 311 del Código Penal en virtud 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, que añade un apartado 2.º tipificando como delito la conducta de quienes «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».

No obstante, la conexión entre las normas penales y las típicamente laborales es de género a especie, lo que significa que la dogmática y el fundamento sobre el que se asienta la construcción del Derecho Penal no resulta alterado por el hecho de que existan delitos de proyección laboral o, más ampliamente, social. La especialidad material de los delitos permite poner en contacto al Derecho Penal con otras ramas o sectores del ordenamiento en una relación,

como acabamos de decir, de género a especie. Las sólidas bases sobre las que aquél se asienta no permiten, en cambio, una mixtificación normativa más allá de la integración por absorción de las normas especiales (laborales, en este caso) en las generales (penales). Por eso, las normas reguladoras de los delitos laborales (o sociales) no son más que una parte del gran edificio del Derecho Penal que, obviamente, resulta enriquecido por la integración en su seno de normas laborales, de Seguridad Social, de seguridad y salud en el trabajo y, en fin, de política de empleo. De esta manera, el examen de los delitos laborales no puede hacerse desde una óptica estrictamente jurídico-penal sino que es preciso a tal fin conocer a fondo el contenido y la interpretación dada por los Tribunales a las normas laborales.

3. Derecho Administrativo y Derecho del Trabajo

Una breve referencia ha de hacerse, necesariamente, al Derecho Administrativo sancionador, por cuanto que, proyectado al ámbito sustantivo laboral, permite apreciar importantes conexiones con el Derecho Penal en cuanto a los bienes e intereses jurídicamente protegidos y, por tanto, a las conductas susceptibles de ser incardinadas en los tipos de infracción.

El protagonismo de la Administración ha sido, desde los orígenes del Derecho del Trabajo y sin solución de continuidad, una de las notas caracterizadoras de las relaciones laborales en nuestro país. Los intereses generales implicados en ellas y la creciente complejidad de estas relaciones determinaron la creación de un importante aparato orgánico e institucional cuyas funciones han cambiado en buena parte a lo largo de la historia, pero cuya trascendencia no ha declinado en nuestros días. Quizá esta circunstancia explique la genética vinculación –aunque sólo parcial– de la disciplina jurídico-laboral al Derecho Administrativo¹⁵, lo que, por otra parte, se manifiesta hoy en la idea, cada vez más consolidada, de un Derecho Administrativo del Trabajo como parte especial del amplísimo Derecho que rige la actuación de las Administraciones públicas¹⁶, al igual que ya sucede con el Derecho Administrativo sancionador¹⁷ y, más específicamente con el Derecho Administrativo sancionador del trabajo. Resulta a estos efectos sumamente ilustrativo y esclarecedor ob-

¹⁵ Cfr. M. ALONSO GARCÍA, «Derecho Administrativo y Derecho del Trabajo», *RGLJ* n.º 201, 1956, pp. 470 ss., en especial, 484 ss.

¹⁶ Así, J. R. MERCADER UGUINA y C. TOLOSA TRIBIÑO, *Derecho Administrativo laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

¹⁷ Así, A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo sancionador*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994.

servar cómo surgen las primeras Cátedras de Derecho del Trabajo en España en los años 50, y la conformación de sus Tribunales por especialistas de otras disciplinas, muy señaladamente del Derecho Administrativo¹⁸.

La Constitución Española y el Estatuto de los Trabajadores –éste, muy especialmente, tras las importantes reformas de 1994– han configurado un modelo de relaciones laborales radicalmente distinto al que existía con anterioridad, lo cual ha desembocado, lógicamente, en un replanteamiento del papel que debe desempeñar la Administración pública en el seno de unas relaciones arbitradas fundamentalmente por los actores sociales o bien por los propios trabajadores individualmente a través del contrato de trabajo, pues es cierto que la protección tradicionalmente otorgada al trabajador estaba fundamentada en unas bases que en la actualidad no son irrefutables. La anterior afirmación no puede conducirnos, sin embargo, a la precipitada conclusión de que el ordenamiento actual confiere a la Administración pública una posición subalterna o marginal en el ámbito de las relaciones laborales, pues, aunque, por una parte, es posible certificar –hoy sí– la defunción de sus facultades normativas, todavía mantiene importantes funciones –de autorización y sancionadoras, principalmente– que le confieren un papel destacado en este ámbito.

4. Derecho Sancionador Público del Trabajo

A) TUTELA COACTIVA DEL INTERÉS GENERAL

Ya se ha apuntado, y ahora se insiste, en la idea de que la regulación de las conductas humanas por el ordenamiento obedece a la protección de determinados bienes e intereses relevantes para el Derecho, y que esta protección puede brindarse mediante normas de Derecho público o de Derecho privado, según factores variables de muy diversa índole. La lesión de un interés particular puede dar lugar a un conflicto *inter partes*, en principio solucionable a través de los mecanismos judiciales o extrajudiciales establecidos al efecto, mientras que la transgresión del interés general desemboca en la intervención de una Autoridad pública, ya se trate de la Administración o de la Jurisdicción penal.

¹⁸ M. J. MARÍA E IZQUIERDO, «Las primera Cátedras de Derecho del Trabajo en España», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, n.º 10, 2007, pp. 251-267.

La lesión del interés general, por lo demás, no resulta incompatible con la eventual lesión de un interés particular, individual o colectivo. Así, es comprensible, que determinados incumplimientos del empresario tipificados como infracción den lugar, además de a la correspondiente sanción administrativa o penal, a un resarcimiento privado de los sujetos afectados por la infracción cometida por aquél.

B) FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LA SANCIÓN PÚBLICA

El ordenamiento, ya lo dijimos, encomienda a los poderes públicos la vigilancia y salvaguarda de aquellos bienes jurídicos que, por su importancia en cada momento, adquieren relevancia jurídico-pública por expresa voluntad de la Ley. En consecuencia, la imposición de sanciones públicas se justifica y ampara en la infracción de determinadas normas del ordenamiento objetivo¹⁹, esto es, en el incumplimiento de un genérico deber de obediencia que adquiere relevancia jurídico-pública al existir un interés público que exige la puesta en marcha del aparato represivo del Estado. De este modo, técnicamente no es posible configurar a las sanciones como instrumentos de solución de los conflictos entre partes aunque, de hecho, pudieran éstos subyacer a aquélla, pues no es la lesión del interés particular, sino el daño a los intereses generales de la comunidad el fundamento sobre el que se asienta el *ius puniendi* del Estado.

C) SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENAS EN EL ORDENAMIENTO LABORAL

Dependiendo de factores de muy diversa índole, la lesión de los bienes e intereses con relevancia jurídico-pública da lugar, según los casos, a la imposición de penas judiciales en sentido estricto o de sanciones administrativas. El traslado de tal esquema al mundo de las relaciones laborales explica que el ordenamiento articule un doble mecanismo de protección: sanciones penales y sanciones administrativas que coincide en los tipos infractores con la consiguiente dificultad de deslindar el terreno propio de unas y otras. Baste comprobar a este respecto la virtualidad de los arts. 307 a 309 y 311 y ss del vigente Código Penal y de la totalidad del articulado de la Ley de Infracciones y San-

¹⁹ A. MONTÓYA MELGAR, «La responsabilidad del empresario frente a la Administración de trabajo», *RAP* n.º 52, 1967, pp. 155 y 156; también, del mismo autor, *Jurisdicción y Administración de trabajo*. Tecnos, Madrid, 1970, p.120.

ciones en el Orden Social. El tratamiento unitario de ciertas materias correspondientes al Derecho Administrativo Sancionador y al Derecho Penal acoge no se justifica únicamente en la identidad de la materia sobre la que ambos se proyectan; a esto se une la aplicación –aunque con matices– de unos mismos principios y reglas, lo que facilita el estudio conjunto de dos parcelas englobadas en disciplinas jurídicas bien distintas, pero que, sin embargo, encuentran un punto de conexión en la materia laboral.

Conforme a las precisiones anteriores, el Derecho sancionador público del trabajo se configura como el conjunto de principios, normas e instituciones que tiene por objeto la regulación de las infracciones, tanto penales como administrativas, así como de las sanciones que corresponde imponer en materia de trabajo, entendida ésta en su significación más amplia que la identifica con las materias laboral, de Seguridad Social, de empleo y de seguridad y salud en el trabajo.

III. DERECHO SANCIONADOR Y *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO

1. Clases de sanciones

El término sanción hace referencia a la imposición de un mal (reproche, castigo) como consecuencia de un comportamiento reprochable. De esta sencilla idea se desprenden varios elementos, que, además de permitir su identificación, determinan la naturaleza o el carácter, público o privado, de la sanción. En primer lugar, es preciso que exista un sujeto con competencia (o potestad) para imponer la sanción; en segundo término –y es éste el elemento de más difícil precisión– ese sujeto resuelve imponer un castigo a –tercer elemento– una persona; por último, el fundamento de la imposición se encuentra en un comportamiento digno de reproche y, como tal, prohibido por el ordenamiento jurídico, en tanto constituye una lesión de un bien o un interés digno de protección y tutela.

En el fondo de la sanción se halla la pretensión de protección eficaz –y la prevalencia– de unos intereses jurídicos frente a otros, que se limitan mediante la imposición de un castigo por entender que, en su relación con aquellos, son merecedores de una menor protección.

2. Elementos de la sanción penal

Siguiendo el esquema del apartado anterior, podemos decir que la sanción pública se conforma por los siguientes elementos:

— Doble elemento subjetivo: la imposición de la sanción ha de realizarse por un poder público, ya sea la Jurisdicción penal o la Administración; el sujeto destinatario de la sanción ha de ser un particular, si bien, como veremos seguidamente, las sanciones administrativas también son susceptibles de ser impuestas a personas jurídicas.

— Elemento objetivo: la concreta sanción que va a ser impuesta.

— Elemento causal: el comportamiento (activo u omisivo) merecedor de la sanción.

A) SUJETO ACTIVO

La imposición de sanciones públicas se reserva en nuestro ordenamiento a la Jurisdicción penal (sanciones penales) y a la Administración (sanciones administrativas).

La identificación de los órganos que integran la Jurisdicción penal no plantea problema alguno en tanto la organización judicial y la planta de este orden vienen establecidas con claridad en la normativa que es de aplicación (LOPJ, LECri, LDPJ). Su separación respecto de los órganos de otros órdenes jurisdiccionales es bien sencilla: en la base (territorial) se encuentran los Juzgados de instrucción (frente a los civiles de primera instancia, los contencioso-administrativos, de lo contencioso-administrativo y los laborales, de lo social); en un escalón superior, las Audiencias Territoriales (frente a las Salas de lo civil, contencioso-administrativo y social de los Tribunales Superiores de Justicia, de ámbito territorial autonómico) y, por último, la Sala II, de lo Penal, del Tribunal Supremo que, junto a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, tiene competencia en todo el territorio nacional.

Por otra parte, desde un punto de vista material, los órganos jurisdiccionales del orden penal tienen atribuida en exclusiva –en el doble sentido de exclusividad frente a otros órganos jurisdiccionales de distinto orden y de exclusión de otras materias– competencia para determinar la existencia o inexistencia de delito; teniendo en cuenta que los delitos se regulan (tipifican) en el Código penal, la labor de localización de la normativa aplicable se simplifica notablemente; no obstante, es posible que la norma penal necesite para su complemento de otras prescripciones, con lo que en ocasiones se dificulta esta tarea, amén de las dificultades que ello supone.

B) SUJETO PASIVO

Sujeto sancionado solo puede ser el responsable de la falta o delito en cuestión. Esta es la regla general que no admite excepción en el Derecho Penal, como consecuencia lógica de los principios de personalidad de la pena y de imputación de responsabilidad por dolo (intención maliciosa) o culpa (imprudencia o negligencia). A la personalidad de las penas se refiere expresamente el Código Penal en sus arts. 27 y ss.: «son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices» (art. 27); los autores son «quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento»; también lo son los inductores y quienes cooperan necesariamente en la ejecución del delito o falta (art. 28); los cómplices «cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos» (art. 29); para el caso de que fuese difícilmente determinable el sujeto (persona física) responsable por haberse cometido el ilícito por una persona jurídica, el artículo 31 CP prevé la imputación de responsabilidad penal «(a)l que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro». En fin, el artículo 31 *bis* del Código Penal establece la imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando «los delitos (sean) cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma» o cuando «los delitos (sean) cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso». A tal efecto, se prevé la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica en los casos establecidos en el apartado 2 del citado artículo 31 *bis*: adopción y ejecución con eficacia por el órgano de administración, antes de la comisión del delito, de modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado; elusión fraudulenta por los autores individuales de los modelos de organización y de preven-

ción y diligencia y suficiencia de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano competente.

En cuanto a la exigencia de culpabilidad en orden a la imposición de sanciones penales, los artículos 5 y 10 CP prevén, respectivamente, que «no hay pena sin dolo o imprudencia» y que «son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes».

C) ELEMENTO OBJETIVO

Dependiendo del carácter, penal o administrativo, de la infracción, las sanciones –tanto penales cuanto administrativas– presentan un contenido distinto, no homogeneizable como regla, pero convergente en parte, en tanto hay sanciones (piénsese, por ejemplo, en las pecuniarias), que son susceptibles de ser impuestas tanto por la Jurisdicción penal como por autoridades administrativas.

Las penas o sanciones que pueden imponerse son de tres clases: privativas de libertad (prisión) o medidas de seguridad (*ex* artículo 25.2 CE, *v.g.*, internamiento en un centro hospitalario) –«orientadas hacia la reeducación y reinserción social» y sin que puedan «consistir en trabajos forzados»– (art. 25.2 CE), privativas de otros derechos (inhabilitaciones, suspensiones) y pecuniarias (multas), tal y como informa el artículo 32 CP.

D) ELEMENTO CAUSAL: EL COMPORTAMIENTO (ACTIVO U OMISIVO) MERECEDOR DE LA SANCIÓN

Conforme a los artículos 1, 5 y 10 CP, sólo pueden ser objeto de sanción penal las conductas –activas u omisivas– culpables –dolosas o imprudentes– tipificadas en la Ley. Al margen de la importancia del principio de legalidad en esta materia, importa señalar que con esta previsión pretenden cubrirse todos los supuestos que la Ley considera merecedores de reproche, especialmente aquellos que, por menos evidentes, consisten en la omisión de deberes u obligaciones legales o contractuales o bien en la creación de «una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente» (art. 11 CP); es el caso, por ejemplo, de la omisión del deber de socorro (arts. 195 y 196 CP) o, en materia laboral, de la omisión de las medidas adecuadas de seguridad y salud en el trabajo (arts. 316-318 CP).

Como es lógico, resulta imprescindible que entre la infracción cometida (activa u omisiva) y el resultado acaecido (o, en su caso, la generación del riesgo) medie un nexo causal que permita imputar éste a aquélla. Es preciso indicar, en otro orden de consideraciones, que la taxatividad de las normas sancionadoras penales conlleva la imposibilidad de su aplicación «a casos distintos de los expresamente contemplados en ellas (art. 4.1 CP)», es decir, las normas penales no son susceptibles de interpretación analógica mediante la extensión de sus efectos a otros supuestos.

Aunque sobre ello se dirá algo más adelante, conviene ahora apuntar que los comportamientos dignos de reproche penal se hallan vinculados a la transgresión o vulneración de bienes jurídicos relevantes en grado máximo para el Derecho: la vida, la integridad física, la intimidad, etc. El ordenamiento penal, inspirado en el principio de intervención mínima, queda reservado a la lesión de estos bienes e intereses jurídicos y no a otros que, merecedores de menor reproche, quedan encomendados para su protección y salvaguarda a la Administración o a Jurisdicciones de otro orden.

A veces el elemento subjetivo aparece algo difuminado, surgiendo un concepto de culpa objetivo y dando lugar al llamado delito de resultado, como sucede con la indebida obtención de prestaciones de Seguridad Social²⁰. Por el contrario, en otras ocasiones se observa una ampliación subjetiva de la responsabilidad debido a la amplitud de los sujetos garantes de obligaciones que, como ocurre en materia de seguridad y salud en el trabajo, pudieran catalogarse como inespecíficas o de difícil concreción, y ello en aras quizá a reforzar los bienes jurídicos antes mencionados²¹.

E) CORRELACIÓN ENTRE DEBER PÚBLICO Y SANCIÓN PÚBLICA

La conexión entre infracción normativa e intereses generales presupone que el incumplimiento de deberes de naturaleza jurídico-pública (y sólo éstos) justifica la imposición de sanciones públicas por órganos también públicos. Ya hemos dicho que la calificación de ciertos incumplimientos como de naturale-

²⁰ Por ejemplo, el Código Penal sanciona a quien obtiene prestaciones indebidas de Seguridad Social y a quien lo propicia. Para que eso suceda suele requerirse de previas anomalías (afiliación o cotizaciones indebidas). La STS-PE 150/2020 de 18 mayo califica el supuesto como delito de resultado (sin efectiva concesión de las prestaciones indebidas no surge el delito). Su estudio puede verse en *Anuario de Jurisprudencia Laboral 2020*, AEBOE.

²¹ Entre otras muchas, SSTS/II n.º 614/2021 de 8 julio, sobre responsabilidad penal de administradora que desatiende el control de empresa subcontratista.

za jurídico-pública es una cuestión que depende del Derecho positivo; es evidente que pueden criticarse determinadas sanciones por considerar que las infracciones que las motivan están desligadas de los intereses generales de la comunidad; sin embargo, no es menos cierto que la tipificación legal de ciertos incumplimientos y la asignación a ellos de las correspondientes sanciones presupone la existencia de los referidos intereses.

Importa insistir en la vinculación entre intereses generales y normas jurídico-públicas, en la medida en que la fuente creadora de éstas es un poder público socialmente legitimado para imponer sanciones públicas. La cuádruple conexión entre intereses generales, normas jurídico-públicas, deberes públicos y, en fin, sanciones públicas, permite comprender un sistema lógico-jurídico sancionador dotado de coherencia.

3. La doble vertiente penal y administrativa del Derecho sancionador

A) FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL

De modo muy general puede decirse que la aplicación del Derecho, cuando no se produce de forma autónoma por los destinatarios directos de las normas, puede dar lugar a la intervención heterónoma de un poder público, ya sea la Administración, ya sea la Jurisdicción²². El contenido de esta función aplicativa de las normas no es en absoluto homogéneo, pues mientras corresponde a la Administración la función de ejecutar y hacer efectivos los mandatos normativos a través de técnicas diversas (prestación de servicios públicos, autorizaciones, sanciones, registros, etc.), la Jurisdicción tiene por cometido la resolución de conflictos entre particulares. No obstante esta elemental diferenciación, la Administración pública española ha ejercido, históricamente –y ejerce, aunque en menor grado, en la actualidad– funciones típicamente ejecutivas junto a otras de naturaleza «jurisdiccional»²³. Las conclusiones que pueden extraerse de lo anterior son principalmente tres:

²² Por todos, A. MONTOYA MELGAR, *Jurisdicción y Administración de trabajo. Extensión y límites de sus competencias*, Tecnos, Madrid, 1970.

²³ En pura lógica, como señala J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «estas funciones deberían haber sido transferidas a los Tribunales; sin embargo, la inercia de las costumbres administrativas del Antiguo Régimen, de un lado, y sobre todo la desconfianza de los revolucionarios hacia el estamento judicial, de otro (...) hicieron imposible (...) este reajuste de competencias», *Fundamentos de Derecho Administrativo (I)*, CEURA, Madrid, 1988, pp. 211 y 212.

— Como regla, compete a la Jurisdicción la función de resolver conflictos entre particulares; ha de entenderse dentro de esta función la imposición de sanciones penales, pues también aquí (como regla) aparecen enfrentadas dos partes. Corresponde a la Administración la función ejecutiva, dentro de la que se encuentra la potestad sancionadora.

— Como excepción, funciones materialmente jurisdiccionales pueden ejercer órganos no integrados en el Poder judicial como son la Administración o instituciones (públicas o privadas) de solución extrajudicial de conflictos. También como excepción la Jurisdicción no resuelve conflictos entre particulares cuando aparecen enfrentados, de una parte, el interés público representado por el Ministerio Fiscal y, de otra, un particular.

— La teórica distinción entre el contenido propio de las funciones administrativas y jurisdiccionales queda subordinada a los imperativos jurídicos.

B) SANCIÓN ADMINISTRATIVA Y SANCIÓN JUDICIAL

Partiendo de la incontestable realidad de que en nuestro sistema jurídico existen sanciones públicas de carácter administrativo y de carácter judicial, la doctrina y la jurisprudencia han intentado explicar la dualidad de sanciones públicas a partir de la unidad del poder sancionador público, a partir del *ius puniendi* del Estado. En la actualidad es absolutamente dominante la tesis según la cual la potestad sancionadora de la Administración forma parte, junto con la potestad penal de los Tribunales, de un único *ius puniendi* que se sitúa en un plano superior, de tal forma que ambas potestades no son sino meras manifestaciones de éste. El éxito de esta postura se debe —como explica el prof. Alejandro Nieto²⁴— en parte a razones ideológicas y en parte a razones técnicas: desde un punto de vista ideológico «se atempera el rechazo que suelen producir las actuaciones sancionadoras de la Administración de corte autoritario»; técnicamente, «se proporciona al Derecho Administrativo Sancionador un soporte conceptual y operativo del que antes carecía».

La unidad esencial del Derecho regulador de las infracciones y sanciones —enmarcado, a su vez, en el Derecho público estatal— se justifica en la propia unidad (e indivisibilidad) del Estado; ahora bien, la circunstancia de que este derecho (o poder) sancionador sea esencialmente único no resulta en modo alguno incompatible con el establecimiento de regímenes jurídicos diferencia-

²⁴ *Derecho Administrativo sancionador*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 22.

dos para cada una de las manifestaciones que de él derivan (sanciones penales y sanciones administrativas) en razón a la singularidad de cada una de ellas.

— Por lo pronto, las sanciones administrativas se imponen por autoridades administrativas a través de los procedimientos (administrativos) establecidos a tal efecto: con carácter general, Capítulo III de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; específicamente en materia laboral, Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo; las sanciones penales se imponen por la autoridad judicial penal a través del proceso judicial que corresponda conforme a lo establecido en la LECri.

— Además, los principios rectores del Derecho Penal son de aplicación, si bien «con ciertos matices» al Derecho Administrativo sancionador.

— El carácter último del Derecho Penal (lógico corolario del principio de intervención mínima, característico de esta parcela del Derecho) unido la propia naturaleza de las sanciones de esta clase determina el establecimiento de importantes garantías en favor de los presuntos infractores: legalidad de las penas, presunción de inocencia, proporcionalidad de las sanciones, etc. El Derecho Administrativo sancionador ha tomado en préstamo algunas de estas garantías y las ha integrado en la medida de lo posible en los procedimientos correspondientes.

IV. DERECHO SANCIONADOR PÚBLICO EN EL ÁMBITO LABORAL

1. Tipología de sanciones

Este epígrafe tiene por finalidad poner de manifiesto las dudas que nos asaltan a la hora de precisar, con el rigor necesario, el contenido (o contenidos) que pueden tener las sanciones públicas, particularmente las administrativas en materia laboral, como contraste con las sanciones penales que, como se ha indicado, pueden ser privativas de libertad, privativas de derechos y pecuniarias (art. 32 CP). En el terreno administrativo se detectan algunas sanciones que pudieran catalogarse como «atípicas» cuyos tipos infractores conviven con los de tipo penal.

A) DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

— La obtención indebida por parte empresarial de subvenciones o ayudas para el fomento del empleo, así como la no aplicación o la desviación de

■ LOS DELITOS LABORALES

su destino hacia otras finalidades, dará lugar, además de a la imposición de la sanción pecuniaria correspondiente por infracción muy grave, a la devolución de las cantidades obtenidas indebidamente y las no aplicadas o aplicadas incorrectamente (art. 46.1.c) LISOS).

— Las infracciones leves, graves y muy graves de los trabajadores en materia de empleo y Seguridad Social darán lugar, en vez de a la imposición de sanciones pecuniarias, a la pérdida de la prestación durante un período, respectivamente, de uno, tres y seis meses. En su caso, procederá la devolución de las cantidades indebidamente percibidas (art. 47.1 y 2 LISOS).

B) RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN LOS FENÓMENOS INTEREMPRESARIALES

— Contratas y subcontratas: el empresario principal responde solidariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas por el contratista o subcontratista de obras o servicios de la propia actividad de aquél durante el tiempo de vigencia de la contrata (arts. 42.1 LISOS y 42.2 ET). En materia de seguridad y salud en el trabajo, la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento durante el período de la contrata de las obligaciones impuestas por la LPRL en relación con los trabajadores que ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en estos (art. 42.3 LISOS).

— Sucesión de empresa: los empresarios cedente y cesionario responden solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito (arts. 42.1 LISOS y 44.2 ET).

— La empresa usuaria responde subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición; la responsabilidad será solidaria en caso de celebración indebida o fraudulenta de este contrato (arts. 42.2 y 43.2 LISOS y 16.3 LETT). En materia de seguridad y salud en el trabajo, la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo, así como del recargo de prestaciones (art. 42.3.2.º LISOS).

C) RECARGO DE PRESTACIONES

El recargo de prestaciones (art. 164 LGSS) no puede calificarse en sentido estricto como sanción administrativa pues su finalidad, si bien es en parte pre-

ventiva, fundamentalmente se orienta al resarcimiento por parte del sujeto que sufre el accidente, como lo evidencia el hecho de que su cuantía la perciba el propio trabajador accidentado o sus derechohabientes en forma de incremento de las correspondientes prestaciones del sistema de la Seguridad Social²⁵.

D) MEDIDAS INTERDICTALES

Son medidas adoptadas por las Autoridades públicas (administrativas o gubernativas) cuyo carácter es eminentemente cautelar y preventivo de los accidentes de trabajo y consisten en la paralización, temporal o definitiva, de la actividad laboral o, excepcionalmente, de la decisión empresarial de trasladar a los trabajadores a su servicio.

a. *Paralización de trabajos.*

Los artículos 44 LPRL y 19.5 ET, facultan, respectivamente, a la Inspección de Trabajo y a la Autoridad laboral, para proceder a la paralización de los trabajos en caso de riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores. Su difícil catalogación en el grupo de las sanciones²⁶ –a pesar de que con ella se causa un «mal» o un «daño» a los intereses económicos inmediatos de la empresa– se razona en atención a la tipificación como infracción muy grave de la creación o no evitación de riesgos graves (o muy graves) e inminentes para la seguridad y salud de los trabajadores (arts. 12.16 y 13.10 LISOS) y del incumplimiento de la orden de paralización (art. 13.3 LISOS).

b. *Suspensión de actividades o cierre del centro de trabajo.*

El Gobierno (central o autonómico) podrá acordar la suspensión de las actividades laborales de la empresa por un tiempo determinado o, en casos extremos, el cierre del centro de trabajo cuando concurren circunstancias de excepcional gravedad en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 53 LPRL). Al igual que la paralización administrativa de los trabajos nos encontramos ante una actuación eminentemente preventiva y, por tanto, interdictal, no sancionadora.

²⁵ Argumentos en contra de la tesis sancionatoria del recargo pueden encontrarse originalmente en A. V. SEMPERE NAVARRO, «La responsabilidad por accidente de trabajo», *V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona 1994. También, A. V. SEMPERE NAVARRO y R. MARTÍN JIMÉNEZ, *El recargo de prestaciones*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

²⁶ Vid. R. MARTÍN JIMÉNEZ, *Los actos administrativos laborales y su control jurisdiccional*, CES, Madrid, 2001, pp. 337-340.

c. *Paralización de traslados colectivos.*

La Autoridad laboral podrá paralizar temporalmente la efectividad de la decisión empresarial de traslados colectivos cuando «las consecuencias económicas y sociales de la medida así lo justifiquen (art. 40.2.6.º ET).

2. Las fuentes del Derecho Sancionador Público del trabajo

El Derecho sancionador público del trabajo bebe, por utilizar una expresión gráfica, de las mismas fuentes que manan del Derecho público de corte punitivo o represivo. No cabe duda de que los términos Derecho Penal del Trabajo o Derecho Administrativo Sancionador del Trabajo ponen de manifiesto, antes que nada, que la materia laboral (o, más ampliamente, social) sobre la que se proyecta la acción sancionadora pública, el *ius puniendi*, no es sino una derivación del tronco común del Derecho Penal y del Derecho Administrativo sancionador.

En coherencia con este planteamiento, las fuentes de lo que pudiera constituir un Derecho sancionador del trabajo son las comunes al Derecho Penal (Código Penal) y al Derecho administrativo sancionador. Con todo, los principios inspiradores del ejercicio de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas –traslación, a su vez, de los que sin fisuras rigen en el Derecho penal– no difieren en absoluto de los que resultan de aplicación en materia de imposición de sanciones «de orden social».

3. Visión laboralista del Código Penal

El vigente Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, presta especial atención a la regulación de los delitos en materia laboral, como se desprende de la inclusión de un Título XV que lleva por rúbrica «De los delitos contra los derechos de los trabajadores». En este título se protegen bienes jurídicos tan esenciales a la adecuada conformación de las relaciones laborales como los derechos laborales básicos de los trabajadores (condiciones laborales –también «bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo», de acuerdo con el artículo 1.9 de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre– o de Seguridad Social, *ex* artículo 311 CP), incluidos los extranjeros (arts. 313 y 318 *bis* CP), la igualdad o no discriminación (art. 314 CP), la libertad sindical (art. 315 CP) o, en fin, la seguridad y salud en el trabajo (art. 316

CP). Por otra parte, el patrimonio de la Seguridad Social –y aún el de la Unión Europea– resulta singularmente protegido mediante la inclusión en el Título XIV («De los delitos contra la hacienda pública y contra la Seguridad Social») integrado por tres preceptos (arts. 307-309) que tipifican como delito conductas defraudatorias del empresario en este ámbito (no ingreso de las cuotas correspondientes, obtención fraudulenta de subvenciones, bonificación y ayudas públicas, etc.).

En fin, existen de modo disperso un conjunto de delitos que, si bien no pueden calificarse de laborales en sentido propio sí pueden presentarse asociados, bien del lado patronal, bien del trabajador, a nuestra disciplina. Es el caso, por ejemplo, del acoso sexual «en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios» (art. 184 CP), del descubrimiento y revelación de secretos «de los que tenga conocimiento por razón de oficio o sus relaciones laborales» (art. 199 CP), de la difusión, revelación o cesión de secreto de empresa «llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva» (art. 279 CP), el alzamiento de bienes o la realización de «cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de una embargo o de un procedimiento ejecutivo de apremio» (art. 257 CP), o, finalmente, el intrusismo (art. 403 CP).

La existencia de delitos específicamente laborales –y comunes que, de una u otra forma aparecen vinculados al ámbito de las relaciones de trabajo– no permite establecer ninguna diferenciación respecto de los demás más allá de las especialidades propias derivadas de la aplicación de las normas sustantivas (laborales) en la determinación del exacto alcance que deban tener ciertos conceptos (condiciones de trabajo, libertad sindical, seguridad y salud en el trabajo) a la hora de determinar la existencia o inexistencia de delito:

— La autoridad pública competente para sancionar es, en todos los casos, la Jurisdicción penal dado que su especialidad viene conformada por la naturaleza (penal) de los ilícitos y de las sanciones.

— El proceso es común para todo tipo de delitos, con independencia de la «materia del asunto».

— Las sanciones penales que pueden imponerse como consecuencia de la comisión de delitos contra los derechos de los trabajadores o contra el patrimonio de la Seguridad Social no difieren en absoluto de las que se aplican a otros delitos.

V. DERECHO SANCIONADOR EN LAS RELACIONES LABORALES: PRINCIPIOS Y REGLAS

1. Diferenciación

Antes de nada, permítasenos un breve aproximación a las diferencias –no siempre nítidas– que separan a los principios de las reglas²⁷. Los principios – identificados con los generales del Derecho– son fuente de éste, conforme al artículo 1 Cc y poseen la importante virtualidad de flexibilizar la aplicación rigurosa y formalista del Derecho positivo, manteniendo viva su conexión con la realidad social del momento en que ha de ser aplicado. Los principios generales pueden positivizarse, de tal forma que una norma puede recogerlos expresamente sin que por ello su valor resulte alterado. Las reglas, por el contrario, se identifican con las normas jurídicas positivizadas y se diferencian de los principios generales en que, de una parte, no son las bases o los pilares sobre los que se apoyen los sistemas jurídicos o, para ser más precisos, el sentido (o sentimiento) jurídico de la comunidad, como pudiera haber dicho Ihering y, de otra, concretan o determinan conductas precisas. El abuso en la utilización del término «principio» para referirlo a una realidad distinta de éste ha desembocado en una pérdida del sentido que cabe atribuir a los verdaderos principios, que hoy en día aparecen entremezclados con las meras normas.

Con independencia de lo anterior, interesa señalar que, al margen de la tesis que se acoja en relación con el origen de las sanciones, existen un conjunto de principios y reglas que se aplican tanto al ámbito de las sanciones penales como al de las administrativas. Es ésta una realidad sustentada en la hasta el momento firme y consolidada doctrina de los Tribunales Constitucional y Supremo. Ahora bien, el hecho de que unos mismos principios y reglas resulten de aplicación al genérico *ius puniendi* del Estado no es incompatible con el distinto significado que adquieren en cada una de las manifestaciones concretas –penal y administrativa– del ejercicio del poder sancionador público.

La finalidad (y, por tanto, el significado) de estos principios y reglas es doble: de una parte, proporcionar a las autoridades sancionadoras directrices y pautas en orden a la correcta imposición de sanciones, evitando al tiempo extralimitaciones en el ejercicio abusivo del poder sancionador; de otra, garantizar la posición jurídica de los presuntos infractores, exigiendo el cumplimien-

²⁷ Sobre esta cuestión, A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo sancionador*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, pp. 41-47.

to de una serie de garantías formales y sustanciales que permitan justificar las sanciones que se imponen.

2. Garantías constitucionales

El artículo 25.1 CE dispone lo siguiente: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia ha querido ver en este precepto la consagración de los principios que inspiran el Derecho sancionador público en su conjunto. Sin embargo, es evidente que en él únicamente se proclama la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras (sólo puede ser objeto de sanción la conducta que, en el momento en que se realiza, esté castigada por el ordenamiento; la tipificación posterior es ineficaz a efectos sancionatorios). El fundamento de la irretroactividad de las sanciones se encuentra en la seguridad jurídica de los destinatarios de las normas, quienes han de poder prever las consecuencias de las acciones (u omisiones) que cometen.

El hecho de que las sanciones aplicables sean las previstas en el momento de comisión de la infracción implícitamente significa que han de estar reguladas en alguna norma; por este motivo ha querido verse en el artículo 25 CE, junto a la irretroactividad, la consagración del principio de legalidad de las infracciones y sanciones. No obstante, si se lee con detenimiento el precepto, en él nada se dice del rango (legal o reglamentario) de las normas sancionadoras. Quizá por tratarse de una cuestión excesivamente técnica, que desborda con mucho los objetivos de toda Constitución

Desde luego, nada se dice tampoco acerca de las similitudes y diferencias de las infracciones y sanciones administrativas y penales. Sin embargo, como decíamos unas líneas más arriba, la doctrina –científica y judicial– sostiene mayoritariamente que el artículo 25 CE contiene los principios rectores del Derecho sancionador público.

3. Enumeración

Sobre las bases firmes de la dogmática penal, tradicionalmente se ha entendido que los principios de aplicación al Derecho sancionador público –y, por consiguiente, al Derecho Penal del Trabajo– son los siguientes: legalidad, tipicidad, irretroactividad, proporcionalidad, culpabilidad, presunción de inocencia y *non bis in idem*.

El principio de legalidad significa, en términos generales que luego precisaremos, que las infracciones y sanciones han de estar reguladas mediante Ley, mediante normas de rango legal. La garantía que, de cara a los destinatarios de las normas, ofrece la Ley es sin duda muy superior a la de las normas reglamentarias y es plenamente coherente con el carácter limitativo o restrictivo del Derecho sancionador público respecto de las conductas de los particulares. La lentitud que caracteriza a los procedimientos de aprobación parlamentaria de las Leyes ha desembocado, no obstante, en la flexibilización de este principio en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, admitiéndose la colaboración reglamentaria.

La tipicidad de las infracciones y sanciones consiste en que las conductas constitutivas de ilícito penal, así como las sanciones, han de estar suficientemente detalladas en las normas, a fin de que todos puedan conocer, con el mayor grado de exactitud posible cual es la conducta prohibida y cuál es la sanción que corresponde imponer, garantizándose de este modo la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

La irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, ya lo hemos dicho, impide que un sujeto sea sancionado conforme a normas que no estaban vigentes en el momento en el que se le imputa la comisión de una infracción, ya sea porque ésta no estaba tipificada como tal en aquel momento, ya sea porque la sanción es superior a la establecida en una norma anterior (la que regía en el momento de comisión de la infracción).

La proporcionalidad exige una adecuada relación entre la sanción susceptible de ser impuesta y la infracción cometida. La proporcionalidad opera en un doble plano: legislativo (el legislador ha de ponderar adecuadamente los bienes e intereses protegidos, estableciendo sanciones coherentes con la naturaleza de los incumplimientos) y jurisdiccional (la Jurisdicción penal han de graduar la sanción de acuerdo con las circunstancias del caso concreto).

La culpabilidad del sujeto infractor es un requisito *sine qua non* para la imposición de sanciones penales. En principio, un sujeto no culpable –dolosa, negligente o imprudentemente– no puede ser destinatario de una sanción pública; con todo, el ámbito de las sanciones administrativas la exigencia de culpabilidad se flexibiliza como consecuencia lógica de la posibilidad de imputar responsabilidad a las personas jurídicas.

Todo sujeto tiene el Derecho (nada menos que fundamental, art. 24 CE) a que se presuma su inocencia, es decir, que nadie puede ser castigado penalmente sin que previamente se demuestre su culpabilidad en relación con los hechos cometidos o acaecidos.

En fin, el principio (y regla) *non bis in idem* impide la doble imposición de sanciones a un mismo sujeto por un mismo hecho, ya se trate de dos o más sanciones penales, dos o más administrativas, o una o varias de cada una de ellas. Un hecho constitutivo de infracción únicamente puede dar lugar a la imposición de una sanción.

VI. PRINCIPIOS BÁSICOS: LEGALIDAD, TIPICIDAD, IRRETROACTIVIDAD

1. El principio de legalidad-tipicidad

La conexión legalidad-tipicidad se debe a la admisibilidad de la colaboración reglamentaria en la tipificación de los delitos. Sin embargo, es evidente que conceptos de legalidad y de tipicidad no sólo no se identifican sino que poseen significados completamente distintos. La legalidad –en su sentido más estricto de reserva de ley– se refiere exclusivamente al rango formal de la norma (legal) en que está regulada la conducta constitutiva de ilícito penal y la sanción correspondiente. La tipicidad –que decisivamente coadyuva a dotar de una significación plena al principio de legalidad, en su sentido más amplio– consiste en la precisa definición de las conductas que la Ley considera constitutivas de infracción, y de las sanciones susceptibles de ser impuestas, a fin de garantizar la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de hacer efectiva, junto a la exigencia de una *lex praevia*, la de una *lex certa*²⁸.

A) CONTENIDO Y FUNCIONES

De modo muy elemental podría decirse que el principio de legalidad-tipicidad significa que los delitos y las penas, debidamente detallados, han de estar contenidos en normas de rango legal. El principio de legalidad-tipicidad,

²⁸ Como, con todo acierto, expresó la STC 42/1987, de 21 de enero, «la reserva de ley cumple principalmente una función de garantizar la seguridad jurídica (...) y la norma debe formularse con la suficiente precisión para que (...) (su destinatario) pueda prever razonablemente las consecuencias que pueden derivarse de una determinada conducta». De este modo, no es posible entender suficientemente cumplida la exigencia de tipicidad mediante amplias y vagas remisiones abstractas o mediante descripciones carentes de toda precisión, como tuvo ocasión de razonar el ponente de la importante STS de 10 de noviembre de 1986 (RJ 6647), que anuló el RD 2347/1985, de desarrollo del derogado artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores de 1980.

por tanto, es un mandato dirigido al legislador en orden a la regulación de los ilícitos penales y sus sanciones en normas de rango legal, pero también en orden a la concreción del contenido de aquellos y de éstas. Este principio comprende una doble garantía, formal y material.

— La garantía formal hace referencia al rango legal (reserva de ley) de las normas reguladoras de los delitos y las penas; consecuencia directa de este mandato es «la interdicción de que el Derecho infralegal opere como fuente inmediata de las infracciones y sanciones, o que una y otras puedan establecerse o imponerse en virtud de normas consuetudinarias o, finalmente, que el Derecho sancionador pueda ser creado por los jueces» (STC 151/1997, de 29 de septiembre).

— La garantía material, de alcance absoluto, se refiere a la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, a la existencia de preceptos que permitan predecir con suficiente grado de certeza cual es la conducta prohibida por el ordenamiento y cual es la sanción, a fin de que el destinatario de las normas sepa a qué atenerse²⁹. Las prescripciones normativas sancionadoras han de ser, por tanto, concretas, precisas, claras e inteligibles (STC 34/1996), sin que sea exigible una precisión absoluta en la determinación del tipo, bastando que concurren los requisitos suficientes para su configuración por el intérprete de las normas (STC 62/1982).

En resumen, el principio de legalidad-tipicidad podría expresarse, sintéticamente, del modo siguiente: *lex scripta, lex praevia, lex certa y lex stricta* (STC 151/1997, de 29 de septiembre).

Función inequívoca del principio de legalidad-tipicidad es garantizar la seguridad jurídica de los destinatarios de las normas sancionadoras, pues éstos han de conocer de antemano las conductas prohibidas (*rectius*, susceptibles de ser sancionadas) así como las consecuencias de la realización de tales conductas. La regulación de las infracciones y sanciones mediante normas de rango legal supone, además, un plus en orden a la garantía de los derechos de los destinatarios de las normas sancionadoras en la medida en que, como ha razonado la jurisdicción ordinaria, deben ser los representantes del pueblo, como manifestantes de la voluntad soberana, quienes determinen los comportamientos que son suscepti-

²⁹ Entre otras, por citar las primeras, SSTC 42/1987, de 7 de abril; 101/1988, de 8 de junio; 29/1989, de 6 de febrero; 69/1989, de 20 de abril; 219/1989, de 21 de diciembre; 61/1990, de 29 de marzo; 83/1990, de 4 de mayo; 207/1990, de 17 de diciembre; 6/1994, de 17 de enero; 145/1995, de 3 de octubre, y 133/1999, de 15 de julio.

bles de reproche penal o administrativo y las penas o sanciones con que deben corregirse³⁰. La exigencia de legalidad-tipicidad es, así, plenamente coherente con el carácter punitivo de las normas sancionadoras que, como quedó expuesto en temas anteriores, supone una limitación de la actuación de los sujetos mediante una reacción –si se quiere, violenta– frente a comportamientos que lesionan o transgreden bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento.

B) CONSECUENCIAS

a. *Taxatividad de las normas sancionadoras.*

«Han de configurarse las leyes sancionadoras llevando a cabo el «máximo esfuerzo posible» (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones» (STC 151/1997, de 29 de septiembre). Las normas sancionadoras deben contener una descripción lo más exacta y detallada posible del tipo de incumplimiento y de la sanción correspondiente, de tal forma que los órganos sancionadores no puedan actuar frente a comportamientos distintos de los expresamente previstos en las normas, situados por tanto fuera de las fronteras marcadas por las normas³¹.

Sin embargo, el carácter abstracto de las proposiciones normativas unido a la vaguedad y versatilidad del lenguaje dificultan en ocasiones la tarea de los operadores jurídicos de subsumir o no la concreta conducta en el marco jurídico de la infracción y anudar a ella la consecuencia punitiva prevista por la ley. En este sentido, ha establecido la doctrina constitucional que el respeto del órgano sancionador al postulado del artículo 25 CE implica, en primer lugar, analizar el canon de interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad y, en segundo término, la razonabilidad que imponen los principios de seguridad jurídica y de legitimidad de los comportamientos ilícitos sobre los que se apoya el principio de legalidad³².

b. *Prohibición de analogía.*

El mandato de taxatividad de las normas sancionadoras conlleva la imposibilidad de imposición de sanciones en los casos en que la conducta no enca-

³⁰ STS/III 13 enero de 1989 (RJ 1989/169).

³¹ STC 120/1996, de 8 de julio.

³² STC 120/1996.

je exactamente en el tipo contemplado por la norma (entre otras, SSTC 182/1990, de 15 de noviembre y 81/1995, de 5 de junio). Con ello se pretende no extender analógicamente los perturbadores efectos –desde la perspectiva del destinatario de las normas sancionadoras– que supone la imposición de sanciones a comportamientos distintos (o no exactamente iguales) de los calificados como infracción. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, «el principio de legalidad (...) significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial que el Juez se convierta en legislador (STC 133/1997)». El fundamento de esta prohibición lo expresa perfectamente el TC cuando razona en su sentencia 151/1997, de 29 de septiembre, que «el derecho a la legalidad sancionadora debe partir del respeto judicial y, en su caso, administrativo a las palabras de la norma, al significado literal o textual del enunciado que transmite la proposición normativa, pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios (...) las normas son necesariamente abstractas y remiten implícitamente a una realidad valorativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982; recientemente, STC 53/1994) (...) una resolución judicial condenatoria (...) puede, no obstante, resultar imprevisible para el ciudadano –y, como se ha dicho, no permitirle “programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente” (STC 133/1997)».

c. *Interpretación restrictiva.*

Consecuencia de la prohibición de interpretación analógica de las normas penales es, la exigencia de su interpretación restrictiva y, por consiguiente, de no aplicación extensiva a supuestos no contemplados expresamente en ellas. Como decíamos, la abstracción de las normas dificulta ostensiblemente la tarea de los órganos judiciales, muy especialmente en los casos en que las normas recurren a los conceptos jurídicos indeterminados; deberá entonces el órgano competente motivar adecuadamente su resolución; es precisamente la motivación el elemento decisivo que permite detectar, en su caso, la aplicación de las normas sancionadoras a supuestos no expresamente previstos en ellas.

La interpretación restrictiva de las normas sancionadoras es consecuencia, en última instancia, del carácter subsidiario (*ultima ratio* del ordenamiento) del Derecho sancionador.

d. *Admisibilidad de las Leyes (penales) «en blanco».*

Leyes penales «en blanco» son aquéllas que imponen taxativamente la consecuencia jurídica prevista en la norma (la sanción), pero cuyo supuesto de hecho no se encuentra totalmente previsto en ella, sino que requiere de un complemento normativo distinto: la norma penal «en blanco» se remite a otra norma de naturaleza no penal, que se integra de este modo en la definición del delito. En cuanto a sus requisitos, la doctrina constitucional ha señalado lo siguiente: «que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o (...) se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada»³³. El fundamento de la admisión de normas extrapenales, que cumplen la importante función de completar o especificar de modo más exacto el contenido del ilícito y de la sanción, se encuentra en la necesidad de actualizar permanentemente los perfiles —que han de ser siempre nítidos— de uno y otra, pues los aspectos concretos son en ocasiones variables y «pueden modificarse con el transcurso del tiempo, sin que sea necesario acometer una constante actualización de la regla penal, que por lo general tiene una pretensión de relativa permanencia en el tiempo»³⁴.

La Constitución no impone que el complemento extrapenal de la ley penal en blanco haya de estar previsto en una disposición normativa con rango de Ley orgánica. Se trata de una decisión que, salvo que por otros motivos venga impuesta por la propia Constitución, queda en manos del legislador³⁵. Es admisible, incluso, que las Leyes penales en blanco contengan remisiones a normas reglamentarias³⁶, pudiendo éstas integrar lícitamente el contenido de injusto, siempre que no contengan una regulación independiente y separada de la norma penal a la que complementan y, al mismo tiempo, se subordinen claramente a la Ley, pues de lo contrario, como señaló el Tribunal Constitucional en sus sentencias 42/1987 y 219/1991, se degradaría la garantía esencial que el principio de reserva de Ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbi-

³³ ATC 127/1990, de 26 de marzo; en el mismo sentido, SSTC 118/1992, de 16 de septiembre, 111/1993, de 25 de marzo, 62/1994, de 28 de febrero y 24/1996, de 13 de febrero.

³⁴ STC 120/1998, de 15 de junio.

³⁵ STC 118/1992, de 16 de septiembre.

³⁶ SSTC 127/1990, de 26 de marzo; 111/1993, de 25 de marzo; 62/1994, de 28 de febrero; 102/1994, de 11 de abril; 24/1996, de 13 de febrero, y 120/1998, de 15 de junio.

tos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes. También ha dicho el Tribunal Constitucional que una norma de Derecho comunitario, originario –Tratados comunitarios– o derivado –Reglamentos y Directivas– «en atención a su primacía en el orden interno es susceptible de integrar el supuesto de hecho de una norma penal, incluso si ésta exige para su complemento que tenga rango legal»³⁷. La admisión de las normas comunitarias a estos efectos se explica desde la óptica del acto previo de cesión de soberanía normativa del Estado respecto de las Comunidades Europeas, si bien la materia penal resulta, al menos en su vertiente *ad intra* de regulación de delitos, competencia del Estado.

El complemento del tipo penal puede válidamente efectuarse, como acabamos de indicar, a través de normas reglamentarias. Teniendo en cuenta que la procedencia de éstas no sólo se sitúa en el ámbito estatal sino también en el autonómico, dependiendo de la concreta materia sobre la que se proyecte la regulación de acuerdo con los arts. 148 y 149 CE, podríamos plantearnos la eficacia de los reglamentos dictados por autoridades autonómicas, teniendo presente, como marco general de esta cuestión, que tanto la normativa penal (art. 149.1.6.^a CE) como la estrictamente laboral (art. 149.1.7.^a CE) son competencia exclusiva del Estado y que, por tanto, la regulación de los delitos –en general y, específicamente, en materia laboral– compete en exclusiva al Estado. A este respecto puede afirmarse que, con carácter general, las normas autonómicas no pueden regular *ex novo* tipos delictivos, como tampoco establecer sus penas o sanciones, pues se trata de una materia reservada al Estado³⁸. Sin embargo, lo anterior no significa que las normas (legales y reglamentarias) dictadas por los órganos autonómicos legitimados al efecto carezcan de validez en el ámbito penal. Cuando exista una norma estatal que establezca los elementos esenciales del tipo y de la sanción, nada impide que su contenido resulte perfeccionado mediante normas de las Comunidades autónomas. Lo anterior no puede desvirtuarse como consecuencia de la eventual creación de desigualdades entre Comunidades autónomas pues, como también ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional, «la ausencia de una monolítica uniformidad jurídica no infringe necesariamente los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.^a de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino que, a lo sumo, y por

³⁷ STC 120/1998, de 15 de junio.

³⁸ Por todas, STC 142/1988, de 12 de julio.

lo que al ejercicio de derechos y al cumplimiento de los deberes se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales». De este modo, «el órgano jurisdiccional puede seleccionar como complemento válido de la ley penal las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias. En tal caso será preciso que dichas normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el artículo 25.1 de la CE y que no «introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio» (...) Puesto que (...) el núcleo del delito ha de estar contenido en la ley penal remitente, la función de la norma autonómica remitida se reduce simplemente a la de constituir un elemento no esencial de la figura delictiva»³⁹. Desde una perspectiva formal, de puro ajuste técnico de las previsiones reglamentarias a las leyes penales en blanco, es necesario constatar que la norma autonómica se dictó en el marco de las competencias del correspondiente órgano autonómico; también es preciso comprobar que la norma cumple con las exigencias de la norma penal remitente, en el sentido de que la disposición ha de tener la fuerza y el rango exigido para la regulación de la materia de que se trate; por último, la finalidad perseguida por la norma autonómica ha de ser coincidente con la Ley del Estado⁴⁰.

2. El principio de irretroactividad

A) CONCEPTO Y SIGNIFICADO

Con carácter general, las normas se aplican desde el momento de su entrada en vigor. Esta regla significa, desde una perspectiva eminentemente práctica, que sólo los actos nacidos con posterioridad a la entrada en vigor de las normas de que se trate van a regirse por lo establecido en ellas, de tal forma que no son susceptibles de ser aplicadas a hechos y situaciones jurídicas nacidas con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor.

Las normas reguladoras de las infracciones y sanciones, tanto en materia penal como administrativa, se rigen por la regla de la interdicción de la aplicación retroactiva de las normas sancionadoras, en su caso, más severas, de tal forma que:

³⁹ STC 120/1998, de 15 de junio (FJ 4.º).

⁴⁰ STC 120/1998, de 15 de junio (FJ 4.º *i.f.*).

■ LOS DELITOS LABORALES

a) La comisión de un hecho no tipificado como infracción en un momento determinado no puede ser sancionado después con arreglo a una normativa que no regía en el momento en que se cometió la conducta luego constitutiva de ilícito, penal o administrativo.

b) La comisión de un hecho tipificado y sancionado conforme a la normativa vigente en aquel momento no puede dar lugar a la aplicación de la norma sancionadora posterior más desfavorable.

El fundamento de la irretroactividad de las normas sancionadoras (y el de las normas en general) se encuentra en la seguridad jurídica, base de todo sistema coherente, que impide aplicar las consecuencias jurídicas previstas en una norma a supuestos nacidos con anterioridad a ésta.

B) RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONADORAS MÁS FAVORABLES

Las normas sancionadoras presentan la peculiaridad de que, cuando son más favorables, son susceptibles de ser aplicadas retroactivamente. Así, es posible que supuestos de hecho a los que, de acuerdo con la normativa vigente en el momento de su comisión les correspondería una determinada sanción, se vean beneficiados por la aplicación retroactiva de una norma posterior que prevea para el mismo supuesto una sanción menor o, incluso, ninguna consecuencia jurídica negativa. Su fundamento se encuentra en la finalidad no retributiva o no resarcitoria que persiguen las normas sancionadoras, orientadas, más bien, a evitar la reiteración de conductas odiosas prohibidas por el ordenamiento sobre la base del perjuicio social general que causan, por encima de los intereses meramente individuales de los sujetos afectados. En este sentido, no cabe duda de que la sociedad, a través del Parlamento (que es quien representa los intereses generales), decide en cada momento cuales han de ser las conductas sancionables y, más concretamente, cuál ha de ser la concreta sanción a imponer. Por eso, si después de haber sido castigado un sujeto la sociedad (a través de los poderes públicos) entiende procedente la reducción o la total eliminación de la antijuridicidad de la infracción cometida, parece razonable actualizar la consecuencia punitiva menos grave, incluso en los casos en que exista resolución firme, pues la sanción impuesta no hallaría en caso contrario base alguna para su justificación. Por decirlo con palabras del propio Tribunal Constitucional, «cuando el legislador promulga una ley sancionadora más suave está reconociendo implícitamente al menos, que la precedente más severa no se acomoda a las exigencias de justicia de la sociedad coetánea. No parece coherente admitir

“a priori” la posibilidad de que dos poderes públicos, el legislativo y el judicial, funcionen cada uno a su aire, exonerando y castigando a la vez las mismas conductas por mor del tiempo en que sucedieron. Es evidente que para evitar tal distonía debe prevalecer la ley nueva que refleja las convicciones del pueblo, a través de sus representantes, en tan preciso momento y, por tanto, pone el listón del mínimo ético o aplica el principio de intervención mínima para no dar lugar a situaciones injustas, en las que personas distintas por idénticos hechos (acciones u omisiones) pudieran ser castigados unos y exonerados otros de responsabilidad penal total o parcialmente por la mera circunstancia de haberlas realizado con horas e incluso minutos de diferencia»⁴¹.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio de retroactividad de la Ley sancionadora más favorable no forma parte del contenido esencial del artículo 25 CE⁴², y ello tanto en el ámbito estrictamente penal como en el administrativo: «Si en el ámbito del Derecho penal “stricto sensu”, en el que en la mayor parte de las ocasiones está en juego el derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE), nuestra doctrina hasta el momento ha venido negando el encuadramiento del principio de retroactividad de la ley penal más favorable en el artículo 25.1 CE; esto es, que dicho principio se integre en el contenido del derecho fundamental que en tal precepto se consagra, es claro que el apartamiento de esta doctrina resulta menos justificado aún cuando, como aquí ocurre, de lo que se trata es de una sanción administrativa»⁴³. Sin embargo, nada impide conectar el principio de legalidad con la dimensión temporal o «límite cronológico» del *ius puniendi* del Estado, de tal forma que pueda entenderse comprendido el doble principio de irretroactividad de la norma sancionadora posterior menos favorable y de retroactividad de la más benigna. Como ha señalado el propio Tribunal Constitucional –si bien *obiter dictum* y mediante voto particular– la aplicación de este principio no se debe a razones de humanidad ni de compasión, sino de justicia «como valor constitucional preferente y norte del Estado de Derecho»: *non pietatis, sed iustitiae causa*⁴⁴.

Problema de cierto relieve es determinar en qué casos la norma sancionadora es más favorable o, más exactamente, si el carácter más favorable ha de referirse a la norma sancionadora en su conjunto o a la concreta disposición

⁴¹ Voto particular de la STC 99/2000, de 10 de abril.

⁴² SSTC 14/1981, de 29 de abril; 68/1982, de 13 de mayo; 122/1983, de 26 de octubre; 51/1985, de 10 de abril; 131/1986, de 29 de octubre; 196/1991, de 17 de octubre; 38/1994, de 17 de enero, y 177/1994, de 10 de junio. *Vid.*, no obstante, el voto particular a la STC 99/2000, de 10 de abril, en el que con una amplia argumentación se razona la inclusión de la retroactividad-irretroactividad, como derivación del principio de legalidad, en el artículo 25 CE.

⁴³ STC 99/2000, de 10 de abril.

⁴⁴ Cfr. voto particular de la STC 99/2000, de 10 de abril.

susceptible de ser aplicada en cada caso. La cuestión no es baladí pues, de acuerdo con la primera opción, sería posible inaplicar el precepto más favorable argumentando que la Ley en la que se contiene no lo es «en su conjunto» (así, por ejemplo, en los casos en que se prevean sanciones más graves para otros supuestos), mientras que conforme a la segunda los términos de comparación serían mucho más sencillos, permitiéndose, en cualquier caso, la aplicación del concreto precepto sancionador más favorable, con independencia de que la Ley en la que estuviese contenido no fuera más favorable «en su conjunto».

La aplicación retroactiva de las normas sancionadoras más favorables pasa incluso, por encima de la cosa juzgada, de modo que es posible no ya modificar la consecuencia punitiva de un determinado incumplimiento sino, más aún, levantar (o reducir) una determinada sanción existiendo sentencia o resolución administrativa firme.

Desde una perspectiva formal el principio de irretroactividad se manifiesta en la imposibilidad de exigir reserva de ley con carácter retroactivo a las normas sancionadoras preconstitucionales de rango no legal, que siguen siendo aplicables en tanto no se declare su inconstitucionalidad: «no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el derecho anterior a la Constitución –Sentencia de 8 de abril de 1981–, sobre todo en materias en que el principio de legalidad no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad a la promulgación de la Constitución» (STC 42/1987, de 7 de abril).

VII. PRINCIPIOS BÁSICOS: PROPORCIONALIDAD, CULPABILIDAD

1. El principio de proporcionalidad

A) CONCEPTO Y SIGNIFICADO

La proporcionalidad es un criterio de mensurabilidad⁴⁵ que, aplicado al ejercicio de potestades públicas limitativas de la actividad de los ciudadanos y, concretamente, en materia sancionadora, tanto penal como administrativa, implica una correlación adecuada entre la sanción susceptible de ser impuesta y

⁴⁵ S. DEL REY GUANTER, *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, MTSS, Madrid, 1990, p. 65.

la infracción cometida, atendiendo fundamentalmente a la gravedad de ésta y al grado de culpabilidad del sujeto infractor. Con ello se consigue un mejor ajuste –un engarce racional– entre la consecuencia punitiva prevista en la norma y el incumplimiento tipificado en ella, a fin de menoscabar o restringir lo menos posible (sólo en su justa medida) los derechos del sujeto sancionado⁴⁶.

El principio de proporcionalidad, a diferencia de otros principios como el de legalidad, no se encuentra positivado; desde luego, no cabe deducir del artículo 25 CE un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta entre la sanción y la gravedad de la infracción cometida⁴⁷ y tampoco se refiere a este principio ningún otro precepto constitucional; ni siquiera la legislación ordinaria lo consagra expresamente y, lo que es más importante, tampoco lo define mínimamente. Como tempranamente reconoció el Tribunal Constitucional, la proporcionalidad es un principio general del Derecho que informa la globalidad del ordenamiento y que, dada su formulación, permite un amplio margen de apreciación (discrecionalidad) al órgano jurisdiccional o administrativo competente para la imposición de sanciones⁴⁸.

B) VERTIENTES LEGISLATIVA Y APLICATIVA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La proporcionalidad se proyecta en dos frentes bien diferenciados: en el ejercicio de la potestad legislativa y en el de la potestad judicial y administrativa de imposición de sanciones.

a) La jurisprudencia ha señalado que las normas sancionadoras han de establecer una adecuada proporcionalidad entre el incumplimiento tipificado y la sanción susceptible de ser impuesta. Esta «proporcionalidad en la Ley» impone al legislador un límite –por cierto, no positivizado– en la regulación de las infracciones y sanciones, que se materializa en una correlación razonable entre el incumplimiento tipificado en la norma y sus consecuencias jurídicas. Desde una perspectiva práctica, la proporcionalidad que debe respetar el legislador implica, de una parte, la imposibilidad de atribuir consecuencias excesivamente gravosas a las acciones y omisiones que transgredan bienes e intere-

⁴⁶ Cfr. I. LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio general de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, pp. 28 y ss. y 47 y ss.

⁴⁷ STC 65/1986, de 22 de mayo.

⁴⁸ STC 65/1982, de 15 de octubre.

ses cuya importancia en el conjunto del ordenamiento no sea especialmente significativa y, de otra, en la imposibilidad de asignar sanciones poco gravosas a las acciones u omisiones que lesionen bienes jurídicos relevantes.

b) El principio de proporcionalidad, en su manifestación de imposición de sanciones, significa que los poderes públicos titulares de la potestad sancionadora –en nuestro caso, Jurisdicción penal– han de observar en el momento de aplicación de la Ley «una reacción causa-efecto, de forma que la medida de policía elegida sea la más adecuada al fin que se persigue»⁴⁹. Se persigue que la discrecionalidad del órgano jurisdiccional competente para la imposición de la sanción correspondiente se sujete a unos parámetros previamente establecidos (reglados) –v.g., gravedad de los hechos, grado de culpabilidad del autor, número de trabajadores afectados– con el fin de limitar aquélla⁵⁰. En este sentido, es preciso tener en cuenta los criterios de individualización de la pena conforme a las reglas de la prevención general y de la especial⁵¹.

C) PROPORCIONALIDAD Y MOTIVACIÓN

Uno de los fundamentos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad es la garantía de los derechos individuales de los presuntos infractores. La labor de los poderes públicos consiste, entonces, en ponderar los distintos derechos, bienes y valores protegidos por el ordenamiento (no sólo los lesionados de naturaleza jurídico-pública) a fin de determinar en qué medida han de prevalecer unos sobre otros⁵². Esta ponderación en que se materializa la proporcionalidad de las condenas es una tarea sumamente compleja que combina, como anteriormente apuntamos, no sólo el tipo de ilícito cometido, sino también las consecuencias (resultado concreto) derivadas del mismo, el grado de culpabilidad del autor, el número de trabajadores afectados, etc. Por eso, la proporcionalidad de la pena está íntimamente vinculada con la motivación de la resolución judicial, que constituye un parámetro de singular valor para apreciar la adecuada relación entre los hechos y la sanción efectivamente impuesta y, dentro de ésta, entre los medios y los fines perseguidos; cuanto más amplia es la motivación de las resoluciones judiciales, y más se ajustan éstas a los criterios normativos de graduación de las sanciones, mayor será también el grado de cumplimiento del principio de proporcionalidad.

⁴⁹ A. BLASCO PELLICER, *Sanciones administrativas en el orden social*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 51. En términos semejantes, STS/III 8 de mayo de 1995 (RJ 3611) y las citadas en ella.

⁵⁰ STS/III 15 de enero de 1996 (RJ 3642).

⁵¹ Por ejemplo, STS/III 31 de diciembre de 1988 (RJ 10278).

⁵² Esta idea, en J. MATÍA PRIM, *El abuso del derecho de huelga*, CES, Madrid, 1996, p. 159.

2. El principio de culpabilidad

A) CONCEPTO Y SIGNIFICADO

En un sentido muy básico puede decirse que las acciones u omisiones constitutivas de delito sólo pueden ser objeto de sanción en los casos en que el sujeto actúe (o deje de actuar) mediante dolo o culpa. Esto significa que el presupuesto de la imposición de sanciones es la verificación o constatación judicial de la existencia de culpabilidad en el autor de los hechos constitutivos de infracción. Por tanto, en principio, un sujeto no culpable tampoco puede ser sancionado o, en otros términos, es inadmisibles la imposición de sanciones en virtud de una responsabilidad objetiva, que es la que nace automáticamente como consecuencia de la producción de un resultado lesivo o dañoso.

Consecuencia de la configuración de la culpabilidad como un presupuesto de la imposición de sanciones penales, es que no se presume, sino que tiene que ser «inequívocamente» probada. El hecho de que la conducta maliciosa (dolosa) o negligente/imprudente (culposa en sentido estricto) debe probarse inequívocamente significa que no bastan meras conjeturas o indicios para entender acreditada la comisión de los hechos imputados⁵³; se exige una prueba fehaciente que, al margen de los medios probatorios utilizados, permita adquirir la convicción cierta de que el autor actuó maliciosa o negligentemente.

El Código Penal establece claramente que no hay pena sin dolo o imprudencia (art. 5), de tal forma que sólo son susceptibles de ser sancionadas penalmente las acciones u omisiones tipificadas en la Ley cuando medie una conducta dolosa o imprudente del sujeto que realiza el tipo objetivo prohibido por la norma. Aunque el dolo y la imprudencia (o culpa en sentido estricto) parecen situarse en un mismo plano en materia penal, lo cierto es que del propio Código Penal se desprende una clara preferencia por las conductas dolosas, que parecen ser las prototípicas de este sector del ordenamiento, en coherencia con su caracterización como *ultima ratio* del sistema jurídico. En este sentido, el artículo 12 CP dispone que sólo se castigarán las acciones u omisiones imprudentes «cuando expresamente lo disponga la Ley». Además, cuando el sujeto cometa por error el hecho constitutivo de infracción, ésta será castigada como imprudente cuando sea vencible, desapareciendo la responsabilidad criminal en los casos de error invencible (art. 14 CP).

La regulación de gran parte de los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social contiene referencias expresas a la concu-

⁵³ Entre otras muchas, STS/II 29 de diciembre de 1999 (RJ 9380).

rrencia de culpabilidad como requisito necesario para la realización del tipo objetivo. Así, en el delito de imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, suprimen o restrinjan los derechos reconocidos a los trabajadores, el supuesto de hecho viene determinado por la concurrencia de engaño o abuso de la situación de necesidad (art. 311.1.º CP); el artículo 315.2 CP, que regula el tipo agravado del delito contra la libertad sindical y el derecho de huelga, establece penas superiores en grado para los que mediante fuerza, violencia o intimidación impidan o limiten el ejercicio de la libertad sindical; en fin, sin ánimo de agotar el amplio elenco de delitos en esta materia, las defraudaciones en materia de Seguridad Social son punibles siempre que el sujeto activo actúe fraudulentamente (art. 307.1 CP). Hay que dejar constancia, en fin, de determinados tipos penales en los que la culpabilidad se manifiesta en su vertiente más atenuada de incumplimiento de un deber objetivo de cuidado, como el del empresario respecto de la vigilancia y mantenimiento de las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores (art. 316 CP).

B) MODALIDADES

La culpabilidad, como género, comprende distintas especies (dolo y culpa) y subespecies (dolo directo, dolo eventual, imprudencia temeraria, imprudencia simple) cuya relevancia, tanto en el ámbito penal como en el administrativo, se manifiesta en el momento de concretar la sanción correspondiente, pues el grado de culpabilidad permite fijar, con arreglo a los criterios que ahora expondremos, con cierta precisión la sanción (privación de libertad y/o multa) que procede imponer en cada caso.

a) *Dolo*.

La jurisprudencia penal ha establecido, como primera aproximación, que el dolo consiste en la consciencia de realizar una acción (u omisión) que pone en peligro un bien jurídico concreto protegido por el ordenamiento⁵⁴. Con mayores dosis de precisión, puede decirse que el dolo implica el conocimiento de la significación antijurídica del hecho y a la vez de la voluntad de llevarlo a cabo⁵⁵. La conducta dolosa evidencia en el sujeto activo un *animus* (dolo específico) que puede manifestarse de modo directo (dolo directo), cuando el sujeto

⁵⁴ STS/II 12 de julio de 2000 (RJ 7746), con cita de la STS de 23 de abril de 1992 (RJ 6783).

⁵⁵ En este sentido, por ejemplo, STS/II 21 de junio de 1999 (RJ 5975).

persigue deliberadamente realizar el tipo objetivo prohibido por la norma, o de modo eventual (dolo de consecuencias necesarias⁵⁶), cuando, con independencia de los fines perseguidos, el sujeto sabe y acepta las consecuencias que eventualmente puedan producirse a resultas de su conducta activa u omisiva.

Una y otra forma de dolo, aunque claramente diferenciables, no ofrecen trascendencia distinta en cuanto a las responsabilidades penales que determinan, pues el reproche penal y la sanción imponible al autor es, en ambos casos, la misma, pues no hay que olvidar que el dolo eventual no deja de ser una forma o manifestación de las conductas maliciosas –pues el resultado se acepta y carece de relieve para inhibir la conducta del sujeto activo– que se atenúa, bien es cierto, por la mera representación (no persecución) del resultado prohibido por la norma.

Al margen de las reglas generales que veremos a continuación, existen reglas específicas de elaboración netamente jurisdiccional para ciertos ilícitos (v.g., falsedad en documento privado⁵⁷) que permiten concretar los requisitos y el alcance exacto del dolo en función del tipo.

1.º Dolo directo.

En el dolo directo, el elemento volitivo interno se manifiesta de forma palmaria y clara. La intención o finalidad perseguida por el sujeto va encaminada a la realización de los elementos del tipo objetivo, queriendo llegar al resultado último prohibido por la norma⁵⁸. El dolo directo consiste, pues, en la voluntad decidida y consciente de cometer la infracción (con todos los elementos que la integran), asumiendo las consecuencias (por graves que sean) previsible o imprevisiblemente derivadas de aquélla. Según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, el dolo directo consiste en la «voluntad dirigida a realizar el hecho típico, bien como objetivo precisamente perseguido, bien de modo concomitante al logro del objetivo perseguido».

También se ha distinguido, en un afán quizá excesivo por fraccionar esta subespecie del dolo, entre dolo directo de primer grado –que es el anteriormente descrito– y de segundo grado⁵⁹. En éste el autor se representa el delito (o, en su caso, la infracción administrativa) como consecuencia inevitable de su acción, siendo precisamente el elemento de la inevitabilidad de la realización del tipo del tipo objetivo lo que permite distinguirlo del dolo eventual.

⁵⁶ Cfr. STS/II 29 de mayo de 2000 (RJ 4146).

⁵⁷ Cfr. STS/II 29 de diciembre de 1999 (RJ 9380).

⁵⁸ STS/II 14 de febrero de 1997 (RJ 1357).

⁵⁹ Vid. STS/II 14 de febrero de 1997 (RJ 1357).

2.º Dolo eventual.

El dolo eventual consiste en que el sujeto activo se representa como probable la producción de un resultado dañoso en el momento en que realiza la conducta antijurídica y, a pesar de tal representación (que evidentemente espera no se materialice), acepta conscientemente (pues no renuncia a la ejecución de los actos pensados) el resultado que, como es lógico, no persigue de forma directa pues entonces incurriría en dolo directo, pero que, sin embargo, no es lo suficientemente intenso como para que deje de manifestársele internamente como indiferente⁶⁰; prueba de ello es que realiza el tipo objetivo. La Real Academia lo define en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico como el «conocimiento y aceptación de la posibilidad eventual, no segura, de realizar el hecho típico objetivo sin pretenderlo directamente, aceptación que se da si no hay una confianza mínimamente fundada en no producir el hecho; de lo contrario solo habrá imprudencia consciente, en la que el sujeto también conoce que puede realizar un hecho típico, pero no lo acepta del modo descrito».

La imputación de la responsabilidad (penal o administrativa) es posible gracias a la concurrencia de voluntad en realizar el acto (comisivo u omisivo) y de representación mental como probable del resultado acaecido. Por tanto, el dolo eventual exige la concurrencia de dos requisitos: que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado prohibido por la norma, y que se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción, asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca⁶¹.

De las modernas resoluciones judiciales se desprende la «definitiva» consolidación de la tesis ecléctica «en la que se consignan elementos de probabilidad y actitudes de consentimiento, conocimiento y representación que permiten una aproximación más exacta a los últimos estímulos desencadenantes de la actuación del agente o, lo que es lo mismo, al soporte intencional y volitivo de su actuación»⁶².

b) *Culpa*.

1.º Concepto.

La culpa suele identificarse con la negligencia o imprudencia y se diferencia del dolo en la ausencia (¿absoluta?) de voluntariedad en la realización

⁶⁰ STS/II 10 de febrero de 1998 (RJ 949) y las en ella citadas.

⁶¹ En este sentido, SSTS/II 20 de febrero de 1993 (RJ 1383); 20 de octubre de 1997 (RJ 7605); 11 de febrero de 1998 (RJ 1980); 18 de marzo de 1998 (RJ 3758), y 28 de mayo de 1999 (RJ 5266).

⁶² STS/II 21 de junio de 1999 (RJ 5975).

del tipo objetivo prohibido por el ordenamiento sancionador. Como ha razonado la jurisprudencia⁶³, no es sencillo trazar la línea divisoria entre el dolo eventual y ciertas modalidades de culpa situadas en lo más alto de la estructura jerárquica de ésta, como la imprudencia temeraria o la culpa grave. Por eso, el análisis de las circunstancias concurrentes, ya sean subjetivas u objetivas, coetáneas, anteriores o posteriores, así como de los datos psíquicos del sujeto activo resultan determinantes para resolver, en cada caso, si nos encontramos ante supuestos de dolo eventual o culpa.

2.º Características.

La jurisprudencia penal se ha esforzado por elaborar —quizá en un exceso de dogmatismo— un conjunto sistematizado de elementos peculiares o propiamente identificativos de las infracciones culposas que permiten distinguirlas con cierta nitidez de las dolosas⁶⁴.

— Las infracciones culposas coinciden con las dolosas en la concurrencia de voluntariedad del sujeto activo; ahora bien, a diferencia de éstas, ha de tratarse de acciones u omisiones no intencionales o maliciosas.

— El eje o nervio de la conducta imprudente es, al igual que en la dolosa, el factor psicológico o subjetivo que propicia el riesgo. Sin embargo, hay en la culpa una marginación racional de las consecuencias nocivas de la acción u omisión que provoca que el resultado finalmente acaecido sea imprevisible para quien realiza el tipo objetivo. El carácter no homogeneizable del elemento anímico permite su apreciación en grados distintos, en función del sujeto.

— Existe un factor normativo externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, que se define no sólo atendiendo a la respuesta exigible a un hombre consciente, de prudencia e inteligencia media, sino también a un conjunto de reglas extraídas muchas de ellas de la experiencia diaria: el reproche de la culpa pasa por la constatación de que el autor, con su comportamiento imprudente o negligente, ha infringido el deber de cuidado, en gene-

⁶³ Entre otras, pueden verse las SSTS/II 5 de mayo de 1998 (RJ 4607) y 28 de mayo de 1999 (RJ 5266).

⁶⁴ Cfr. SSTS/II 4 de febrero de 1980 (RJ 436); 20 de marzo de 1980 (RJ 1166); 22 de abril de 1980 (RJ 1465); 18 de enero de 1982 (RJ 103); 13 de marzo de 1982 (RJ 1612); 2 de octubre de 1984 (RJ 4784); 13 de diciembre de 1985 (RJ 6255); 22 de abril de 1986 (RJ 2084); 19 de junio de 1987 (RJ 4973); 25 de marzo de 1988 (RJ 2098); 12 de noviembre de 1990 (RJ 8880); 24 de mayo de 1991 (RJ 3852); 29 de febrero de 1992 (RJ 1509); 4 de febrero de 1993 (RJ 934); 29 de octubre de 1994 (RJ 8333); 22 de septiembre de 1995 (RJ 6755), y 14 de febrero de 1997 (RJ 1357).

ral, exigible a todo ciudadano y, además, no ha observado las previsiones que le eran exigibles en atención a sus aptitudes personales.

— Por último, las infracciones culposas coinciden con las dolosas en la adecuada relación de causalidad entre la conducta imprudente o negligente que crea el riesgo y el daño sobrevenido como consecuencia de la actualización del peligro potencial susceptible de haber sido previsto por el autor de los hechos constitutivos de aquéllas. La conexión entre el resultado acaecido y la acción u omisión antijurídica permite efectuar un juicio a posteriori de imputabilidad, imprescindible para la existencia de infracción (y sanción), tanto penal como administrativa.

3.º Clases.

Dentro de la categoría general de la culpa es posible distinguir diversos tipos, en función de la mayor o menor diligencia del autor. Así, desde la cúspide de la estructura jerárquica de la culpa, representada por la imprudencia temeraria, y en una línea descendente adquieren autonomía propia las categorías de la imprudencia grave y leve.

a') Imprudencia temeraria.—La imprudencia temeraria supone la eliminación de la atención más absoluta, la falta de adopción de los cuidados más elementales o rudimentarios exigidos por la vida en sociedad, suficientes para impedir o contener el desencadenamiento de resultados dañosos previsibles, infringiéndose deberes fundamentales que atañen a la convivencia y al respeto debido a los derechos de los demás⁶⁵.

b') Imprudencia grave.—En ella el sujeto conscientemente se representa como probable el resultado, pero no cree que vaya a producirse, de tal forma que, mentalmente, prevalece la no producción del resultado frente a su (eventual) acaecimiento⁶⁶.

c') Imprudencia simple.—La imprudencia simple consiste en la omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de toda clase que definen y delimitan el supuesto concreto, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance aproximándose, sin alcanzarla, a la cota exigida habitualmente en la vida social⁶⁷.

⁶⁵ STS/II 14 de febrero de 1997 (RJ 1357).

⁶⁶ STS/II 28 de mayo de 1999 (RJ 5266).

⁶⁷ STS/II 14 de febrero de 1997 (RJ 1357).

d') Imprudencia profesional.—Se trata de una cualificación de la imprudencia grave en ciertos delitos determinada por realizarse tal imprudencia en el desempeño de una actividad profesional.

VIII. PRINCIPIOS BÁSICOS: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. Concepto

A) SIGNIFICADO PRIMARIO

Partiendo de un sistema de responsabilidad de corte culpabilístico, el principio de presunción de inocencia significa, lisa y llanamente, que nadie puede ser condenado en tanto no se demuestre su culpabilidad en relación con los hechos que se le imputan. La presunción de inocencia se identifica con una «verdad interina de inculpabilidad»⁶⁸ que se mantiene hasta el momento en que logre acreditarse mediante los medios probatorios pertinentes la vinculación del imputado en una causa criminal a los hechos declarados probados. Con ello se pretende cercenar el impulso irracional que induce a creer que la imputación de unos hechos a un sujeto constituye en sí misma una manifestación o prueba (*lato sensu*) de su culpabilidad; muy al contrario la presunción de inocencia se opone radicalmente a la presunción de culpabilidad por lo que, teniendo en cuenta que su virtualidad se despliega fundamentalmente en el ámbito de los procesos penales, el acusado no tendrá que demostrar su inocencia (pues esto supondría una inversión no justificada de la carga de la prueba), recayendo sobre el sujeto que imputa los hechos constitutivos de delito la carga de probar fehacientemente la culpabilidad del presunto inocente.

B) RECONOCIMIENTO NORMATIVO

Diversas normas internacionales reconocen expresamente —elevándolo al más alto nivel— el derecho de todos los ciudadanos a que se presuma su inocencia. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 11), el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Liber-

⁶⁸ STS/II 17 de febrero de 2000 (RJ 866).

tades Públicas de 1950 (art. 6) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14) se refieren a la necesidad de garantizar la presunción de inocencia. De estos textos internacionales resulta no sólo la precisión (obvia) de que la parte acusadora tiene la carga de probar la vinculación del autor a los hechos, así como su culpabilidad, sino, además, el que la «verdad interina de inculpabilidad» sólo puede ser enervada como consecuencia de unas pruebas suficientemente convincentes y regularmente practicadas, es decir, realizadas con arreglo a una serie de garantías formales y materiales. Sistemáticamente podría decirse –con el autor que con mayor rigor y profundidad ha estudiado esta cuestión⁶⁹– que la presunción de inocencia tiene un triple significado en el contexto de la normativa internacional: como principio informador de todo el proceso, como regla referente al tratamiento del inculcado y como regla relativa a la prueba.

C) PLASMACIÓN CONSTITUCIONAL

El anclaje constitucional que hoy tiene la presunción de inocencia (*rec-tius*, el Derecho fundamental a ella) no puede hacernos olvidar que el artículo 24.2 CE entronca con los viejos principios del *favor rei* o *favor delinquentis* o con la conocida regla de *in dubio pro reo*. Sin embargo, la conexión entre estos principios y aquel derecho fundamental no deben llevar a la confusión de unos y otro. El artículo 24 CE consagra «un derecho al reconocimiento de inocencia en tanto no venga una actitud o resultado probatorio a actuar en contra de la presunción, recortando su fuerza o llegando hasta su destrucción, en tanto que aquellos principios, con fuerza meramente inspiradora, secundan la función interpretativa del órgano jurisdiccional al tiempo de enfrentarse con el material probatorio, orientando sus posiciones cuando el estado psicológico de la duda asalta la conciencia del juzgador»⁷⁰. En suma, la presunción de inocencia es un principio general del Derecho positivizado en la norma fundamental, con las importantísimas consecuencias que de ello se derivan y que pasamos a exponer.

⁶⁹ J. VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 35 y 36.

⁷⁰ STS/II 25 de junio de 1985.

2. Alcance penalista del principio

A) VIRTUALIDAD GENERAL

La Constitución garantiza con rango de derecho fundamental la presunción de inocencia (art. 24.2) que es, como decíamos, la primera y principal garantía que el proceso penal otorga a quienes están incurso en una causa criminal⁷¹.

La presunción de inocencia no se proyecta únicamente en el ámbito procesal penal. El Tribunal Constitucional ha señalado que este derecho se presenta como un límite al ejercicio de la potestad legislativa, en el sentido de que los preceptos que contengan presunciones de culpabilidad o que de una u otra forma se opongan a aquél deberán reputarse inconstitucionales⁷². Sin embargo, no cabe duda de que –dejando al margen el tema de la expulsión del ordenamiento de las normas contrarias a la Constitución, que depende esencialmente de la mayor o menor utilización por los órganos jurisdiccionales de las cuestiones de inconstitucionalidad– la principal vertiente del principio de presunción de inocencia se asocia a los procesos penales y, dentro de estos, a la práctica de las pruebas.

B) MANIFESTACIONES

El principio de presunción de inocencia se manifiesta en los procesos penales de dos formas distintas: en primer lugar, como ya hemos señalado, mediante el reconocimiento a toda persona del derecho a ser considerado como no autor (o, en su caso, partícipe) de los hechos que se le imputan, pues todo ciudadano goza del derecho a ser considerado inocente en tanto su culpabilidad no se declare mediante resolución condenatoria; en segundo término, desde la óptica interna del proceso, mediante el respeto de una serie de elementos básicos sin los cuales el derecho fundamental pierde virtualidad y eficacia.

⁷¹ Como muy fundadamente ha razonado nuestro Tribunal Supremo, la presunción de inocencia «constituye un principio fundamental de la civilización que tutela la inmunidad de los no culpables pues en un Estado Social y Democrático de Derecho es esencial que los inocentes estén en todo caso protegidos frente a condenas infundadas, mientras que es suficiente que los culpables sean generalmente castigados. La condena de un inocente representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social y es por ello por lo que el derecho constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto nuclear de todas las demás garantías del proceso» [STS 28 de febrero de 2000 (RJ 2257)].

⁷² STC 109/1986, de 24 de septiembre.

a. *Onus probandi*.

La carga de la prueba recae en la parte acusadora. No es admisible, a modo de *probatio diabolica*, que el acusado se vea forzado a demostrar su inocencia. Cuestión distinta es que éste recurra a los medios probatorios que estime oportunos, a fin de intentar demostrar lo contrario de lo pretendido con la realización de las pruebas por aquella parte.

b. *Prueba válida*.

La actividad probatoria debe reunir, si lo que se pretende es desvirtuar la presunción de inocencia, una serie de requisitos y formalidades sin los cuales carecerá de virtualidad a los efectos de acreditar una determinada realidad. Desde una perspectiva constitucional, el derecho a la presunción de inocencia exige que la condena penal se fundamente en auténticos actos de prueba de cargo, obtenidos con estricto respeto de los derechos fundamentales y practicados en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, intermediación y publicidad⁷³. Ahora bien, en el ámbito del proceso penal, la exigencia de prueba no alcanza por igual a todos los elementos de la figura delictiva: sólo han de acreditarse las circunstancias fácticas que constituyen el soporte necesario del delito, así como la culpabilidad de su autor⁷⁴.

Para enervar la presunción de inocencia se exige⁷⁵ que la prueba sea real («con existencia objetiva y constancia procesal documentada en el juicio»), válida («conforme a las normas que la regulan, excluyéndose la practicada sin las garantías procesales esenciales»), lícita («deben rechazarse las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales»⁷⁶) y suficiente («en el sentido de que, no sólo se hayan utilizado medios de prueba, sino que además de su empleo se obtenga un resultado probatorio que sea bastante para fundar razonablemente la acusación y la condena, es decir: no basta con que exista un principio de actividad probatoria sino que se necesita un verdadero contenido inculpatario en el que apoyarse el Órgano juzgador para formar su convicción condenatoria»).

Sólo excepcionalmente las pruebas indiciarias pueden desvirtuar la presunción de inocencia: cuando los hechos básicos o indicios sean múltiples y

⁷³ Sobre esta cuestión, por todos, J. VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 129-136. Entre las sentencias más recientes, *vid.* SSTC 30/1996, 131/1997 y 173/1997.

⁷⁴ STS/II 26 de julio de 2000 (RJ 7920) y las citadas en ella.

⁷⁵ En este punto seguimos las directrices de la STS/II 27 de noviembre de 1999 (RJ 2000, 7707).

⁷⁶ Sobre esto, J. VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 77 ss.

resulten plenamente acreditados y, además, permitan una deducción lógica en la que se exprese un enlace preciso y directo conforme a las reglas del criterio humano⁷⁷.

c. *Valoración de la prueba.*

No puede decirse que exista un medio probatorio decisivo o determinante a los efectos de desvirtuar la presunción de inocencia. El órgano jurisdiccional tiene libertad para valorar, conforme a las reglas de la sana crítica, el resultado de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, lo que significa que no existe ni la prueba tasada ni la vinculación forzosa del Juez al resultado de la práctica de determinadas pruebas. Puede constatar, en este sentido, una importante evolución jurisprudencial que arranca de las tradicionales tesis mantenedoras del principio de «apreciación en conciencia» –según el cual lo verdaderamente importante es que el órgano jurisdiccional adquiera la íntima convicción de la culpabilidad del encausado, al margen de la argumentación o el razonamiento expresado en la resolución judicial– se supera como consecuencia de la elevación al máximo rango constitucional de la presunción de inocencia –exigencia de que toda condena se apoye en una mínima actividad probatoria de cargo de la que pueda deducirse la culpabilidad del acusado, práctica de la prueba con todas las garantías procesales, con la importante consecuencia de que «el juzgador se viera (vea) obligado a absolver al acusado aun teniendo el convencimiento íntimo o en conciencia de la culpabilidad del mismo»⁷⁸– y, finalmente, se sitúa hoy, perfeccionado, en la exigencia de motivación del juicio fáctico, siendo susceptible de ulterior revisión la racionalidad y conformidad de la valoración de la prueba realizada por el Juez de instancia⁷⁹.

C) DOCTRINA PERTINENTE

En relación con la práctica de las pruebas, el Tribunal Constitucional ha señalado que los Tribunales ordinarios pueden otorgar credibilidad a las declaraciones sumariales frente a las vertidas en el juicio oral en sentido contrario⁸⁰.

⁷⁷ STS/II 9 de junio de 2000 (RJ 7472). *Vid.* en profundidad J. VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 137-155.

⁷⁸ J. VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, p. 164.

⁷⁹ J. VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 172 y 168.

⁸⁰ SSTC 82/1988, de 28 de abril, 98/1990, de 24 de mayo, 51/1995, de 23 de febrero y 115/1998, de 1 de junio.

— Además, la valoración de las declaraciones incriminatorias de un coacusado en el juicio oral no vulneran el derecho a la presunción de inocencia⁸¹ «pues la circunstancia de la coparticipación no supone necesariamente la tacha o irrelevancia del testimonio, sino que constituye simplemente un dato a tener en cuenta por el Tribunal penal a la hora de ponderar su credibilidad en función de los factores particulares concurrentes en cada caso».

— Sin embargo, cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado, el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir; el fundamento de este razonamiento se encuentra en el propio texto constitucional, cuyo artículo 24.2 reconoce el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, que son garantías instrumentales del genérico derecho a la defensa.

— Por eso, la declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo, cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas en contra⁸². Desde el ángulo contrario puede decirse, entonces, que la declaración del coimputado en un proceso, siempre que esté acompañada de otras pruebas, puede enervar la presunción de inocencia.

IX. PRINCIPIOS BÁSICOS: *NON BIS IN IDEM*

1. Concepto y significado

Como primera aproximación, el principio *non bis in idem* supone la prohibición de imponer una pluralidad de sanciones públicas a una misma persona, en virtud de una misma causa, por la comisión de un único hecho antijurídico.

A) CONEXIÓN CON LA COSA JUZGADA

El origen de este principio se remonta al Derecho romano y su fundamento se encuentra en la santidad o inviolabilidad de la cosa juzgada, que tiene una doble proyección: positiva y negativa.

⁸¹ SSTC 137/1988, de 7 de julio, 98/1990, de 24 de mayo, 51/1995, de 23 de febrero, y ATC 167/2000, de 7 de julio.

⁸² SSTC 153/1997, de 29 de septiembre (FJ 6.º), 49/1998, de 2 de marzo (FJ 5.º) y ATC 167/2000, de 7 de julio (FJ 5.º).

— Conforme a la primera –también llamada prejudicial–, debe entenderse que lo afirmado o negado en una resolución firme despliega efectos frente a todos los órganos del Estado, de tal forma que éstos han de tenerlo por existente, integrándolo, cuando proceda, en el contenido del ulterior pronunciamiento, como si hubiese sido resuelto por el órgano competente para emitir este último. El fundamento del respeto por órganos distintos del que emitió la resolución de lo ya decidido con carácter firme se encuentra en la inviolabilidad de la firmeza de la resolución, y ésta se apoya, en última instancia, en la legitimidad del poder ejercido por el órgano que resolvió definitivamente una determinada controversia jurídica.

— La proyección negativa (o excluyente), íntimamente conectada a la anterior y auténtica clave del principio *non bis in idem*, significa que un determinado incumplimiento que ya fue sancionado por una autoridad pública (judicial o administrativa) con competencias sancionatorias no puede ser objeto de ulterior pronunciamiento, a fin de evitar que un mismo sujeto que ya fue condenado por un determinado hecho, sea nuevamente condenado por el mismo hecho, o bien que sea condenado quien fue absuelto o absuelto quien fue condenado o, en fin, que resulte absuelto quien no fue condenado en un proceso sancionador administrativo o criminal anterior.

B) SUPUESTOS SOBRE LOS QUE SE PROYECTA

Aunque nos parece que la cuestión es suficientemente clara, conviene advertir –como así lo ha hecho la jurisprudencia⁸³– que el principio *non bis in idem* es de aplicación a las sanciones penales y/o administrativas, sin que afecte, en absoluto, a la facultad de los poderes normativos de establecer a través de una doble vía –penal y administrativa– la tipificación de una misma conducta. Este principio, por tanto, carece de virtualidad en el ámbito de la regulación o tipificación de infracciones; el legislador, *lato sensu*, puede proteger mediante vías distintas (penal y/o administrativa) los bienes jurídicos dignos de tutela jurídico-pública previendo, a tal efecto, la imposición de las correspondientes sanciones. Otra cosa es la que la correcta aplicación del principio obligue a subsumir la conducta infractora en un solo tipo a fin de que se imponga una sola y única sanción.

⁸³ Por todas, STS/III 28 de octubre de 1991 (RJ 7833).

El principio *non bis in idem* es de aplicación, con los matices y excepciones (fundamentalmente jurisprudenciales) que veremos más adelante, no sólo a los procesos penales entre sí y a los procedimientos administrativos sancionadores entre sí, sino también a los casos de concurrencia (simultánea o sucesiva) en el ejercicio de la potestad sancionadora por órganos de la Jurisdicción penal y por órganos u organismos administrativos: este principio se vulnera «si a consecuencia de la comisión de un solo y único hecho se imponen a la persona autora y responsable del mismo una duplicidad de sanciones, a saber, una mediante resolución de órgano de la Jurisdicción Penal y otra merced a acuerdo de órgano administrativo»⁸⁴. De este modo, la aplicación del *non bis in idem* implica, en su vertiente negativa, la imposibilidad de sancionar más de una vez (sea penal y/o administrativamente) a un mismo sujeto por un mismo hecho por idéntica causa de pedir⁸⁵. En suma, este principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues «semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del «ius puniendi» del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado»⁸⁶.

C) FUNDAMENTO NORMATIVO

En cuanto a su anclaje constitucional, doctrina y jurisprudencia coinciden en señalar que el principio *non bis in idem* se encuentra consagrado en el artículo 25. No obstante, del tenor literal de este precepto no se deduce la imposibilidad de imponer dos o más sanciones por una misma infracción; por eso creemos más prudente –y, al tiempo, más acertado por ser jurídicamente más riguroso– mantener que el reconocimiento constitucional de este principio se encuentra implícitamente en el aquel precepto, como se desprende de la lectura del Anteproyecto de Constitución, publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes» el 5 de enero de 1978, que recogía expresamente la «exclusión

⁸⁴ STS/C-A 22 de mayo de 1986 (RJ 1986/2396).

⁸⁵ Así, STC 221/1997, de 4 de diciembre: «la prohibición de un ejercicio reiterado del *ius puniendi* del Estado (...) impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas y proscribela compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento».

⁸⁶ STC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 4.º

de la doble sanción por los mismos hechos»; la eliminación del texto entrecuadrado por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas se justificó en que la necesaria inclusión de supuestos concretos de prohibición de la doble sanción haría innecesariamente largo el texto del precepto, de modo que se optó por referirlo implícitamente al texto definitivo del vigente artículo 25 CE⁸⁷.

El principio *non bis in idem* está indudablemente conectado con los principios de legalidad y tipicidad. Como ha razonado la doctrina constitucional, «si la exigencia de “lex praevia” y “lex certa” que impone el artículo 25.1 de la Constitución obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita»⁸⁸.

Desde la óptica del Derecho internacional público, el principio *non bis in idem* se encuentra recogido en su vertiente puramente penal en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Estado español en 1977: «nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país». La repercusión de esta previsión en el ámbito del Derecho sancionador del trabajo es de suma importancia. Cuando un sujeto haya sido procesado en un Estado extranjero por la presunta comisión de un delito tipificado en nuestro Código Penal y la resolución dictada sea firme, la Jurisdicción penal española no podrá, so pena de lesionar el derecho fundamental que subyace en este principio, iniciar actuaciones tendentes a la depuración de responsabilidad penal quien ya fue sancionado por las autoridades de otro Estado⁸⁹. Delitos comunes en los ordenamientos europeos como los que protegen la seguridad y salud en el trabajo se sitúan en el eje de esta previsión, por lo que habrá que respetar la firmeza –sea en sentido condenatorio o absolutorio– de la resolución judicial procedente del Estado extranjero, siempre que, como es lógico, haya ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁸⁷ Sobre esta cuestión, S. DEL REY GUANTER, *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, MTSS, Madrid, 1990, p. 97 y los autores citados en la nota 49.

⁸⁸ STC 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3.º

⁸⁹ Sobre esta cuestión pueden verse, por ejemplo, los AATC 222/1997, de 4 de diciembre, y 365/1997, de 10 de noviembre.

2. Conexión con la cosa juzgada

El principio *non bis in idem*, como ha señalado la doctrina constitucional, constituye «un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado»⁹⁰. Como es lógico, la imposibilidad de sancionar unos mismos hechos requiere, con carácter previo, acreditar la efectiva imposición de una sanción anterior. Y es en este punto, precisamente, donde adquiere importancia la institución de la cosa juzgada y la triple identidad de sujetos, hechos (o acción) y causa petendi (o fundamento, vinculado a la calificación jurídica de los hechos).

A) PERSPECTIVA MATERIAL Y FORMAL

La garantía plena y, consiguientemente, la eficacia real del *non bis in idem*, exige poner en conexión la vertiente procesal o adjetiva con la material o sustantiva, pues es precisamente ésta la que cumple la función garantizadora que se halla en la base del derecho fundamental. La perspectiva procedimental implica, básicamente, que la Administración competente para sancionar deberá pasar el tanto de culpa a la Jurisdicción penal cuando entienda que concurren indicios suficientes de criminalidad, debiendo suspender el procedimiento administrativo sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre la existencia o inexistencia de delito. Como es lógico, la finalización del proceso penal sin imposición de la sanción correspondiente no impedirá la reapertura del procedimiento administrativo sancionador encaminado a la determinación de la existencia o inexistencia de infracción administrativa; en este procedimiento la Administración quedará vinculada a los hechos declarados probados en la sentencia dictada por la Jurisdicción penal.

Por otra parte, y desde la perspectiva estrictamente material, la imposición de sanción por la Jurisdicción penal será un obstáculo insalvable en orden a la eventual imposición de multa administrativa. Con todo, la articulación procedimental del *non bis in idem* no sólo se orienta a impedir el resultado de la doble incriminación y castigo por unos mismos hechos; se trata, sobre todo, de evitar que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio como consecuencia de la prosecución paralela o simultánea de dos procedi-

⁹⁰ STC 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3.º

mientos –penal y administrativo– atribuidos a autoridades de diverso orden. Precisamente para evitar que se dicten resoluciones (judiciales y administrativas) contradictorias, los órganos jurisdiccionales penales tienen atribuido con carácter prioritario el enjuiciamiento de los hechos que aparezcan *prima facie* como delitos. Esta atribución prioritaria descansa en la competencia exclusiva de este orden jurisdiccional en cuanto a la imposición de sanciones por conductas constitutivas de delito «y no en un abstracto criterio de prevalencia absoluta del ejercicio de su potestad punitiva sobre la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, que encuentra también respaldo en el Texto Constitucional»⁹¹.

B) TRIPLE IDENTIDAD PARA QUE OPERE

De lo anterior se desprende que, desde la perspectiva constitucional, no es posible tutelar adecuada y eficazmente el derecho fundamental a no ser castigado más de una vez por el mismo hecho antijurídico interpretando la dimensión procesal en oposición a la material, bien entendido que ésta no atiende al plano formal o instrumental del orden en que una y otra manifestación de la potestad punitiva del Estado han de ser ejercitadas, sino al sustantivo que impide que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos cuando existe idéntico fundamento para el reproche penal y administrativo. En definitiva, irrogada una sanción, sea de índole penal o administrativa, no es admisible, sin vulnerar el derecho fundamental referido, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concorra la triple identidad de sujeto, hechos y fundamento⁹².

— La identidad subjetiva no plantea problema, a la vista del principio de personalidad de las penas (y sanciones, con los matices ya vistos), como tampoco la de objeto (conducta antijurídica).

— Mayores dificultades encierra la apreciación de la identidad en la causa de pedir. Ésta aparece íntimamente conectada con la tipificación de las infracciones. La atribución en nuestro ordenamiento de potestad sancionadora a dos autoridades distintas (la judicial penal y la administrativa) permite que un

⁹¹ STC 177/1999, de 11 de octubre, FJ 4.º

⁹² Y ello aún en el caso de no suspensión del procedimiento administrativo sancionador en los casos en que resulte acreditada la existencia de delito con posterioridad a la imposición de la sanción administrativa, pues «su inobservancia nunca podrá alterar el contenido del derecho fundamental al «ne bis in idem» del sujeto infractor (art. 25.1 CE), ajeno por completo a dicho incumplimiento y en cuya esfera jurídica no debe repercutir el mismo» (STC 177/1999, de 11 de octubre, FJ 5.º).

mismo hecho sea susceptible de inclusión tanto en el ámbito de las infracciones penales como en el de las administrativas. En ocasiones, la conducta tipificada es sustancialmente idéntica (v.g., omisión de las medidas exigidas en materia de seguridad y salud en el trabajo); en estos casos parece lógico que se niegue virtualidad a la doble imposición de sanciones.

— Sin embargo, en otras ocasiones, un mismo hecho ilícito puede ser incluido, en atención a los plurales elementos que integran la conducta o bien — como suele ser lo común— a los distintos resultados que se produzcan, en varias infracciones, administrativas y penales. En estos casos, la aplicación del principio de tipicidad no constituye un obstáculo a la eficacia de los preceptos sancionadores, de tal forma que, en hipótesis, una misma conducta sería susceptible de encuadramiento en varios preceptos sancionadores y, por tanto, justificar la doble imposición de sanciones. La tipicidad de las infracciones entronca, como advertíamos, con la exigencia de identidad en la causa de pedir en orden a la aplicación del principio *non bis in idem* porque la inclusión de una conducta en varias infracciones justifica la doble imposición de sanciones ante la imposibilidad de apreciar, en sentido estricto, la referida identidad, en la medida en que cada infracción (y la imposición de la correlativa sanción) se vincula a bienes jurídicos distintos que frecuentemente se protegen en distintas normas⁹³.

3. Efecto negativo de la cosa juzgada

En sentido negativo puede hablarse del principio *non bis in idem* en un doble sentido: como prohibición de un doble proceso con un mismo objeto⁹⁴ y como prohibición o imposibilidad de que un mismo sujeto sea sancionado más de una vez por una o varias autoridades con potestad sancionadora.

A) PROHIBICIÓN DE UN DOBLE PROCESO CON UN MISMO OBJETO

Desde la primera perspectiva, sólo se incurre en esta prohibición cuando el primer proceso ha concluido con una resolución que produce el efecto de cosa juzgada: «si la cosa juzgada (“material”, según la más arraigada expresión

⁹³ Vid. el voto particular a la STC 177/1999, de 11 de octubre, suscrito por los Magistrados P. Cruz Villalón y M. E. Casas Baamonde.

⁹⁴ SSTC 77/1983, 159/1985, 94/1986, 107/1989, 154/1990, 204/1996, 41/1997 y AATC 1001/1987, 263/1989, 289/1994, 329/1995 y 365/1997, de 10 de noviembre.

doctrinal) fuese desconocida vendría a privarse de eficacia a lo que se decidió con firmeza al cabo del proceso (...). En el ámbito, pues, de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar –a salvo el remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional– un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme»⁹⁵. Cuando se trata de procesos pendientes, la doctrina del Tribunal Constitucional es clara e incontrovertida otorgar prevalencia del Poder Judicial respecto de la Administración en cuanto a la imposición de sanciones o, desde el ángulo contrario, a la subordinación de la potestad de ésta a la Autoridad judicial⁹⁶: «La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una administrativa haya de resolverse en favor de la primera»⁹⁷. La regla de la prevalencia de la Jurisdicción penal sobre la Administración en el ejercicio de la potestad sancionadora sirve, además, para justificar la doble imposición de sanciones en los casos en que un ilícito ya fue objeto de sanción administrativa y, siendo ésta firme, se inicia un proceso penal –en los casos en que la infracción sea constitutiva de delito– que concluye con la imposición de la pertinente sanción penal.

En cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la doctrina constitucional ha matizado que la interdicción de este principio «no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiere establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquél derecho fundamental»⁹⁸.

Con todo, desde la perspectiva (procesal) negativa o excluyente, no siempre se otorga preferencia a los procesos penales (a la potestad sancionadora de la Jurisdicción penal) frente a los procesos contencioso-administrativos que resuelven las impugnaciones de sanciones administrativas. Así, es posible que penda ante la Jurisdicción penal la resolución de un determinado asunto, íntimamente vinculado con el objeto del proceso contencioso-administrativo, en

⁹⁵ STC 159/1987.

⁹⁶ SSTC 77/1983 (FJ 3.º), 159/1985 (FJ 3.º), 107/1989 (FJ 4.º) y 222/1997 (FJ 4.º).

⁹⁷ STC 77/1983 (FJ 3.º).

⁹⁸ STC 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3.º

tanto presupuesto de la sanción impuesta en su momento por la Autoridad administrativa competente, y no se suspenda éste aunque el objeto de uno y otro estén estrechamente conectados. En estos casos parecería razonable pensar en una suspensión del proceso contencioso-administrativo a fin de evitar el resultado de dos resoluciones judiciales –una penal y otra contencioso-administrativa– eventualmente contradictorias sobre un mismo asunto y afectando a un mismo sujeto. No obstante, la litispendencia, en tanto exige identidad de sujetos y de objeto y, por tanto, pendencia de un determinado asunto ante los órganos jurisdiccionales de un mismo orden (pues si no, no se entiende la existencia de criterios de distribución de competencias entre los diferentes órdenes jurisdiccionales) no es admisible cuando el asunto está pendiente de ser resuelto por los Tribunales de un orden distinto (en este caso, el penal). Este es el razonamiento que emplea la Jurisdicción contencioso-administrativa para rechazar la excepción de litispendencia fundada en la existencia de un proceso penal por presunta falsedad de documento público, que es la base, junto con la connivencia entre empresario y trabajadores para obtener fraudulentamente prestaciones del sistema de la Seguridad Social, de la comisión de la infracción administrativa muy grave tipificada en la LISOS⁹⁹.

B) MATIZACIONES A LA PROHIBICIÓN GENERAL

Si bien es cierto que el *non bis in idem* despliega todos sus efectos en el ámbito de las sanciones penales y administrativas, lo cierto es que su alcance no es el mismo en todo caso: su eficacia es indudable cuando la doble imposición de sanciones se circunscribe en un único ámbito sancionatorio (el penal o el administrativo); sin embargo, cuando su quebrantamiento se produce en el ámbito administrativo y en el penal, sus perfiles son claramente diversos¹⁰⁰.

En la esfera jurídico-penal, y sin perjuicio de la regla general antes apuntada (imposibilidad de imposición de dos o más sanciones penales) la aplicación del principio *non bis in idem* resulta problemática en relación con los concursos de delitos y con los delitos continuados. Respecto de los primeros, el hecho de que la naturaleza del delito sea más o menos compleja no puede atenuar, ni mucho menos anular los efectos del mandato constitucional sobre la base de consideraciones procesales o sustantivas vinculadas a la excepción

⁹⁹ STS/III 3 de febrero de 1998 (RJ 1549).

¹⁰⁰ STC 221/1997, de 4 de diciembre, FJ 3.º

de cosa juzgada¹⁰¹. En cuanto a los segundos la aplicación del principio resulta especialmente compleja en supuestos de conductas continuadas que dan lugar a hechos susceptibles de ser individualizados y, por tanto, constitutivos cada uno de ellos de ilícitos distintos sancionables por separado; en definitiva, sin que a ellos se les aplique el *non bis in idem*. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión para pronunciarse sobre la aplicación o no de este principio a un supuesto de ejercicio, sin posesión del título, de actos propios de la profesión que lo exige en dos establecimientos distintos; en este caso, se entendió que a los efectos de este tipo penal no resulta trascendente la circunstancia de que los actos se lleven a cabo en el mismo o en distintos lugares, como tampoco la realización de uno o varios actos, «pues precisamente el tipo penal contempla la realización no de un acto aislado, sino de “actos propios de la profesión” en general, una de cuyas características suele ser la habitualidad»¹⁰². Solución distinta es la alcanzada en alguna resolución judicial, que considera, v.g., que el impago reiterado del salario puede dar lugar a una pluralidad de sanciones, susceptibles de individualización: «como quiera que el salario se abona cada mes, si se parte de que el trabajador en cada uno de ellos tiene derecho a la cuantía resultante del incremento establecido en el convenio colectivo, cada vez que no se le abona ese salario, se produce una infracción del convenio; de ahí que, sancionada la infracción en un mes, si en otro posterior se vuelve a reproducir la infracción, ésta tenga su propia entidad diferenciada de la precedente, y que, al sancionarla, lo que se sancione sea un hecho distinto (pese a la identidad de naturaleza) y no el mismo»¹⁰³.

En materia de sanciones administrativas, la doble imposición de sanciones resulta ciertamente difícil, al menos en el ámbito de las relaciones laborales. No parece posible, a la vista del texto de la LISOS justificar la doble imposición de sanciones atendiendo a los tipos descritos a lo largo de su articulado. No obstante, y desde una perspectiva ajena a esta Ley, la repercusión de algunos incumplimientos laborales en ámbitos diversos del estrictamente laboral (v.g., industria) podría ocasionar la iniciación de varios procedimientos administrativos sancionadores y, consiguientemente, la imposición de varias sanciones administrativas. En estos casos habría que determinar cual de las sanciones (sólo una) resulta pertinente.

¹⁰¹ STC 221/1997, de 4 de diciembre, FJ 3.º

¹⁰² STC 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 5.º

¹⁰³ STS/III 4 de enero de 1990 (RJ 3059). También STS/III 20 de junio de 1988 (RJ 4639): «cada mensualidad debe ser considerada con independencia a los efectos de la indicada infracción» (impago reiterado del salario pactado). No puede entenderse vulnerado el *non bis in idem* por el hecho de que la Administración hubiera impuesto con anterioridad sanciones por hechos similares puesto que tales sanciones se referían a períodos mensuales diferentes a los tenidos en cuenta después.

■ LOS DELITOS LABORALES

En los casos, sin duda frecuentes, de iniciación de un proceso penal y otro administrativo sancionador, la jurisprudencia no siempre ha admitido la excepción de cosa juzgada y, consiguientemente, ha rechazado la aplicación del principio *non bis in idem*¹⁰⁴.

4. Efecto positivo de la cosa juzgada

La proyección positiva del *non bis in idem* que, en el decir de la STS/II 30 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7405), implica que «cuando se inicia proceso penal por un hecho, las actuaciones de otro orden jurisdiccional o de carácter administrativo, referidas al mismo hecho, han de suspenderse hasta que se resuelva la causa criminal», se manifiesta expresamente, en materia laboral, en los artículos 3 y 42.5 LISOS.

A) EL ARTÍCULO 3 LISOS

El artículo 3.2 LISOS prevé, para los supuestos en que las infracciones administrativas pudieran ser constitutivas de ilícito penal, que la Autoridad laboral competente pase el tanto de culpa a la Jurisdicción penal o al Ministerio Fiscal y se abstenga 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. El fundamento de esta previsión legal se encuentra en la necesaria subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la de los Tribunales de Justicia, que determina, insistimos en ello, que «la primera (...) no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos»¹⁰⁵.

La previsión anterior persigue, evidentemente, evitar la imposición de sanciones, una administrativa y una penal (eventualmente posterior) como consecuencia de la no suspensión del procedimiento administrativo sancionador en tanto no se resuelva el proceso penal iniciado a instancia

¹⁰⁴ Es el caso, por ejemplo, de la STS/II 16 de julio de 1990 (RJ 6713) que, tras reconocer la manifiesta identidad de persona, cosa y acción, declara que «la regla *non bis in idem* no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplan, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral)».

¹⁰⁵ STS/III 28 de octubre de 1991 (RJ 7833).

de la Autoridad laboral. Parece lógico suponer que la decisión de paralizar o no el procedimiento sancionador no es discrecional para la Administración, de tal forma que en los casos en que entienda que la presunta infracción cometida puede ser, al tiempo, constitutiva de delito, deberá (estará obligada a) paralizar el procedimiento sancionador. Con todo, si no lo paraliza porque entiende que no hay indicios razonables de la existencia de delito ¹⁰⁶, no podrá exigirse después responsabilidad de ninguna clase a la Administración, si bien es cierto que la posterior apertura de un proceso penal por los mismos hechos podrá desembocar en la transgresión del derecho fundamental cuando quede acreditada la comisión del delito imputado.

Resulta imprescindible, a los efectos anteriores, la consideración del Protocolo Marco de Colaboración entre el CGPJ, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y la Fiscalía General del Estado para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y la ejecución de las sentencias condenatorias, suscrito el 19 de septiembre de 2007.

B) EL ARTÍCULO 42.5 LISOS

Según este precepto, «La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de la Seguridad Social».

La conexión entre los procedimientos administrativos sancionadores por infracciones a la normativa de seguridad y salud en el trabajo y los procedimientos administrativos a través de los que se exige el pago del recargo de prestaciones en los casos de accidente de trabajo causado por la omisión de las medidas de seguridad y salud en el trabajo es evidente: en ambos casos, el presupuesto es la infracción a esta normativa; no hay sanción sin infracción, como tampoco hay derecho al recargo de prestaciones si no hay infracción empresarial.

¹⁰⁶ Es el caso de los hechos recogidos en la STS/III 7 de octubre de 1997 (RJ 7209).

Esta previsión olvidada, sin embargo, que la firmeza de la resolución dictada por la Jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto a los hechos probados normalmente es posterior en el tiempo a la resolución administrativa (del INSS, que es el competente en la materia) o jurisdiccional (laboral) por la que se determina la procedencia o improcedencia del recargo. Por eso se trata de una previsión bienintencionada, en tanto pretende resolver los problemas de resoluciones judiciales contradictorias que se plantearían en caso de que se declarase la improcedencia de la sanción y la procedencia del recargo o viceversa, aunque ciertamente de difícil aplicación práctica.

X. LA SANCIÓN PENAL: ASPECTOS GENERALES

El reproche jurídico que se realiza al autor de un delito se concreta en la imposición de una sanción: la pena; su fundamento radica en la vulneración del ordenamiento jurídico producida y la función que desempeña es la de proteger los bienes y valores esenciales de la vida en sociedad¹⁰⁷. El fin que persigue es la prevención de las lesiones o puesta en peligro de los bienes jurídicos a través de la intimidación *ex ante* y la corrección *ex post*, ya que como dice el artículo 25 CE, «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social»¹⁰⁸.

En ciertas ocasiones el ordenamiento prevé la imposición de medidas de seguridad como alternativa a la pena (Tít. IV Libro I CP). Estas «se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito» (art. 6 CP). Se impondrán cuando el sujeto haya cometido un delito, cuando pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 95 CP) y el sujeto sea inimputable por las causas establecidas en el artículo 20 CP o «semiimputable» por concurrir una eximente incompleta. En el caso de inimputabilidad la medida de seguridad sustituye a la pena y en el caso de «semiimputabilidad» se acumulará proporcionalmente.

¹⁰⁷ Como explica COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., pp. 800-801, la «función de la pena no es la realización de la Justicia por medio del castigo». «La realización de la Justicia es un cometido de la Moral, no del Derecho. Este debe limitarse a ordenar la convivencia externa de los ciudadanos del modo menos gravoso posible para sus derechos y libertades».

¹⁰⁸ Sobre el fin «resocializador» de la pena en un proceso evolutivo de «humanización» del Derecho Penal en MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Barcelona, 1998, p. 708.

1. Clases de penas

A) SEGÚN SU NATURALEZA

El artículo 32 CP establece una clasificación de las penas, en función de la naturaleza de las mismas, cuando afirma que las «penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multas».

a. *Penas privativas de libertad.*

Las penas privativas de libertad se clasifican a su vez en prisión, arresto de fin de semana y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 35 CP).

La prisión es la más grave. En la búsqueda de un equilibrio entre la necesidad de permitir la virtualidad de los fines preventivos, el principio de proporcionalidad y razones humanitarias, se han impuesto unos límites temporales mínimos y máximos: 6 meses y 20 años, respectivamente, salvo casos excepcionales (art. 36 CP).

El arresto de fin de semana se basa en la técnica del internamiento pero permite compatibilizarlo con el mantenimiento de los vínculos sociales y familiares. Tendrá una «duración de treinta y seis horas y equivaldrá, en cualquier caso, a dos días de privación de libertad. Tan sólo podrán imponerse como máximo veinticuatro fines de semana como arresto, salvo que la pena se imponga como sustitutiva de otra privativa de libertad; en tal caso su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas del artículo 88» del Código (art. 37.1 CP)¹⁰⁹.

La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa es, según lo establecido en el artículo 53.1 CP, la que se impone cuando no se ha pagado la pena de multa voluntariamente o por vía de apremio. Se concreta en «un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que podrá cumplirse en régimen de arrestos de fin de semana», con un máximo de veinticuatro fines de semana (art. 37.1 CP)¹¹⁰ o cuando lo acuerde el Juez o Tribunal «previa conformidad del penado (...) mediante trabajos a favor de la comunidad», supuesto en el que «cada día de trabajo equivaldrá a una jornada de trabajo» (art. 53.1 CP).

¹⁰⁹ Las características de la ejecución del arresto de fin de semana se regula en los apartados restantes del artículo 37 CP y en el R. D. 690/1996, de 26 de abril.

¹¹⁰ No se trata de un supuesto de conversión de penas del artículo 88.1 CP. En este sentido MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 594.

b. *Penas privativas de otros derechos.*

Las penas privativas de otros derechos se limitan a casos de privación del cargo o derecho relacionado con la conducta delictiva. Según los arts. 39 ss. CP pueden consistir en:

— Inhabilitación absoluta, que tiene una duración entre seis y veinte años (art. 40) y tiene el triple efecto de «la privación definitiva de todos los honores, empleo y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos»; «la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos»; «incapacidad para ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena» (art. 41 CP).

— Inhabilitación especial para empleo o cargo público que tiene una duración de seis meses a veinte años (art. 40 CP) y un doble efecto: la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere –según se especificará en la sentencia– y de los honores que le sean anejos; la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena (art. 42 CP).

— Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo que tiene una duración de seis meses a veinte años (art. 40 CP) y «priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos» (art. 44 CP).

— Inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que tiene una duración de seis meses a veinte años (art. 40 CP) y, según se concrete expresa y motivadamente en la sentencia, privará al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena (art. 45)¹¹¹.

— Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, que tiene una duración de seis meses a veinte años (art. 40 CP) y «priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena» (art. 46 CP).

— Suspensión de empleo o cargo público, que tiene una duración entre seis meses y seis años (art. 40 CP) y «priva de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena» (art. 43 CP).

¹¹¹ La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio u otras actividades, sean o no retribuidas, o cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva a la persona penada de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena. La autoridad judicial podrá restringir la inhabilitación a determinadas actividades o funciones de la profesión u oficio, retribuido o no, permitiendo, si ello fuera posible, el ejercicio de aquellas funciones no directamente relacionadas con el delito cometido.

— Privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores, de tres meses a diez años (art. 40 CP) e «inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia» (art. 47 CP).

— Privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de tres meses a diez años (art. 40 CP) que «inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia» (art. 47 CP).

— Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, de seis meses a cinco años (art. 40 CP) que «impide al penado volver al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos» (art. 48 CP).

— Trabajos en beneficio de la comunidad que «obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, con una duración diaria máxima de ocho horas en las condiciones que establece el artículo 49 CP, los arts. 26 ss. de la Ley General Penitenciaria y la norma reglamentaria de desarrollo. En todo caso será necesario el consentimiento del penado, como exigencia de respeto al artículo 25 CP que expresamente establece que las penas “no podrán consistir en trabajos forzados”»¹¹².

c. *Pena de multa.*

De acuerdo con el artículo 50 CP, la pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria y se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa. 3. Su extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta. Su determinación por los Tribunales

¹¹² Conforme al artículo 49 CP podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por la persona condenada, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación de la persona condenada en talleres o programas formativos de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual, resolución pacífica de conflictos, parentalidad positiva y otros similares.

No atentará a la dignidad del penado y gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social. La norma penal introduce previsiones de tenue laboralización: 1) Hay que vigilar posibles ausencias injustificadas; 2) Es exigible un rendimiento mínimo exigible. 3) La conducta debe ser acorde con lo usual. 4) La ausencia justificada se diferencia del abandono, aunque el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena.

■ LOS DELITOS LABORALES

será motivada, con indicación de la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo. En fin, el Tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen, en cuyo caso el impago de dos de ellos determinará el vencimiento de los restantes.

B) SEGÚN SU GRAVEDAD

El artículo 33 CP distingue, en virtud de su naturaleza y duración, tres grados de penas: graves, menos graves y leves¹¹³.

C) PRINCIPALES Y ACCESORIAS.

En ciertas ocasiones la imposición de una pena «lleva consigo» –por utilizar los términos del legislador– la aplicación de otra, que se denomina accesoria. Estas últimas se encuentran reguladas en la Sección 5.^a, del Capítulo I, del Título III, del Libro I (arts. 54 ss. CP).

2. Punibilidad

En algunos supuestos el legislador penal, por razones de política criminal, prevé en determinados delitos una serie de elementos que van a condicionar la imposición de la pena. Estos elementos no están conectados con el juicio de antijuridicidad ni con el juicio de culpabilidad. Son simplemente factores introducidos «por razones utilitaristas, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del Derecho penal»¹¹⁴. Veamos los principales.

— Condiciones objetivas de penalidad: circunstancias cuya concurrencia condiciona la imposición de la pena. En el ámbito laboral la doctrina se debate entre calificar el previo requerimiento o sanción administrativa en el

¹¹³ Cfr. el artículo 33 CP para consultar el elenco de las que pertenecen a cada clase.

¹¹⁴ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 460.

delito de discriminación laboral (art. 314 CP) o la cuantía defraudada en materia de Seguridad Social (art. 307 CP) como condiciones objetivas de penalidad o como elementos del tipo.

— Excusas absolutorias: se trata de circunstancias cuya concurrencia provoca la exención de la pena a pesar de haberse cometido una conducta antijurídica y culpable. Un ejemplo es la regularización de la relación de cotización con la Seguridad Social en el momento precedente (art. 307 CP).

3. **Modificación de la pena o de la modalidad de su ejecución**

A) MODIFICACIONES DE LA CLASE DE PENA

a. *Sustitución de la pena de privación de libertad.*

En ciertas ocasiones cuando «las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen» el juez podrá sustituir la pena impuesta a determinados reos por otras, «aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate» (art. 88.1 CP). El legislador ha limitado esta posibilidad a los casos en los que concurran los requisitos establecidos con carácter general en el artículo 88 CP y, para los extranjeros que no residen legalmente en España en el artículo 89 CP.

b. *Libertad condicional.*

Se trata de un período final en el cumplimiento de la pena, en el que se permite un régimen de «libertad controlada», cuando se den los requisitos de los artículos 90 ss. CP.

c. *Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.*

Nos remitimos a lo explicado en la clasificación de las penas privativas de libertad.

B) SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Los «jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto»

■ LOS DELITOS LABORALES

(art. 80.1 CP), cuando se den las circunstancias y requisitos y en la forma regulada en los arts. 80 ss. CP.

C) MODULACIÓN DE LA PENA APLICABLE

El legislador prevé ciertas circunstancias cuya concurrencia en el desarrollo de los hechos delictivos hará variar la responsabilidad criminal. Con su aplicación se da cumplimiento al principio de la proporcionalidad de la pena en el caso concreto.

Se puede distinguir entre circunstancias genéricas, aplicables en todos los delitos (arts. 21, 22 y 23 CP) y circunstancias específicas, establecidas sólo para algunos delitos. Pero la distinción más importante es, según los efectos de las mismas, la que diferencia entre circunstancias agravantes –enumeradas con carácter taxativo en el artículo 22 CP–, circunstancias atenuantes (art. 21 CP), o circunstancias mixtas (art. 23 CP).

a. *Circunstancias atenuantes (art. 21 CP).*

1.^a Las causas eximentes de responsabilidad penal, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para ello en sus respectivos casos.

2.^a La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en las circunstancias eximentes.

3.^a La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

4.^a La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

5.^a La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

6.^a La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

7.^a Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores, cuando se pueda demostrar la relación de semejanza en la que se basa la analogía, aspecto que relaja el principio de tipicidad, lo que en todo caso sería imposible en el caso de las agravantes por representar analogía *in malam partem*.

b. *Circunstancias agravantes (art. 22 CP)*

1.^a Ejecutar el hecho con alevosía.

Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

2.^a Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

3.^a Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.

4.^a Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.

5.^a Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

6.^a Obrar con abuso de confianza.

7.^a Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

8.^a Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves.

Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.

c. *Circunstancia mixta (art. 23 CP).*

«Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente.»

d. *Reglas complementarias para su aplicación.*

Las atenuantes y agravantes expuestas no serán aplicables cuando las circunstancias que contemplan sean elementos que ya se hayan previsto en la descripción del tipo o «sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse» (art. 67 CP). Por ejemplo en el caso de los delitos de discriminación laboral grave (art. 314 CP) no será aplicable la circunstancia de discriminación del artículo 22.4 CP («Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas....»); en el delito de acoso sexual (art. 184.2 CP) no será aplicable la agravante del artículo 22.2 CP («Ejecutar el hecho [...] con abuso de superioridad»).

Es necesario precisar unas reglas limitativas de la eficacia de estas circunstancias. Según el artículo 65 CP, las «circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran». Las circunstancias de carácter personal son incommunicables. Por otro lado las «que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito», es decir, son comunicables.

El Tribunal Supremo ha declarado frecuentemente que «de un mismo hecho no pueden derivarse varias circunstancias, ni deben apreciarse como tales las que se hallen ligadas entre sí de forma tal que la existencia de una presuponga necesariamente la coexistencia de las otras»¹¹⁵.

4. **Reglas de determinación de la pena aplicable.**

Los preceptos del Código Penal que tipifican los diferentes delitos concretan la pena que corresponde a cada uno de ellos. «Cuando la Ley establece un pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada» (art. 61 CP). Por lo tanto, se tiene que modular la pena establecida por dichos preceptos en relación a los partícipes y a las formas incompletas de aparición del delito, es decir, en relación a los sujetos intervinientes en el delito que no son el autor y las formas de aparición del delito que no son la de consumación.

¹¹⁵ COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 889.

A) PARTICÍPES EN EL DELITO

En los casos de participación el artículo 63 CP establece que a «los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito». En el caso de participación en delito en grado de tentativa la pena se rebajará un grado sobre la ya rebajada por dicha forma imperfecta de realización del delito. Por el contrario, los inductores y cooperadores necesarios responderán como autores.

B) TENTATIVA

En los casos de tentativa a los autores «se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado» (art. 62 CP).

C) MODULACIÓN POR ATENUANTES O AGRAVANTES

Cuando concurren eximentes incompletas «los Jueces o Tribunales podrán imponer, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código» (art. 68 CP), relativo a las reglas de aplicación de las circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad penal. Parece que la reducción de la pena en estos casos, a pesar de los términos en los que se manifiesta el legislador, será obligatoria para el juez¹¹⁶.

a. *Reglas generales.*

Por su lado, el artículo 66 CP establece unas reglas generales para la aplicación de las circunstancias atenuantes o agravantes, que transcribimos:

¹¹⁶ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, pp. 605-606.

■ LOS DELITOS LABORALES

«1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1.^a Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

2.^a Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3.^a Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

4.^a Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.

5.^a Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6.^a Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

7.^a Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

8.^a Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

2. En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.»

b. *Pena superior o inferior.*

El artículo 70 CP establece a su vez las reglas para imponer la pena superior o inferior en grado a la prevista por la Ley para cualquier delito:

«1. La pena superior e inferior en grado a la prevista por la ley para cualquier delito tendrá la extensión resultante de la aplicación de las siguientes reglas:

1.^a La pena superior en grado se formará partiendo de la cifra máxima señalada por la ley para el delito de que se trate y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo. El límite mínimo de la pena superior en grado será el máximo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, incrementado en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer.

2.^a La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo. El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer».

Por ejemplo, el artículo 315 CP, relativo al delito contra la libertad sindical establece una pena de prisión de seis meses a tres años y la pena superior en grado si se comete con intimidación. Esta última pena tendrá un mínimo de tres años (el máximo de la anterior) y un máximo de cuatro años y medio (resultado de sumar a los tres años de la pena anterior la mitad de la misma).

Prosigue el artículo 70 CP:

«2. A los efectos de determinar la mitad superior o inferior de la pena o de concretar la pena inferior o superior en grado, el día o el día multa se considerarán indivisibles y actuarán como unidades penológicas de más o menos, según los casos.

3. Cuando, en la aplicación de la regla 1.^a del apartado 1 de este artículo, la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, se considerarán como inmediatamente superiores:

1.º Si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 años.

■ LOS DELITOS LABORALES

2.º Si fuera de inhabilitación absoluta o especial, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 años.

3.º Si fuera de suspensión de empleo o cargo público, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de ocho años.

4.º Tratándose de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 15 años.

5.º Tratándose de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.

6.º Tratándose de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.

7.º Tratándose de prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.

8.º Tratándose de prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.

9.º Si fuera de multa, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 meses.

4. La pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años.»

Según el artículo 71 CP, si por aplicación de las reglas anteriores procede imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente.

D) CONCURSO DE DELITOS

a. *Concurso real.*

Concurso real de delitos (arts. 75 y 76 CP): Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible. No obstante, el

máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.

b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 *bis*.

La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar.

b. *Concurso ideal.*

Concurso ideal de delitos (art. 77 CP): se aprecia cuando un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado. En el segundo caso, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.

c. *Delito continuado y delito masa*

De acuerdo con el artículo 74 CP, «el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado».

Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

Quedan exceptuadas de lo anterior las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

5. Condiciones de procedibilidad

En ocasiones, aunque un sujeto haya cometido una conducta antijurídica y culpable, y se hayan cumplido las condiciones objetivas de punibilidad y no exista una excusa absolutoria, el delito no es perseguible. Esto ocurre cuando el legislador ha impuesto un requisito procesal para ello. Este es el caso de la exigencia de denuncia previa del ofendido o su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, por ejemplo, en el caso del delito de acoso sexual en el trabajo (art. 184 CP en conexión con el artículo 191.1 CP).

6. Causas de extinción de la responsabilidad

A) CUADRO DE CAUSAS EXTINTIVAS

Aunque concurren todos los elementos que determinan en circunstancias normales la responsabilidad penal de un sujeto, el artículo 130 CP establece que esta responsabilidad se extingue por las siguientes razones:

- 1.º Por la muerte del reo.
- 2.º Por el cumplimiento de la condena.

3.º Por la remisión definitiva de la pena.

4.º Por la amnistía o el indulto.

5.º Por el perdón de la persona ofendida, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias de la persona agraviada o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto la autoridad judicial sentenciadora deberá oír a la persona ofendida por el delito antes de dictarla.

En los delitos cometidos contra personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales, el perdón de la persona ofendida no extingue la responsabilidad criminal.

6.º Por la prescripción del delito.

7.º Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.

La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

B) PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS Y PENAS

Según el artículo 131 CP, los delitos prescriben: a) A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años. b) A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años. c) A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez. d) A los cinco, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año.

Algunos delitos tienen previstos plazos especiales.

Según el artículo 133 CP, las penas impuestas por sentencia firme prescribirán: a) A los 30 años, las de prisión por más de 20 años. b) A los 25 años, las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20. c) A los 20, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15. d) A los 15, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10. e) A los 10, las restantes penas graves. f) A los cinco, las penas menos graves. g) Al año, las penas leves.

7. Otras consecuencias del delito

A) LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*

Según el artículo 116.1 CP, «toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno». Además, «los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.

La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices.

Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno» (art. 116.2 CP).

En fin, «la responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil (...) de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos».

La empresa no solo responde civilmente de las conductas desarrolladas por su plantilla en el ejercicio de la actividad laboral sino que también lo hace ante sus propios trabajadores cuando aparecen como sujetos pasivos de un delito, siempre que concurren determinadas circunstancias¹¹⁷. Tampoco debe-

¹¹⁷ La STS-PE 53/2020 de 17 febrero aplica esa construcción y constituye un buen ejemplo para comprobar cómo el incumplimiento de normas sobre seguridad y salud laborales puede generar responsabilidad indemnizatoria, aquilatada por los órganos de la jurisdicción penal si consideran que ha existido conducta punible. Su estudio puede verse en el *Anuario de Jurisprudencia Laboral 2020*, AEBOE.

mos olvidar que surge esa misma responsabilidad por conductas delictivas de quienes pertenecen a la empresa en su condición asociativa¹¹⁸.

B) CONSECUENCIAS ACCESORIAS

a. *El comiso.*

Con el fin de evitar el beneficio patrimonial del autor de un delito o falta doloso, el artículo 127 CP impone «la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar».

b. *Otras consecuencias.*

El artículo 129 CP establece la posibilidad de que el juez además de la pena correspondiente al delito o falta imponga motivadamente las siguientes medidas¹¹⁹, con el fin de prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma: prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita, clausura temporal de los locales o establecimientos, suspensión de las actividades sociales e intervención judicial.

C) COSTAS PROCESALES

Los responsables del delito o falta pagarán las costas, que comprenderán «los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales e incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte» (art. 124 CP).

¹¹⁸ Por ejemplo, la STS-Penal 341/2020 de 22 junio aborda las consecuencias de que un profesional de la Abogacía cometa irregularidades tanto de cara a sus clientes cuanto frente a la propia sociedad profesional en la que se integra. Puede verse su estudio en *Anuario de Jurisprudencia Laboral 2020*, AEBOE.

¹¹⁹ Por lo tanto, éstas no tienen naturaleza de penas derivadas del delito.

RELACIÓN ENTRE LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA Y LOS DELITOS COMETIDOS POR LOS EMPRESARIOS

MARÍA DEL MAR ALARCÓN CASTELLANOS

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. Introducción. II. Los principios de derecho sancionador en el procedimiento penal y su aplicación al procedimiento administrativo: principio *non bis in idem*. 1. Principio de legalidad y de tipicidad. 2. Principio de culpabilidad-responsabilidad (y presunción de inocencia). 3. Principio «non bis in idem». III. La difusa delimitación de los hechos constitutivos de infracción y sanción administrativa (lisos) y de sanción penal. 1. El reproche administrativo en la LISOS y el reproche penal por los mismos hechos.

I. INTRODUCCIÓN

En esta obra colectiva se pretende analizar los delitos que se pueden cometer dentro del orden social poniendo el foco en aquellos que atentan contra las personas trabajadoras, por ello, el sujeto responsable del delito será aquel que esté en posición de infringir los derechos que tienen las personas trabajadoras en el ámbito de las relaciones laborales.

En el presente capítulo se analizarán tanto los principios comunes al derecho público, como, al derecho administrativo sancionador y al derecho penal, haciendo especial mención al principio *non bis in idem* que es básico en esta materia para evitar la doble sanción penal y administrativa. También se realiza una aproximación a la delimitación de las fronteras entre la conducta infractora que se castiga dentro del ámbito administrativo y aquella que, sobrepasando dicho ámbito, se proyecta sobre la órbita penal.

Como se verá a lo largo del presente trabajo, muchas veces la fina frontera entre uno y otro ámbito no es sencilla de determinar, puesto que, fuera de los limitados supuestos en los que se aplican criterios cuantitativos, en la mayoría de los casos, se aplican criterios cualitativos que dificultan el deslinde de las conductas infractoras penales y administrativas.

II. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO SANCIONADOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL Y SU APLICACIÓN AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

Para poder adentrarnos en la frontera entre los delitos laborales y las infracciones administrativas, debemos empezar por recordar los principios básicos del derecho sancionador que aplican en uno y otro ámbito. La finalidad de la atribución de la facultad sancionadora a la Administración pública es doble: por una parte, pretende persuadir a los infractores de las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones ante el castigo que lleva aparejado dicho incumplimiento (pago de sanciones, multas, pena de privación de libertad, etc.); y, por otra parte, pretende también castigar a los sujetos que hayan incumplido, en este caso, la normativa del orden social¹.

En efecto, nuestro sistema jurídico tiene dos clases de sanciones de naturaleza pública: la sanción administrativa, de carácter menos intenso, que se regula principalmente en el 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 (BOE de 8 de agosto de 2000) (en adelante LISOS)², que se sustancia por órganos administrativos y a través del procedimiento administrativo establecido³, y la sanción penal, de carácter más intenso, que se regula

¹ Ni la sanción administrativa ni la penal tienen como finalidad la de reparar los daños causados a la víctima que corresponde a la órbita civil.

² 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 (BOE de 08 de agosto de 2000).

SEMPERE NAVARRO, A., MERCADER UGUINA, J. R.; TOLOSA TRIVIÑO, C.; MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Grandes tratados. Comentarios a la Ley de infracciones y sanciones en el Orden Social (RCL 1988, 780)*, Aranzadi, Navarra, 2003.

PÁRAMO MONTERO, P.: «Comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril (RCL 1988, 780), sobre infracciones y sanciones en el Orden Social: Infracción y responsabilidad», *Revista española de Derecho del Trabajo*, número 54, pp. 505-520. MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.; PÉREZ AMORÓS, F.; ROJO TORRECILLA, E.: «La potestad sancionatoria de la Administración en el marco de las relaciones laborales. La Ley 8/1988, de 7 de abril (RCL 1988, 780), sobre infracciones y sanciones en el Orden Social», *Revista Técnico Laboral*, número 39.

³ El procedimiento administrativo para la imposición de sanciones en el orden social está contenido principalmente en el Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto, por el que se modifica el Reglamento general

principalmente por el Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP)⁴.

Pues bien, tanto en el ámbito penal, como en el ámbito puramente administrativo, el derecho sancionador está presidido por varios principios que deben ser respetados durante todo el procedimiento administrativo y judicial, que son coincidentes –con matices⁵– en ambos ámbitos; y son, en apretada síntesis; el principio de legalidad, el de tipicidad, el de responsabilidad, y el principio *non bis in idem*⁶. El TC ha declarado⁷ que los principios que «rigen en el Derecho Penal» (ex artículo 24 CE) son de aplicación «con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador»⁸ puesto que tanto el procedimiento penal como el administrativo manifiestan el ordenamiento punitivo del Estado, como se recoge en la CE⁹, preservando de esta manera los valores constitucionales que se encuentran en el artículo 24 CE «con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional»¹⁰. También cuando se proyecta en el ámbito de los incumplimientos de la normativa del orden social¹¹, objeto de este trabajo.

Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración Pública se recogen en la Ley 40/2015¹² (en adelante LRJSP), siendo de aplicación subsidiaria la Ley 39/2015¹³ (LPACAP), a ellos nos referimos a continuación.

sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo (BOE de 5 de agosto de 2021). Además, todas las resoluciones confirmatorias de sanción administrativa son susceptibles de revisión judicial ante el orden social de la social.

⁴ BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

⁵ Ciertamente, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, al ser en todo caso manifestaciones del *ius puniendi* del Estado (STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 5 –RTC 2020\17–).

⁶ Junto a estos principios existen otros principios informadores del Derecho Penal a los que no podemos ampliar el estudio: los principios de intervención mínima, de no discriminación, de prohibición de la aplicación de penas inhumanas y degradantes, así como el de resocialización. A fin de cuentas, el respeto a dichos principios permite que los excesos de punibilidad y las transgresiones sobre la libertad, la igualdad y la dignidad humana queden proscritos.

⁷ STC 18/1981, de 8 de junio.

⁸ FJ 2 STC (Sala Primera) Sentencia num. 246/1991, de 19 diciembre (RTC\1991\246– Rec. Amp. Núm. 1274/1988) con cita a la importante STC 18/1987 (RTC 1987\18).

⁹ FD 3.º STSJ de Navarra, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) num. 737/2002 de 26 julio (RJCA\2002\952-Rec. Apel. Núm. 102/2002). En este sentido, la STC 66/1984 de 6 de junio; STC 2/1987 de 21 enero; STC 246/1991 de 19 de diciembre; STSJ (Navarra) 737/2002 de 26 julio.

¹⁰ Teniendo en cuenta, por tanto, una interpretación finalista de la CE. SSTC 18/198, de 8 junio y de 21 enero 1987.

¹¹ STS de 10 de noviembre de 186 y jurisprudencia allí citada.

¹² Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Concretamente, en su Capítulo IV titulado «De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», Sección 1.ª Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, arts. 32 y ss.

¹³ Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Concretamente en la DA 1.ª LPLACP. Concretamente en la DA 1.ª LPLACP: «1. Los procedimientos adminis-

1. Principio de legalidad y de tipicidad

Dentro de nuestro orden constitucional, podemos afirmar que la única fuente legítima que los poderes públicos pueden hacer valer frente a los ciudadanos es la Ley¹⁴. Por ello, en primer lugar, y con relación al Derecho Penal como parte del Derecho Público, también podemos afirmar que éste ha sido construido a partir del respeto al principio de legalidad, precisamente para proteger a toda persona del poder sancionador del Estado. Por ello, la promulgación del CP permite que toda persona tenga seguridad jurídica y pueda conocer de antemano tanto los límites de la libertad de actuación, como las consecuencias de sobrepasar dichos límites si dicha actuación cae dentro de la órbita del derecho penal. Por ello, el TS exige que sea completamente previsible la consecuencia punitiva derivada de la transgresión o incumplimiento de la norma, «con suficiente grado de certeza»¹⁵.

En segundo lugar, y con relación al derecho sancionador general, también podemos afirmar que el respeto al principio de legalidad es el que legitima la potestad sancionadora de la Administración Pública¹⁶, aunque es admisible que la propia ley remita a la norma reglamentaria, cuando dicho reglamento contenga perfectamente delimitados tanto los elementos esenciales de la conducta antijurídica como los límites de la sanción a imponer¹⁷.

Tanto es así, que, en el ámbito penal, el Tribunal no puede imponer una pena para castigar la comisión de un delito, si la conducta no está recogida expresamente en el CP¹⁸. En efecto, es la legislación penal regula la clase de pena y la duración de la misma que lleva aparejada cada delito¹⁹. La atribución

trativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales».

¹⁴ El artículo 25.1 de la CE es el que recoge la reserva de ley, cuando dice: «*1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*».

¹⁵ STS 20 de mayo 1997. La doctrina judicial defiende que «*dentro del ámbito material existe la necesidad de que las conductas ilícitas y las sanciones que les correspondan sean conocidas con certeza por los ciudadanos*» [FJ 2 STS (Sala de lo Penal) núm. 57/2005, 26 de enero (RJ 2005, 1937)].

¹⁶ STC 77/1983, de 3 de octubre. En el mismo sentido STS (Sala especial del artículo 61 de la LOPJ) de 18 de diciembre (RJ 1992/9163).

¹⁷ STC 42/1987, de 7 de abril; STSJ (Madrid) 115/2002 de 10 de enero.

¹⁸ art. 2.1 CP: «*No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad*».

¹⁹ La pena/sanción concreta que se imponga penal o administrativamente dependerá del Tribunal o de la autoridad administrativa que resuelva el procedimiento penal/sancionador. Dicha decisión deberá estar sometida al principio de proporcionalidad que, si bien no está recogido legalmente, sí está reconocido como un principio general del derecho, limitando tanto la discrecionalidad de jueces y Administración en la imposición de penas/sanciones. Así, en el artículo 39 LISOS tenemos un listado de los criterios que

que tiene el juez penal es la de concretar la pena que le corresponde al reo teniendo en cuenta el límite mínimo y máximo recogido en la legislación penal, en atención al grado de ejecución que se haya acreditado y a las circunstancias concretas que pueden atenuar o agravar la responsabilidad penal²⁰.

En efecto, es el legislador constitucional el que establece que la sanción (ya sea administrativa o penal) esté prevista en una Ley²¹. Ciertamente, tanto los delitos (o faltas) recogidos en el CP, como las infracciones administrativas, deben estar recogidas en normas con rango de Ley. Por ello, la consecuencia del principio de tipicidad es que no cabe calificar una conducta como delictiva o infractora (ni por tanto pueden llevar aparejada una pena o sanción) si los hechos cometidos por el empresario no se ajustan al supuesto de hecho previsto en el CP o en la LISOS, sin poder ampliar en ningún caso la norma sancionadora por vía de interpretación analógica o extensiva²².

De hecho, el principio de tipicidad, en el ámbito administrativo sancionador, exige que las acciones y omisiones tipificadas como infracciones se delimiten de forma precisa, pero sin exigir que la tipificación de cada una de las infracciones sea «*exhaustiva y minuciosa*»²³.

Esta flexibilidad en el ámbito administrativo sancionador la encontramos en la tipificación de infracciones en materia de salud laboral, puesto que coexisten infracciones tipificadas de una manera muy exhaustiva con formulaciones amplias como la contenida en el artículo 11.4 de la LISOS que califica de infracción leve la que implique cualquier incumplimiento de la normativa de seguridad y salud laboral «siempre que carezcan de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores». Lo mismo ocurre con la calificación de muy grave de la infracción consistente en la no adopción de «cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los

pueden agravar la responsabilidad del sujeto infractor y los artículos arts. 21 y 22 del Código Penal tenemos los atenuantes y los agravantes respectivamente que aminoran o agravan la responsabilidad penal.

²⁰ FJ 2 STS (Sala de lo Penal) núm. 57/2005, 26 de enero (RJ 2005, 1937).

²¹ Artículo 25.1 CE.

²² Aun así, «*el alcance de la reserva de ley establecida en el artículo 25.1 CE no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales*», STC 2/1987, de 21 enero.

²³ Para que una sanción pueda cumplir las exigencias derivadas del principio de legalidad y tipicidad en el ámbito del derecho sancionador, debe existir una ley «*(lex scripta)*, que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*)». STC 133/1987 (RTC 1987/133) recogida en el FJ 3.º de la STC (Sala Primera) Sentencia num. 246/1991 de 19 diciembre (RTC\1991/246– Rec. Amp. Núm. 1274/1988).

trabajadores»²⁴. Estas cláusulas abiertas permiten incluir multitud de incumplimientos diversos.

2. Principio de culpabilidad-responsabilidad (y presunción de inocencia)

Tanto en la órbita penal como en el derecho administrativo sancionador, se exige la culpabilidad del delincuente/infractor como requisito necesario para la imposición de la sanción de que se trate²⁵, puesto que nunca puede haber responsabilidad objetiva en ninguno de estos ámbitos²⁶.

La CE consagra el principio de culpabilidad como «principio estructural básico del Derecho penal» sin que la norma suprema «haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo»²⁷. Dicho principio se aplica también en el ámbito de las infracciones administrativas, puesto que el castigo o sanción que acarrea la comisión de dicha infracción implica precisamente la manifestación del *ius puniendi* del Estado que es contrario a la admisión del régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa²⁸.

En el ámbito del derecho sancionador es el artículo 28 de la LRJSP, en su apartado 1, el que exige que el sujeto a sancionar sea precisamente el responsable de la comisión de la infracción; por tanto, el culpable de la misma²⁹, ya sea persona física o jurídica. Precisamente, el Derecho administrativo sancionador abriga menos dificultades que el Derecho penal para responsabilizar a las personas jurídicas de las infracciones que hayan podido cometer³⁰. En este sentido, el TC ha aclarado que el elemento de la culpabilidad se mantiene en los casos en los que el sujeto infractor (en el ámbito administrativo) sea persona jurídica, aunque su aplicación es distinta a la que se puede hacer cuando se trata de personas físicas, puesto que, en las primeras «falta en ellas el elemen-

²⁴ Artículo 13.10 LISOS.

²⁵ STS núm. 149/2019 de 28 febrero (RJ2019/1532-RCUD núm. 508/2017).

²⁶ En este sentido se pronuncia el TC cuando dice que el elemento de la culpabilidad no puede ser sustituido por el de la responsabilidad objetiva (SSTC 55/1982, de 26 de junio de 1982 y 76/1990, de 26 de abril de 1990. También se recoge esta doctrina en la STS 12 de enero de 1996 con cita a la doctrina constitucional ya citada precisando que «el principio de culpabilidad puede inferirse de los principios de legalidad y prohibición del exceso (art. 25.1 CE) o de las exigencias inherentes al estado de derecho».

²⁷ STC 150/1991 (RTC 1991/150).

²⁸ STC 76/1990 (RTC 1990/76). Además, la potestad sancionadora del Estado tiene siempre la misma naturaleza jurídica, con independencia de que se ejecute por la Administración Pública o por la jurisdicción penal.

²⁹ En el ámbito del derecho sancionador en el orden social, se reitera la misma exigencia en el artículo 1 LISOS que se refiere, en su apartado 2, a los sujetos responsables.

³⁰ *Vid.* el capítulo dedicado a la responsabilidad de las personas jurídicas mas adelante.

to volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidas. Capacidad de infracción y, por ende, responsabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz»³¹.

En estrecha relación con el principio/necesidad de culpabilidad se encuentra el principio de la presunción de inocencia al que se refiere, en el ámbito internacional, el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³² y, en el ámbito europeo, el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³³. Por su parte, la Unión Europea ha trabajado mucho para defender la implantación de este principio en todos los países miembros; por ello, debemos destacar la relevancia del contenido³⁴ de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio³⁵.

En el ámbito nacional, el máximo reconocimiento de este principio lo encontramos en el artículo 24.2 de la CE que se salvaguarda en el proceso penal³⁶ por mandato constitucional. Como es bien sabido, la presunción de inocencia tiene doble finalidad, ya que, por una parte, garantiza que cualquier persona acusada de un delito se considera inocente hasta que, se demuestre su culpabilidad, mediante pruebas suficientes en un proceso judicial con todas las garantías procesales³⁷; y, por otra parte, impone al Estado la carga de la prueba sobre la culpabilidad de la persona acusada. Es decir, es el Estado quien debe

³¹ FJ 2 STC (Sala Primera) Sentencia núm. 246/1991 de 19 diciembre (RTC/1991/246– Rec. Amp. Núm. 1274/1988). STC 246/1991, 19 de diciembre de 1991.

³² Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su (Resolución 217 A).

³³ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

³⁴ Destacamos tanto el artículo 3 de la Directiva que reza así: «Los Estados miembros garantizarán que se presume la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley», así como el artículo 4.1 de la misma norma que ordene a los Estados miembros adoptar «las medidas necesarias para garantizar que, mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable».

³⁵ DOUE núm. 65, de 11 de marzo de 2016. La Directiva UE 2016/343 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio apareció publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de España el 11 de marzo del mismo año. La fecha límite para la transposición era el 1 de abril de 2018, pero nuestro país todavía no la ha transpuesto incumpliendo con mucho el límite estipulado para ello.

³⁶ Artículos 2 y 297 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Gaceta de Madrid núm. 260, de 17/09/1882), en adelante LECr.

³⁷ SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 1 y STC 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2.

probar la culpabilidad del acusado y no el acusado el que tiene que probar que no es culpable de los delitos que se le imputan.

Por su parte, en el ámbito del derecho administrativo sancionador también se aplica el principio de presunción de inocencia³⁸. En efecto, el TC ha afirmado que dicho principio, que implica que toda persona es inocente en tanto no se demuestre su culpabilidad, es un derecho fundamental de aplicación inmediata que lógicamente vincula a todos los poderes públicos, y garantiza que nadie puede sufrir «pena o sanción que no tenga su fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente puede fundamentar un juicio razonable de culpabilidad»³⁹.

En este sentido se ha pronunciado el TC cuando reconoce que el respeto a los derechos de defensa y presunción de inocencia reconocidos en el artículo 24 CE⁴⁰, son de aplicación a los procedimientos administrativos en el marco del Derecho sancionador y se configura como un límite infranqueable a la potestad sancionadora de la Administración⁴¹.

En el ámbito del derecho administrativo sancionador la aplicación del derecho a la presunción de inocencia implica que la Administración competente ha realizado previamente todas las actuaciones necesarias para tener un conocimiento previo y cabal de los hechos ilícitos⁴², para imputar después la responsabilidad administrativa que corresponda al sujeto infractor⁴³. En el ámbito social, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁴⁴ es el órgano administrativo de control que garantiza la aplicación de tal principio, mediante el

³⁸ Evidentemente con el mismo origen constitucional (art. 24.2 CE).

³⁹ STC 138/1990, 17 de septiembre de 1990.,

⁴⁰ STC 197/1995 de 21 diciembre.

⁴¹ El mismo Tribunal Constitucional afirma que «la aplicación de las garantías reflejadas en el artículo 24.2 CE a la actividad sancionadora de la Administración sólo es posible en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto constitucional y resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador» (Cfr. TC 2.ª S. 29/1989 de 6 febrero, y TC 1.ª SS. 22/1990 de 15 febrero, y 246/1991 de 19 diciembre).

⁴² En efecto, el artículo 1.2. LISOS dice: «Las infracciones no podrán ser objeto de sanción sin previa instrucción del oportuno expediente, de conformidad con el procedimiento administrativo especial en esta materia, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que puedan concurrir».

⁴³ Sobre la necesidad de práctica de prueba, el TS afirma que «no cabe imponer sanciones sin observar procedimiento alguno, siendo exigencia constitucional que el acuerdo se adopte a través de un proceso en el cual el inculpado tenga oportunidad de proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga». Así se recoge también en el FD 3.º STSJ de Navarra, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 737/2002 de 26 julio (RJCA/2002/952-Rec. Apel. Núm. 102/2002).

⁴⁴ Sobre la Inspección de Trabajo de Trabajo y Seguridad Social, *vid.* GIL VILLANUEVA, M. «Un año tras la reforma laboral del RDL 32/2021: efectos en la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social». *Aranzadi digital* num. 1/2023. BIB 2023\607; PANIZO ROBLES, J. A., El nuevo sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (Breve comentario a la Ley 23/2015, de julio, «ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social», *Aranzadi digital*, num. 1/2015. BIB 2015;4099.

respeto al procedimiento administrativo de imposición de sanciones en el orden social, como exige la LISOS.

3. Principio «non bis in idem»

Este principio, que es el más importante para el objeto de este trabajo, tiene plena proyección en el ámbito del Derecho público, y está íntimamente conectado con los principios de legalidad y tipicidad⁴⁵. En efecto, su aplicación se produce, tanto en el ámbito del derecho administrativo sancionador, como en el ámbito penal; y tiene por finalidad la de evitar que se produzca una duplicidad de sanciones por los mismos hechos en relación con el mismo sujeto infractor. Ciertamente, el non bis in idem viene a prohibir un ejercicio reiterado del ius puniendi del Estado, de manera que prohíbe «castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas, y proscribe la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre la identidad de sujeto, hecho y fundamento»⁴⁶.

Además de lo anterior, es importante recordar que el citado principio viene indisolublemente ligado al principio de proporcionalidad, puesto que la duplicidad de sanción al mismo sujeto implicaría también una respuesta desproporcionada al castigo que merecería la infracción o comisión del delito⁴⁷.

En el contexto internacional, podemos encontrar la prohibición de sancionar doblemente a los sujetos en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966⁴⁸.

En el ámbito europeo, nos encontramos con idéntica prohibición en el artículo 4.1⁴⁹ del Protocolo Núm. 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁵⁰ que matiza dicho principio cuan-

⁴⁵ STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª núm. 894/2023 de 29 noviembre (RJ/2023/5773 Rec. Cas. Núm. 71/2022).

⁴⁶ STC 231/97 de 4 de diciembre (RTC 1997, 131).

⁴⁷ FJ 3 STC 177/1999, de 11 de octubre.

⁴⁸ Ratificado por España como acredita el BOE de 30 de abril de 1977 (entrado en vigor el 27 de julio de 1977). El artículo 14.7 dice: «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país».

⁴⁹ Dicho artículo establece que «Nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado».

⁵⁰ Estrasburgo, 22 noviembre de 1984. Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al

do establece que se podrá reabrir el proceso «conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado» si existieran nuevos hechos o se acreditara la existencia de nuevas revelaciones⁵¹. En términos semejantes se recoge el «derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción» en el artículo 50⁵² de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007⁵³, así como en el Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985⁵⁴ que recoge expresamente la «Aplicación del principio “non bis in idem”» en su artículo 54⁵⁵.

Dentro del contexto nacional, su origen se encuentra en el artículo 25.1 de la CE⁵⁶, encontrándose recogido su régimen jurídico en el artículo 3 de la LISOS que, en apretada síntesis, viene a determinar los siguientes puntos esenciales:

Primero.— Si existe «*identidad de sujeto, de hecho*⁵⁷ y de fundamento»⁵⁸, no se pueden volver a sancionar los hechos que ya han sido objeto de sanción penal (y no pueden ser castigados de nuevo penal o administrativamente) o administrativa (puesto que tampoco se puede volver a sancionar administrativamente el mismo hecho) en un solo procedimiento o en diversos procedi-

Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 (BOE de 06 de mayo de 1999).

⁵¹ En su artículo 4.2.

⁵² Que dice que nadie puede «*ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley*».

⁵³ BOE núm. 184, de 31 de julio de 2008, que entró en vigor al día siguiente.

⁵⁴ Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991 (BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994).

⁵⁵ «Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena.»

⁵⁶ «en cuanto integrado en el derecho fundamental a la legalidad penal con el que guarda íntima relación» [así se recoge en las SSTC FJ 4 de la STC 2/1981 (RTC 1981, 2), 154/1990 y 204/1996 (RTC 1996, 204) entre otras muchas]. La prohibición de doble sanción por el mismo hecho se construye por la doctrina del Tribunal Constitucional a partir de la STC 2/1981 (STS 9 de junio de 1999).

⁵⁷ La Inspección de trabajo puede sancionar individualmente cada mes de impago de salarios (STS 20 de junio de 1988) o el impago de cuotas a la Seguridad Social por cada mes de incumplimiento (STS 12 de marzo de 1991) no suponen la infracción del *non bis in idem*.

⁵⁸ Artículo 3.1. LISOS. STC 77/1983, 3 de octubre 1983 y STC 159/1985, 27 de noviembre 1985.

mientos⁵⁹. Ciertamente, la triple identidad se puede presentar en la misma instancia administrativa, en dos o más expedientes administrativos, o en convergencia con el orden penal, o incluso entre dos procedimientos penales⁶⁰.

Si existen distintos expedientes sancionadores que se están tramitando en distintos órganos administrativos, debemos examinar la concurrencia de la identidad de hecho y fundamento (puesto que no se discute la identidad de sujeto en este caso). Así, la identidad de hecho tiene que recaer necesariamente sobre una única conducta que debe estar vinculada al cumplimiento de una obligación o varias obligaciones que tengan idéntico contenido, aunque se recojan en normas distintas.

Por lo que respecta a la identidad de fundamento, debe relacionarse con el bien jurídico que la norma sancionadora pretende proteger. Por ello, no habrá vulneración del principio *non bis in idem* cuando la finalidad de las normas sea distinta, pero la habrá cuando el bien jurídico tutelado por las distintas disposiciones sea idéntico.

Ahora bien, existen distintos supuestos en los que el legislador prioriza la aplicación de una normativa concreta como ocurre por ejemplo en los ámbitos de prevención de riesgos laborales y de industria, en los que se establece la preferencia por la aplicación de la LISOS en materia de seguridad y salud laboral con preferencia a la legislación de industria⁶¹. De cualquier manera, la primera sanción confirmada en el primer procedimiento administrativo impide la imposición de una segunda sanción en cualquier otro procedimiento por los mismos hechos.

En la práctica, pueden concurrir supuestos parecidos a los que estamos analizando; que, sin embargo, quedan fuera de la aplicación del *non bis in idem*:

— Supuestos en los que dos normas sancionadoras administrativas sean aplicables a la misma conducta infractora⁶².

⁵⁹ STS 9 de junio de 1999.

⁶⁰ La aplicación del principio *non bis in idem* se aplica automáticamente «en el supuesto de una duplicidad de acciones penales, es decir, cuando un mismo delito fuera objeto de sentencias condenatorias distintas» (FJ 2.º de la STC 66/1986). En este caso, el análisis de su incidencia en el ámbito estrictamente penal apunta al concurso de delitos (arts. 8. 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª y 77.1 del CP).

⁶¹ Así se establece en el artículo 30.1. Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (BOE 23 de julio de 1992) en el que se recoge lo siguiente: «Constituyen infracciones administrativas en las materias reguladas en esta Ley las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en los artículos siguientes, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir. No obstante lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 9, apartado 4, de la presente Ley, cuando estas conductas constituyan incumplimiento de la normativa de seguridad, higiene y salud laborales, será esta infracción la que será objeto de sanción conforme a lo previsto en dicha normativa».

⁶² Este supuesto se puede solucionar aplicando los criterios contenidos en el artículo 8 del CP. «1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general; 2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible;

— En los supuestos de concurso de infracciones no existe identidad de fundamento por lo que no procede la aplicación de la prohibición de duplicidad de la sanción⁶³.

— Supuestos en los que, no concurriendo la identidad de sujeto y fundamento, un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos en un procedimiento administrativo ya finalizado. En estos casos, el órgano competente para resolver el procedimiento sancionador en curso, debe tener en cuenta dicha sanción para minorarla, en su caso⁶⁴.

Segundo.—Cuando, estando en marcha un procedimiento administrativo sancionador, la Administración que instruya el expediente detecte que las infracciones que hayan dado lugar al citado expediente «*pudieran ser constitutivas de ilícito penal*» debe comunicar la suspensión del procedimiento sancionador a las partes intervinientes en tal procedimiento (por la prevalencia del orden penal)⁶⁵; y, mantener la suspensión hasta que no tenga constancia de que ha existido una sentencia firme condenatoria o un auto de sobreseimiento firme (o cualquier otra resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento penal), o bien la comunicación del Ministerio Fiscal resolviendo que no procede «iniciar o proseguir actuaciones»⁶⁶.

En el mismo sentido se pronuncia el Real Decreto 928/1998⁶⁷ cuando indica que si el funcionario actuante (considera) que los hechos que han dado lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador pudieran ser constitutivos de ilícito penal, tiene la obligación de remitir un informe al Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, donde se reflejen los «*hechos y circunstancias y de los sujetos que pudieran resultar afectados*». El Jefe de

3.^a El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél; 4.^a En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor».

⁶³ STS de 4 de mayo de 2022, FD 3, (RJ 2022/167690).

⁶⁴ 31.2 LRJSP.

⁶⁵ En aras al principio de seguridad jurídica y al principio non bis in idem, podría darse el caso de que unos mismos hechos puedan ser enjuiciados y calificados en el plano jurídico, en procedimientos distintos si resulta de aplicación normativa diferente, «pero que no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, puesto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (...) lo que no es posible, en ningún caso, es que una de las dos instancias considere que unos hechos se han producido y en la otra instancia se considere que dichos hechos no se han producido (...); por lo que (prevalece), la realidad fáctica confirmada en la vía penal, ya que a la hora de determinar dicha realidad los jueces del orden penal gozan de prevalencia sobre el ámbito administrativo». En el mismo sentido, la STC 77/1983, de 3 de octubre (BOE de 07 de noviembre de 1983) y STC de 16 de enero de 2003, FJ 9 (RTC 2003\2), entre otras.

⁶⁶ Artículo 3.2. LISOS.

⁶⁷ Artículo 5.1 Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (BOE 3 de junio de 1998).

Inspección, si también considera que puede concurrir un ilícito penal junto al administrativo, lo comunicará a la autoridad laboral competente para que proceda a la suspensión del expediente hasta la notificación de la sentencia o auto que ponga al procedimiento penal, o hasta que el Ministerio Fiscal declare la no prosecución de actuaciones. La Administración competente para la resolución del expediente, lo enviará entonces al Ministerio Fiscal y se abstendrá de continuar el procedimiento administrativo sancionador por los mismos hechos, hasta que finalice el procedimiento penal.

También se suspenderá el procedimiento administrativo cuando, no mediando dicha comunicación, se tenga en conocimiento (por cualquier medio) de la existencia de actuaciones penales por los mismos hechos y fundamento en relación al mismo presunto responsable.

En el caso de que ocurriera un accidente de trabajo con resultado de fallecimiento o lesiones graves o muy graves de personas trabajadoras, se pone en marcha con carácter inmediato el Protocolo⁶⁸ de los distintos Ministerios implicados en la investigación y prevención de la siniestralidad laboral junto con el Consejo General del Poder judicial y las Comunidades Autónomas; para que se investiguen inmediatamente las responsabilidades que puedan concurrir en cada caso concreto. Por ello, lo normal en estos casos es que por aplicación del *non bis idem*, se suspenda el procedimiento sancionador por concurrencia con el orden penal.

Tercero.—Además de resolver y notificar la suspensión del expediente sancionador, puesto que el procedimiento penal es prevalente, la Administración instructora deberá pasar «el tanto de culpa» al Juzgado o Tribunal competente o al Ministerio Fiscal⁶⁹.

En el ámbito de la seguridad y salud laboral, la suspensión del procedimiento sancionador con la finalidad de que se examine por el Ministerio Fiscal o Juzgado competente la existencia de una eventual responsabilidad penal del sujeto infractor, no afecta a ninguna de las dos siguientes situaciones⁷⁰:

— A la necesidad del cumplimiento por el empresario del requerimiento que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social haya formulado en materia de

⁶⁸ En la actualidad se aplica el Anexo I: protocolo de actuación en el caso de accidentes con resultado de muerte o lesiones graves o muy graves del Protocolo contenido en la Resolución de 20 de enero de 2023, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia, y el Ministerio de Trabajo y Economía Social, para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y la ejecución de las sentencias condenatorias, y para la toma de conciencia social de este problema (BOE de 27 de enero de 2023).

⁶⁹ Artículo 3.2. LISOS

⁷⁰ Artículo 3.4 LISOS.

seguridad y salud en el trabajo. En este punto debemos resaltar la peculiaridad de la actuación inspectora en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, porque se limita legalmente su libertad de actuación imponiéndole la necesidad de que realice un requerimiento en materia de seguridad y salud laboral⁷¹. En cualquier otro supuesto la Inspección de Trabajo es libre de determinar si procede realizar una advertencia, extender un acta y/o realizar un requerimiento⁷², pero no en materia de salud laboral cuando se ha comprobado la existencia de una infracción de la normativa en esta materia⁷³ lo que resulta absolutamente lógico, puesto que más importante que sancionar la conducta es evitar que se produzca un daño a la salud de las personas trabajadoras o que se mantenga una situación de riesgo.

— Al cumplimiento inmediato de la orden de paralización de trabajos cuando se haya acreditado la existencia de un riesgo grave e inminente⁷⁴ para la salud o seguridad de las personas trabajadoras⁷⁵. Lo que también es lógico, al primar el derecho a la vida y seguridad de las personas trabajadoras, y tratarse de medidas necesarias para la paralización de la actividad laboral al existir riesgo grave e inminente, lo que no implica directamente sanción alguna⁷⁶, no teniendo incidencia en la prohibición de sancionar dos veces los mismos hechos.

— A aquellos expedientes sancionadores que no tengan «conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal»⁷⁷.

⁷¹ Requerimiento que pueden realizar tanto los Inspectores de Trabajo, como los Subinspectores laborales de la Escala de Seguridad y Salud Laboral, como los técnicos habilitados de las Comunidades Autónomas (art. 43.3 y 9.2 de la LPRL). Sobre los subinspectores laborales de seguridad y salud laboral, vid. FERNÁNDEZ-SIMAL, J. S., «Inspección de trabajo. La nueva escala de subinspectores laborales de seguridad y salud laboral: un avance en el control de la normativa de prevención de riesgos laborales», *Revista de Información Laboral*, núm. 9/2018. BIB 2018\12746.

⁷² Artículo 22 de la Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 22 de julio de 2015).

⁷³ Artículo 43 LPRL.

⁷⁴ El artículo 4.4 de la LPRL define el riesgo grave e inminente como «aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores».

⁷⁵ Artículos 14 y 21 LPRL que obligan al empresario a paralizar la actividad cuando existe un riesgo grave e inminente. Si el empresario no cumpliera con su obligación también pueden adoptar esta decisión las personas trabajadoras, los representantes legales o los delegados de prevención. La Inspección de Trabajo también puede ordenar dicha paralización en los casos y con el procedimiento recogidos en el artículo 43 LPRL.

⁷⁶ Aunque el incumplimiento de la orden de paralizar por la Inspección de Trabajo, o de las medidas necesarias para poder reactivar la actividad, o el hecho de impedir la paralización decidida por las personas trabajadoras o sus representantes pueden constituir una infracción muy grave (Artículo 13.3.9. y 10. LISOS).

⁷⁷ Artículo 3.4 LISOS.

Cuarto.—Una vez finalizado el procedimiento penal, por sentencia firme condenatoria, auto de sobreseimiento o por cualquier otra resolución firme, la Administración competente en la instrucción del expediente sancionador deberá reanudarlo «en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados»⁷⁸, siempre que no haya habido condena en el ámbito penal, o no exista la triple identidad a la que nos hemos referido anteriormente en caso contrario⁷⁹.

En consecuencia, si hubiera habido condena penal, la existencia de la triple identidad obliga a la Administración a dejar sin efecto el procedimiento sancionador que ha permanecido en suspenso durante la tramitación del procedimiento penal. De hecho, si después de finalizar el proceso penal con sentencia condenatoria se volvieran a sancionar los mismos hechos por la Administración competente, dicha sanción será nula de pleno derecho⁸⁰.

La continuación del procedimiento administrativo sancionador, cuando ha habido condena penal, presenta múltiples interrogantes, uno de los más destacados es la valoración de la identidad necesaria para la aplicación del principio cuando ha habido condena penal a las personas físicas, pero la sanción administrativa se dirige a la empresa persona jurídica. Con relación a esta cuestión, la STS de 15 de diciembre de 2015⁸¹ afirma que cuando existe sentencia condenatoria contra los empresarios personas individuales, no se puede imponer posteriormente una sanción administrativa por los mismos hechos.

El TC en la S 70/2012, de 16 de abril⁸² defiende que en el caso de condena penal a personas físicas (lo que siempre ocurre en salud laboral, puesto que no se puede condenar a las personas jurídica por comisión de delitos contra las perso-

⁷⁸ Artículo 3.3. LISOS. De la misma manera, las normas administrativas generales disponen que «Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien», artículo 77.4 de la LPAC. La vinculación descrita debe respetarse ya se trate de sentencias absolutorias o condenatorias, en este sentido la STS de 16 de julio de 2021, FD 3, (RJ 2021/3374).

⁷⁹ La triple identidad, como requisito *sine qua non* de la aplicación del principio *non bis in idem* exige que se determine una identidad de hechos en ambos procedimientos, de manera que, si todos los hechos no son coincidentes (aunque algunos sí lo sean) se deberá proseguir con el segundo procedimiento porque habrá *bis* pero no *idem*. Así se recoge en el FD1 de la SAP de Islas Baleares (Sección 2.ª) núm. 244/1998 de 16 octubre (ARP/1998/5286– Rec. Ape. Núm. 195/1998). Se trata de un empresario condenado por un delito contra la libertad y la seguridad en el trabajo que también había sido objeto de sanción por la Inspección de trabajo pero son en materia de cuotas a la Seguridad Social, por lo que cabe tanto sanción penal como administrativa.

⁸⁰ Así se dispone en el artículo 47.1.a) LPACAP cuando dice que serán nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas que «lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional».

⁸¹ RJ 2015/6625-RCUD 34/2015.

⁸² RTC 2012/70.

nas trabajadoras)⁸³, no existe la identidad subjetiva cuando la sanción se dirige a la persona jurídica⁸⁴. En este sentido, se pronuncia el TSJ Cataluña en la S. 143/2017 de 13 enero⁸⁵ que considera que no hay identidad subjetiva cuando sí existe condena penal a personas físicas, pero dicha condena «no responde a su condición de administradores de una persona jurídica, sino a la de responsables directos de la seguridad y organización diaria del trabajo». Por su parte, la TSJ Aragón 214/2017 de 12 abril⁸⁶ defiende la misma doctrina cuando resuelve que «no concurre la identidad subjetiva entre la condena penal al encargado de la obra y las sanciones administrativas a la mercantil (...)». De esta manera, defiende el TSJ Aragón, la condena penal castiga al encargado de obra «por ordenar a dos trabajadores que realizaran una limpieza en condiciones de riesgo para su seguridad». Y concluye que queda acreditado que «concurren dos conductas antijurídicas distintas: la de la empresa que permite que sus instalaciones no reúnan las condiciones de seguridad exigidas. Y la del encargado de obra que, a sabiendas de dicha deficiencia, ordena realizar una limpieza a dos trabajadores, lo que desencadena un grave accidente laboral»⁸⁷. Al ser una materia casuística se debe analizar caso a caso por la autoridad laboral competente para resolver la sanción administrativa si existe la identidad subjetiva que exige el artículo 3 LISOS, dejando sin efecto la citada sanción si concurre dicha identidad, o prosiguiendo el procedimiento sancionador en caso contrario.

Finalmente debemos recordar que en el supuesto de desplazamiento transnacional de trabajadores por empresas establecidas en España al territorio de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico en el marco de una prestación de servicios transnacional, no podrán dar lugar a que se sancionen las acciones u omisiones de los sujetos responsables que hayan sido ya sancionadas penal o administrativamente en el país de desplazamiento en los casos en que se dé la triple identidad que exige el non bis in idem⁸⁸.

⁸³ En efecto, cuando la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal decretó la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no incluyó los delitos contra los derechos de las personas trabajadoras, «debido a la efectividad de la sanción administrativa de estos incumplimientos mediante la aplicación de la Ley de Infracciones y Sanciones de la Seguridad Social» FD 9.º STSJ Aragón 214/2017 de 12 abril (RSu núm. 152/2017). La responsabilidad penal de las personas jurídicas se trata en esta misma obra más adelante.

⁸⁴ En el mismo sentido la STS (Sala de lo Social), 58/2021, de 19 enero.

⁸⁵ RSu núm. 6469/2016, FD 3.º

⁸⁶ RSu núm. 152/2017.

⁸⁷ FD 10 STSJ Aragón 214/2017. En este mismo sentido se pronuncia el TSJ Madrid en las SS de 15 de abril 2016 (RSu. Núm. 955/2015), de 20 de mayo (RSu núm. 127/2016), el TSJ Asturias, en la S. 546/2022, de 15 marzo y el F.4 TSJ País Vasco 2214/2019, de 3 diciembre.

⁸⁸ El segundo párrafo del apartado 1 del artículo 3 LISOS fue modificado por el artículo 13.1 del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril.

III. LA DIFUSA DELITIMACIÓN DE LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN Y SANCIÓN ADMINISTRATIVA (LISOS) Y DE SANCIÓN PENAL

El incumplimiento de las obligaciones vigentes en el ámbito laboral y en materia de Seguridad Social, no solo constituye infracción administrativa, en algunos supuestos (los más graves) también puede implicar la comisión de un delito y en ese caso la pena aparejada puede ser la de privación de libertad del sujeto o sujetos responsables. En uno u otro caso, no obstante, las responsabilidades en las que incurre el infractor son de naturaleza pública, como hemos indicado anteriormente.

1. El reproche administrativo en la LISOS y el reproche penal por los mismos hechos

A) APROXIMACIÓN A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN EL ORDEN SOCIAL: PANORAMA GENERAL

La primera norma que ha recogido de manera integral el elenco de infracciones y sanciones en el orden social fue la derogada Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social⁸⁹, que fue sustituida por la actual LISOS⁹⁰ que, a su vez, ha sufrido numerosas e importantes modificaciones. Esta norma califica las infracciones que se cometan en el orden social (ya sea por acción u omisión) en leves, graves y muy graves «en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado»⁹¹. Dichas infracciones son sancionadas únicamente por las autoridades administrativas competentes según la materia, ámbito territorial y cuantía⁹².

No existe un concepto único de infracción administrativa en el orden social, aunque sí podemos decir que necesariamente debe consistir en una conducta contraria a las disposiciones contenidas en la normativa o acuerdos vigentes y que debe ser cometida por los sujetos responsables⁹³. En este sentido, el artículo 5 LISOS recoge en sus distintos apartados el concepto de infracción

⁸⁹ BOE de 15 de abril de 1988, derogada, por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (vigente en la actualidad).

⁹⁰ Que ha sido dictada al amparo de los Artículos 149.1.2.ª, 7.ª, 17.ª y 18.ª de la CE.

⁹¹ Artículo 1.3 LISOS.

⁹² La cuantía de las sanciones en el orden social se encuentra recogida mayoritariamente en el artículo 40 LISOS.

⁹³ Artículo 2 LISOS.

proyectado a las infracciones laborales⁹⁴, a las infracciones en materia de seguridad y salud laboral⁹⁵ y a los derechos de implicación de las personas trabajadoras en las sociedades europeas⁹⁶, debiendo completarse el resto de las materias con el resto del articulado de la LISOS⁹⁷ y del resto de la normativa del orden social.

Como es bien sabido, el CP dice que no hay reproche penal si no hay «dolo o imprudencia»⁹⁸, no encontraremos un precepto semejante en el ámbito objetivo⁹⁹, ahora bien, la doctrina constitucional¹⁰⁰ y la jurisprudencia¹⁰¹ han venido exigiendo tradicionalmente «la traslación al ámbito de la potestad administrativa sancionadora de los principios constitucionales que limitan la responsabilidad penal, principios entre los que se encuentra el de la culpa, que impide toda clase de responsabilidad objetiva y exige la concurrencia siempre de dolo o culpa, aunque sea levísima, para poder sancionar».

Como también es bien conocido y aquí se ha recordado, la LISOS contiene el elenco de infracciones administrativas que pueden cometer los distintos sujetos responsables en el orden social, de ellas, nos interesan exclusivamente aquellas que puedan ser cometidas por los empresarios¹⁰² para poder relacionarlas posteriormente con los delitos laborales que, en su mayoría, se cometen por idénticos sujetos, así, nos interesa, en apretada síntesis:

— Las acciones u omisiones de los empresarios que impliquen incumplimiento de las normas legales, reglamentarias y de las cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas (arts. 6 a 10).

— Las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan la normativa vigente y cláusulas convencionales de los convenios colectivos en materia de prevención de riesgos laborales (arts. 11 a 13).

— Las acciones u omisiones de los empresarios que infrinjan la normativa vigente en materia de intermediación, colocación y empleo (arts. 14 a 16)

⁹⁴ Artículo 5.1 LISOS.

⁹⁵ Artículo 5.2 LISOS.

⁹⁶ Artículo 5.3 LISOS modificado por la DF 1 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio.

⁹⁷ Artículo 33 LISOS p.e.

⁹⁸ Artículo 5 del CP.

⁹⁹ En este sentido, la STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª núm 149/2019 de 28 febrero (RCUD núm. 508/2017) en su FD 3.º cuando dice: «Los Artículos 1 y 5 LISOS “omiten cualquier referencia al dolo o culpa del sujeto infractor como elemento necesario para la imposición de la sanción”».

¹⁰⁰ Entre otras la STC 76/90, de 26 abril (RTC 1990, 76).

¹⁰¹ SSTs de 24 enero y 8 febrero 1990 (RJ 1990, 1929) y de 18 enero 1999 (RJ 1999, 163), entre muchas otras.

¹⁰² Recogidas en su mayoría en el Capítulo II de la LISOS.

y de empresas de trabajo temporal (arts. 18 y 19, 19 bis), 19 ter, 19 quater y 19 quinquies).

— Las acciones u omisiones de los sujetos responsables que infrinjan la normativa vigente en materia de Seguridad Social (arts. 20 a 32 bis)

— Las acciones u omisiones que infrinjan la normativa de trabajo en materia de extranjeros LISOS (arts. 33 a 37 LISOS) y en la Ley de Extranjería (Título III de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ¹⁰³).

Como se acaba de recordar, el sujeto que por acción u omisión incumple la normativa vigente en el orden social, siempre que dicho incumplimiento esté tipificado en una norma (LISOS), podrá ser sancionado por la autoridad laboral competente. La finalidad de la sanción administrativa no es solo punitiva, también es disuasoria de manera que se procura así conseguir el máximo respeto a la normativa laboral y, por ende, el respeto a los derechos de las personas trabajadoras.

En efecto, el incumplimiento de las normas dictadas en el orden social puede dar lugar a la exigencia de responsabilidad administrativa que tendrá como origen la actuación inspectora previa que corresponda, y se iniciará formalmente a través de la extensión de un acta de infracción por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ¹⁰⁴. Dicho acta de infracción solo se convertirá en propuesta de resolución en el caso de que el sujeto responsable no ejerza su derecho a la defensa en el plazo de quince días hábiles siguientes a la notificación del acta, en este caso, la autoridad laboral competente resolverá el expediente sancionador mediante la confirmación del acta de infracción exigiéndose así la responsabilidad administrativa que corresponda.

No obstante, si el sujeto responsable desea ejercitar su derecho a la defensa en el procedimiento administrativo sancionador, la autoridad laboral deberá tener en cuenta sus alegaciones antes de resolver el procedimiento sancionador que podrá ser finalizado en este caso mediante una resolución que anule la sanción, que la deje sin efecto, que la confirme o que modifique la sanción propuesta en el acta de infracción ¹⁰⁵.

Aunque las sanciones administrativas por incumplimientos de las normas dictadas en el orden social pueden ser de diversos tipos, las que se depuren

¹⁰³ BOE de 12 de enero 2000.

¹⁰⁴ Alarcón Castellanos, M. M., Capítulo XIII. «Alcance de las actas levantadas por la inspección de trabajo», *La protección por desempleo: cuestiones cruciales* / María Begoña García Gil (dir.), 2020, ISBN 978-84-1346-527-2, pp. 473-513.

¹⁰⁵ El procedimiento sancionador en el orden social está recogido mayoritariamente en el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

mediante la actuación inspectora consistirá en multas dinerarias cuya cuantía ¹⁰⁶ dependerá de varios factores, a saber, la materia sobre la que verse la infracción, la calificación de dicha infracción, así como su graduación ¹⁰⁷.

B) APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS EMPRESARIOS POR LA COMISIÓN DE DELITOS LABORALES

Junto con las sanciones administrativas a las que nos hemos referido anteriormente, las sanciones penales forman una garantía más para el cumplimiento de la normativa laboral, y se imponen por los órganos jurisdiccionales del orden penal, no por la Administración pública, siempre que exista sentencia firme ¹⁰⁸. La responsabilidad penal puede manifestarse en penas de privación de libertad o en sanciones de contenido económico, pudiendo llevar consigo unas y otras penas accesorias a las que nos referiremos después.

Por otra parte, cuando se comete un delito puede originarse también el derecho de la víctima a ejercer la acción civil de reclamación de una indemnización por los daños y perjuicios causados por el hecho delictivo ¹⁰⁹, pudiendo optar, si así lo desea el perjudicado, por exigir dicha responsabilidad civil ante la jurisdicción civil ¹¹⁰ cuando la sentencia penal sea firme ¹¹¹.

En este libro colectivo se van a analizar individualmente distintos tipos de delitos relacionados con el ámbito de las relaciones laborales y las obligaciones empresariales en materia de Seguridad Social. Por ello, el análisis de este capítulo se centra, sin entrar en cada uno de los tipos delictivos, en aproximarnos a la difícil frontera entre los hechos que son susceptibles de ser castigados por sanción administrativa y aquéllos que incurren dentro de la órbita penal.

¹⁰⁶ Artículo 40 LISOS, cuyas cuantías fueron actualizadas por la DF 1 Ley 10/2021, de 9 julio.

¹⁰⁷ Artículo 39 LISOS.

¹⁰⁸ El artículo 3 CP prohíbe la ejecución de cualquier tipo de pena o medida de seguridad sino existe primero una «*sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales*».

¹⁰⁹ En efecto, el artículo 116.1 del CP dice: «Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños o perjuicios». Además, el artículo 100 LECrim dice: «De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible». Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Gaceta de Madrid de 17 de septiembre de 1882 (en adelante LECrim).

¹¹⁰ Artículo 109.2 CP.

¹¹¹ Además, se debe tener en cuenta que la sentencia penal firme que resuelva sobre la responsabilidad civil produce efectos de cosa juzgada en el ulterior procedimiento laboral. STC 15/2002, 28 enero y SSTs 22 de diciembre de 2014 y 3 de octubre de 2017.

C) LA SANCIÓN PENAL *VERSUS* SANCIÓN ADMINISTRATIVA

A raíz de todo lo comentado, podemos deducir claramente que ambas sanciones (la administrativa y la penal) tienen naturaleza pública estando ambas integradas en el Derecho punitivo del Estado, teniendo la misma finalidad, aunque con sanciones distintas en atención a la gravedad de los bienes jurídicos protegidos.

Ahora bien, la jurisdicción penal, algunas veces es autónoma del resto de las ramas del derecho (incluida la administrativa) pero otras veces, está íntimamente relacionado con ellas, como ocurre en los supuestos en los que regula un comportamiento que está reflejado previamente en otra rama del derecho con la finalidad de reforzar su eficacia. Ciertamente, en el primer caso, la conducta del sujeto solo podrá ser enjuiciada de manera exclusiva por el orden penal de la jurisdicción, pero en el segundo caso el Derecho penal, sería accesorio de la otra rama del derecho.

En este último caso, el principio de subsidiariedad pone de manifiesto que existe un espacio de distinción entre la irregularidad administrativa y el comportamiento criminal, que son distintos desde las perspectivas cuantitativas y cualitativas puesto que también son distintas las consecuencias en uno y otro ámbito¹¹².

Realmente el Derecho Penal debe acoger solamente aquellas conductas que ataquen a bienes jurídicos esenciales. En efecto, teniendo en cuenta el principio que rige en Derecho penal de intervención mínima, este no debe intervenir si se garantiza la tutela necesaria con otros instrumentos jurídicos no penales¹¹³, como puede ser, en el orden social, la intervención de la Inspección de Trabajo con la finalidad de corregir y depurar la eventual responsabilidad que pueda tener el sujeto por la infracción de la normativa vigente en este ámbito.

Por ello, como se observa en este capítulo la función preventiva del derecho penal se puede conseguir con previsiones normativas que pertenecen a otras ramas del derecho, en este caso la social. El régimen jurídico de obligaciones y responsabilidades dispuestos por el legislador laboral ya protegen los bienes jurídicos que la legislación penal también trata de proteger¹¹⁴ sin tener que recurrir necesariamente a la sanción penal en todo caso; de hecho, el *ius puniendi* del Estado que representa el Derecho Penal solo debe aplicarse cuando sea la

¹¹² FJ 4 STS (Sala de lo Penal) núm. 562/2020, de 30 de octubre (RJ 2020, 4161).

¹¹³ STS 16 de febrero de 1996; STS 26 de marzo de 1999.

¹¹⁴ Los derechos de las personas trabajadoras tanto laborales como en materia de Seguridad Social, prevención de riesgos, etc.

única medida eficaz para la consecución de la paz social, por ello, debe excluir las conductas infractoras que están reguladas en otras ramas del derecho¹¹⁵ así como las conductas imprudentes, salvo que se recoja expresamente en el CP¹¹⁶.

No obstante lo anterior, cuando la infracción pudiera tener reproche penal, existe una innegable y necesaria preferencia por la sanción penal, lo que garantiza los derechos de la persona investigada al dirimirse la responsabilidad con todas las garantías del proceso penal.

Ahora bien, las conductas delictivas que originan los delitos tratados en esta obra tienen una semejanza indiscutible con las infracciones administrativas de la LISOS, lo que complica en algunas ocasiones la delimitación de uno y otro ámbito (administrativo/penal) como veremos a continuación. De hecho, muchas veces la diferencia entre el delito y la infracción la encontraremos en aspectos cualitativos que dificultan la delimitación entre los dos ámbitos.

D) LAS SANCIONES ACCESORIAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y PENAL

Existen algunos supuestos, tanto en el Derecho Penal como en el Derecho administrativo sancionador, en los que la sanción principal va acompañada de otras sanciones accesorias.

Así, sin ánimo de ser exhaustivo, en el ámbito del derecho sancionador, los empresarios que hayan cometido infracciones graves de las tipificadas en el artículo 15.3 y 6 LISOS en materia de empleo, fomento del empleo, protección por desempleo y formación profesional para el empleo, o infracciones muy graves recogidas en los artículos 16 y 23 LISOS, serán sancionados –además de la imposición de la multa económica que corresponda con arreglo al artículo 40 LISOS y de la obligación de devolver las cantidades indebidamente percibidas¹¹⁷ – con las siguientes sanciones accesorias:

— Pérdida automática de ayudas, bonificaciones y demás beneficios que se deriven de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo¹¹⁸.

¹¹⁵ Por ello el TS dice que «el ámbito ordinario e intenso de la protección corresponde sustancialmente al Derecho laboral y que su trascendencia penal debe constituir remedio extremo». STS 26 de julio de 2000.

¹¹⁶ Así se recoge en el artículo 12: «Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley».

¹¹⁷ Artículo 46 LISOS, modificado por DF. 3.ª Ley 30/2015.

¹¹⁸ Artículo 46.1.a LISOS.

— Exclusión del acceso a las ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios derivados de los programas de empleo o formación profesional para el empleo durante un período máximo de dos años que podrá ampliarse a cinco cuando se haya cometido una infracción muy grave ¹¹⁹.

— Obligación de devolver las cantidades obtenidas indebidamente y las no aplicadas o las aplicadas incorrectamente si se ha confirmado la comisión de las infracciones previstas en el artículo 16.1 LISOS ¹²⁰.

— La comisión de las infracciones graves en materia de Seguridad Social recogidas en el artículo 22.2 LISOS ¹²¹ conllevará las mismas sanciones accesorias que hemos indicado en los apartados anteriores, disminuyendo el plazo de exclusión a uno o dos años (en este último caso si hubiera reiteración de la infracción).

— La prohibición de contratar con la Administración cuando se trate de comisión de infracciones graves del artículo 22.2 LISOS o de la imposición de infracciones muy graves en materia laboral ¹²².

— En materia de discriminación por razón de sexo, las infracciones muy graves referidas tipificadas en el artículo 8.12 ¹²³, 8.13 ¹²⁴, 8.13 bis ¹²⁵ y artículo 16.2 ¹²⁶ LISOS llevarán aparejada como sanción accesoria la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y demás beneficios derivados de la aplicación de los programas de fomento de empleo quedando excluidas de estas ayudas por periodo de seis meses a dos años ¹²⁷.

— En materia de seguridad y salud laboral, se puede imponer a las entidades especializadas para actuar como servicios de prevención ajenos, desarrollar la actividad de auditoría o impartir y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales la sanción accesoria de resolver la cancelación de la acreditación otorgada por la autoridad laboral cuando hayan come-

¹¹⁹ Artículo 16.1 d), e) y f) y en artículo 23.1 h) LISOS.

¹²⁰ Concretamente en el artículo 16.1 d), e) y f) LISOS.

¹²¹ «No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados» (Artículo 22.2 LISOS).

¹²² Artículo 70.1.b) Ley 9/2017, de 8 noviembre.

¹²³ Las decisiones unilaterales del empresario en las condiciones de trabajo que impliquen discriminación directa o indirecta por razón de sexo o decisiones empresariales que lesionen la garantía de indemnidad por razón de sexo.

¹²⁴ El acoso sexual.

¹²⁵ El acoso por razón de sexo.

¹²⁶ El establecimiento por parte del empresario de condiciones discriminatorias para el acceso al empleo por razón de sexo.

¹²⁷ Artículo 46 bis LISOS, modificado por Ley 13/2012 (RCL 2012, 1747).

tido infracciones graves y muy graves¹²⁸. También se le puede limitar la posibilidad de contratar con la Administración pública¹²⁹.

— Con relación al trabajo de extranjeros, la LOEx¹³⁰ se establece como sanción accesoria la clausura del establecimiento durante un período mínimo de seis meses hasta cinco años como máximo si se hubiera cometido una infracción muy grave¹³¹.

A todas las sanciones accesorias que acabamos de explicar le son de aplicación los criterios de graduación de la sanción administrativa recogidos en el artículo 39.2 LISOS¹³².

En la jurisdicción penal, las sanciones accesorias son muy semejantes a las que acabamos de indicar, pero de mayor entidad en cuantía y duración. Así, por ejemplo:

— la persona jurídica que haya sido condenada por alguno de los delitos contra los trabajadores sufre también la pérdida de la posibilidad de disfrutar u obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.

— Además, el juez podrá decidir la prohibición para contratar con las Administraciones Públicas.

— Además, el juez penal podrá imponer la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

— También se puede imponer la clausura de los locales de la empresa y/o la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito por un plazo no superior a cinco años

— Por otra parte, se puede también imponer la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años¹³³.

¹²⁸ Artículo 40.2 LISOS.

¹²⁹ Artículo 54 LPRL con relación a lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 noviembre, de Contratos del Sector Público,

¹³⁰ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 12 de enero de 2000).

¹³¹ De las tipificadas en el artículo 54.1.d) LOEx cuando el empresario haya contratado a personas trabajadoras por cuenta ajena sin haber obtenido previamente la necesaria autorización administrativa de trabajo (Artículo 55.6 LOEx).

¹³² Que contiene los criterios agravantes de las sanciones en el orden social. artículo 46.3 LISOS

¹³³ Artículo 310 bis) en relación con artículo 33.7 CP.

En este caso, para la imposición de esas medidas accesorias debemos atender a las reglas contenidas en el artículo 66 bis CP.

E) DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Determinadas conductas infractoras de la legislación del orden social, cometidas por los empresarios, tienen trascendencia penal. La mayoría de ellas se encuentran recogidas en el Capítulo XV¹³⁴ del CP titulado «*los delitos contra los trabajadores*». Además, algunos de los tipos generales regulados en el CP tienen aplicación en el reproche penal que merece el empresario ante determinados incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales¹³⁵.

a) Frontera entre los delitos LISOS y la infracción administrativa basada en elementos cualitativos.

El que nos encontremos dentro del ámbito penal o del ámbito administrativo sancionador en muchas ocasiones no depende de un elemento cuantitativo, sino cualitativo, esto es, la gravedad de los incumplimientos que el sujeto infractor ha cometido, así como el daño producido a las personas trabajadoras por dichos incumplimientos.

1. Así, en primer lugar, y sin ánimo de ser exhaustivo, en el caso de la conducta tipificada en el artículo 311.1 CP: «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»¹³⁶ serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses¹³⁷.

En este caso, el empresario impone a las personas trabajadoras condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudican en un grado importante

¹³⁴ Artículos 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317 y 318 CP.

¹³⁵ Delito de homicidio, de lesiones, etc.

¹³⁶ Queda excluido de este delito la protección de los derechos que están regulados mediante otros tipos penales específicos como el derecho a la seguridad y salud laboral (Artículo 316 CP), los derechos a la huelga y a la libertad sindical (artículo 315 CP) o el derecho a la no discriminación (artículo 314 CP), entre otros.

¹³⁷ Si además de lo anterior, el empresario se aprovechara de la especial relación de confianza que pudiera existir con la persona trabajadora se podrá apreciar la circunstancia agravante recogida en el artículo 22 CP, concretamente «*obrar con abuso de confianza*» (6.º). En este sentido, se pronuncia la STS 23 de octubre de 1993.

los derechos mínimos¹³⁸. Al acoger el término «imponer», el legislador penal exige que el empresario suprima realmente la capacidad de la persona trabajadora de defender los derechos que el empresario le está suprimiendo o restringiendo. De manera que, por ejemplo, la persona trabajadora no está en situación de dejar de trabajar para dicho empresario y percibir la prestación por desempleo¹³⁹.

Por tanto, si no existe engaño, ni abuso de situación de necesidad y el empresario no impone (en los términos que acabamos de ver) condiciones de trabajo que no respetan los mínimos establecidos en la normativa laboral, convenios o acuerdos, no habrá reproche penal, pero sí una conducta susceptible de ser sancionada por la Administración laboral, previa comprobación de la Inspección de Trabajo en los términos vistos con antelación y que podría sancionarse a través de los artículos 6, 7¹⁴⁰, 8, 9 y 10 LISOS¹⁴¹, 7.5 LISOS¹⁴² o 7.9 LISOS¹⁴³, entre otros.

El apartado 2.º del artículo 311 CP¹⁴⁴ establece la misma pena para aquellos empresarios 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”».

De nuevo, el legislador penal exige que el empresario imponga condiciones ilegales a la persona trabajadora mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo (o las mantenga una vez que la Inspección de Trabajo le ha requerido a cumplir la normativa laboral o/y le haya sancionado); por tanto, requiere que la persona trabajadora no esté en condiciones de defender sus derechos. En otro caso, si el empresario no impone una contratación ajena a la laboral por-

¹³⁸ SSTs 15 de marzo 1990 y de 12 de diciembre de 1994. Así, no cabe sanción penal cuando lo que se menoscabe por el empresario sean derechos fácilmente reparables acudiendo al procedimiento administrativo o judicial (STS 9 de junio de 2016).

¹³⁹ Si además se empleara la violencia o la intimidación deberíamos acudir al subtipo agravado del artículo 311.5 CP que apunta a la imposición de las penas superiores en grado.

¹⁴⁰ A modo de ejemplo, el artículo 7.10 califica de infracción grave el establecimiento de «condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente».

¹⁴¹ Que sancionan las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales.

¹⁴² Que sanciona la vulneración de las normas y los límites legales en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descanso, vacaciones, permisos, etc.

¹⁴³ Que sanciona el establecimiento de condiciones de trabajo por parte del empresario inferiores a las establecidas legal o convencionalmente, como, por ejemplo, como la asignación de trabajo de inferior categoría sin que concurren las necesidades perentorias e imprevisibles que exige el artículo 39.2 ET.

¹⁴⁴ Este apartado fue añadido por La LO 14/2022, de 22 diciembre, de adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea.

que la persona trabajadora, por ejemplo, puede presentar una denuncia en la Inspección de Trabajo o una demanda ante la jurisdicción social, será susceptible de ser sancionado por la Administración laboral ¹⁴⁵, pero no tendrá reproche penal.

2. En segundo lugar, el artículo 312 CP castiga con penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses:

- a aquellos que trafiquen de manera ilegal con mano de obra,
- a aquellos que «recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo “engañosas o falsas”».
- a aquellos que «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».

En cuanto al tráfico ilegal de mano de obra, debemos recordar que el artículo 312 CP castiga a las personas que trafiquen con las personas trabajadoras como si estas fueran mercancía, es decir, contratando al margen del régimen jurídico vigente. Ahora bien, para que la conducta de estas personas merezca reproche penal, deben incumplirse los derechos mínimos de las personas trabajadoras, de lo contrario, estaríamos dentro de la frontera del derecho administrativo sancionador requiriendo entonces la actuación previa de la Inspección de Trabajo en orden a la imposición posterior de la sanción administrativa que corresponda según el caso concreto.

El tipo penal del tráfico ilegal de mano de obra ¹⁴⁶ comprende tanto la colocación de las personas trabajadoras al margen de la legislación laboral (cobrando a las personas trabajadoras para que sean contratadas, ofreciendo trabajo de manera fraudulenta vulnerando sus derechos laborales) y la cesión ilegal de mano de obra (al margen de las Empresas de Trabajo Temporal autorizadas) ¹⁴⁷.

¹⁴⁵ En este caso, además de producirse una infracción de la normativa laboral, se habrán cometido también varias infracciones en materia de Seguridad Social [artículos 22.2 23.1.b) LISOS] y, con toda seguridad, la Inspección extenderá también las correspondientes actas de liquidación por todas las cuotas no ingresadas.

¹⁴⁶ Un delito distinto obviamente es el de la trata de seres humanos bien en territorio español o bien desde España hacia otros países, para la imposición de trabajo o servicios forzados o la explotación sexual. Este delito se encuentra tipificado en el artículo 177 *bis* CP.

¹⁴⁷ Cuando la persona trabajadora sometida al tráfico ilegal, sea extranjera, el delito de tráfico ilegal del artículo 312.1 CP entrará en concurso con el tipificado en el artículo 318 *bis* CP, en el que se integra según la redacción llevada a cabo por la LO 5/2010.

En estos casos, el delito es de riesgo, no hace falta que haya un perjuicio efectivo y real para la persona trabajadora, por ello, es muy difícil la delimitación con la infracción administrativa que está contemplada en los distintos preceptos de la LISOS siempre como infracción muy grave ¹⁴⁸.

Por lo que respecta a aquellos que reclutan a personas trabajadoras ¹⁴⁹ o las obligan a abandonar sus puestos de trabajo con ofrecimiento de condiciones de trabajo engañosas ¹⁵⁰ o falsas ¹⁵¹, debemos aclarar que el medio que utilizan para cometer el delito en uno y otro caso, siempre es el engaño o la falsedad. Por ello, los bienes protegidos por este delito son los derechos laborales de las personas trabajadoras y como la seguridad jurídica del empleo ofrecido.

En el ámbito administrativo sancionador sí está recogida la prohibición de establecimiento de cualquier tipo de agencia de reclutamiento como infracción muy grave. La misma calificación merece la simulación o engaño en la contratación de las personas trabajadoras que se desplazan al exterior, el abandono por parte del empresario de los trabajadores desplazados para su contratación, el cobro de una comisión a las personas trabajadoras por su contratación y la obtención fraudulenta de cualquier clase de ayudas a los movimientos migratorios, ya se trate de ayudas individuales o de reagrupación familiar; finalmente, se sanciona también la indebida aplicación o la inaplicación total de tales ayudas.

Por tanto, los hechos con relevancia penal son distintos (aunque guardan una estrecha relación con los hechos que configuran la infracción administrativa).

Con relación al empleo de «*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*» contenido en el artículo 312.2 CP ¹⁵²

Para que se cumpla el tipo de lo injusto de la conducta recogida en el artículo 312.2 CP hace falta que el empresario contrate a una persona trabajadora extranjera sin permiso de trabajo, y que esa contratación implique unas condiciones de trabajo que no alcancen los derechos mínimos que impone la

¹⁴⁸ Artículo 8.2 LISOS que califica como muy grave «La cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente». Para el ámbito de las ETTs, el artículo 18.3.e) califica igualmente la cesión de trabajadores «con contrato temporal a otra empresa de trabajo temporal o a otras empresas para su posterior cesión a terceros». Para las ETTs establecidas en otros estados miembros de la Unión Europea o en Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, se aplica el artículo 19.bis.2.c) LISOS.

¹⁴⁹ La conducta consiste en ofrecer un empleo, aunque al final no se lleve a cabo la contratación.

¹⁵⁰ El delito se consuma cuando abandonen realmente su puesto de trabajo aunque al final no sean contratados.

¹⁵¹ Artículo 312.2 CP.

¹⁵² Delito castigado con penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses. A estos delitos se refieren las SSTs 29 de julio de 2002 y de 30 de mayo de 2003.

legislación laboral¹⁵³. Por ello, la simple contratación de la persona trabajadora extranjera sin permiso de trabajo no constituye un delito, sino una infracción administrativa muy grave recogida en el artículo 37.1 LISOS.

3. En tercer lugar, un supuesto muy específico afecta al contemplado en el artículo 314 CP¹⁵⁴ cuando castiga con las penas de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a aquellos que provoquen «una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona¹⁵⁵ “(...) y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado”»¹⁵⁶.

Por tanto, la infracción administrativa requerida o sancionada por la Inspección de Trabajo debe ser previa siempre a la constitución del tipo delictivo penal, que solo tendrá lugar cuando habiendo intervenido la Inspección de Trabajo requiriendo al empresario para que cese en su conducta discriminatoria o/y habiendo sancionado al mismo por este mismo motivo¹⁵⁷, hubiera mantenido su conducta discriminatoria.

4. En cuarto lugar, también constituye un supuesto peculiar el del impedimento del ejercicio del derecho a la libertad sindical¹⁵⁸, que normalmente se tipificará como infracción muy grave por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social¹⁵⁹, salvo que se impida o limite el ejercicio de tal derecho fundamental «mediante “engaño o abuso de situación de necesidad”»¹⁶⁰. En este último caso, la pena que podrá imponer el juez penal será como mínimo de seis meses y como máximo de dos años, con multa de seis a doce meses¹⁶¹. Estas mismas

¹⁵³ Si el empresario impusiera condiciones ilegales a un trabajador extranjero con permiso de trabajo el delito cometido podría circunscribirse al descrito en el artículo 311.1 CP al que hemos hecho alusión anteriormente.

¹⁵⁴ Modificado por la DF 6.31 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio.

¹⁵⁵ «(...) por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su 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 (...)».

¹⁵⁶ Sobre las infracciones y sanciones en materia de igualdad y no discriminación, vid. ALARCÓN CASTELLANOS, M. M., «Infracciones y sanciones. Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación», en *Una visión transversal del derecho a la igualdad: Ley 15/2022, de 12 de julio*, Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.) y GARCÍA GIL, M. B. (dir.), 2023, ISBN 978-84-1388-253-6, pp. 145-159.

¹⁵⁷ Normalmente, el precepto que se recogerá en el acta de infracción o requerimiento de la Inspección de Trabajo será el artículo 8.12 LISOS

¹⁵⁸ Recogido en el artículo 28 CE y en el artículo 2 LOLS.

¹⁵⁹ Con base en el artículo 8.6 LISOS donde está tipificada como infracción muy grave.

¹⁶⁰ Artículo 315.1 CP, modificado por LO 1/2015, de 30 marzo. Sobre esta cuestión, vid SAAP Barcelona 20 de diciembre de 1999.

¹⁶¹ Si además, mediaran coacciones por parte de la empresa, las penas serán de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses (Artículo 315.2 CP).

penas se impondrán en el caso de que se limitara o impidiera el ejercicio del derecho a la huelga de las personas trabajadoras¹⁶² «mediante engaño o abuso de situación de necesidad»¹⁶³. En caso de que no medie ni engaño ni abuso de situación de necesidad se castigará mediante la imposición de una sanción administrativa tipificada en los artículos 8.10, 19.3.a) y 19 ter.3.a) LISOS.

5. En quinto lugar, con relación a los comportamientos que pueden dar lugar a la condena penal por acoso, en sus distintas modalidades, debemos recurrir a los artículos 184 CP¹⁶⁴ y 172 ter CP.

Por una parte, el artículo 184.1 CP, sanciona penalmente la conducta de quien solicite «favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de la relación laboral docente o de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante».

El sujeto activo puede ser tanto el empresario persona física o jurídica, los directores, gerentes, o incluso cualquier trabajador de la empresa.

El delito se consuma con la manifestación (implícita o explícita) de favores sexuales por el sujeto a la víctima; manifestación que debe ser rechazada por ésta, provocándole una situación grave hostil, intimidatoria, y humillante. En este caso, la conducta del acosador es siempre dolosa (no cabe la comisión de delito en este caso por conducta imprudente) y está castigada con una pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses.

Si el acosador solicita favores sexuales «prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o sobre persona sujeta a su guarda o custodia, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación»¹⁶⁵, el castigo será mayor, puesto que le corresponderá una pena de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión,

Por otra parte, puede operar como circunstancia agravante la recogida en el artículo 22.7 CP, que se refiere a aquellos supuestos en los que hay prevalimiento «del carácter público que tenga el culpable», cuando la limitación del ejercicio a la libertad sindical se produzca por un funcionario en el ámbito de la Administración pública.

¹⁶² La LO 5/2021 derogó (con efectos del día 24 de abril de 2021) el apartado 3 del artículo 315 CP que castigaba con una pena de prisión de un año y nueve meses y hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses hasta veinticuatro meses, a los que, actuando en grupo, o individualmente, pero de acuerdo con otros, coaccionaran a otras personas para que iniciaran o continuaran una huelga contra su voluntad.

¹⁶³ Igualmente agravada si se emplea fuerza o intimidación, como en el supuesto de limitación del ejercicio del derecho a libertad sindical.

¹⁶⁴ Redactado por la LO 10/2022.

¹⁶⁵ Artículo 184.2 CP.

oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses. En este caso, por la prevalencia del acosador, debe estar necesariamente en un nivel jerárquicamente superior a la víctima, no pudiendo tratarse de un compañero de trabajo.

Tanto en este delito agravado como en el anterior resulta muy difícil la delimitación objetiva de la conducta delictiva por acoso sexual con la infracción muy grave castigada en el ámbito del derecho administrativo sancionador¹⁶⁶ que siempre será de menor entidad, y se imputará en todo caso a la empresa con independencia de quién haya sido el auténtico acosador que, a su vez, podrá ser objeto de despido disciplinario¹⁶⁷ si tuviera relación laboral con la empresa en la que se haya cometido dicha infracción.

Además de lo anterior, el artículo 172 ter. CP castiga el acoso moral (o mobbing) con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona realizando de forma insistente y reiterada alguna de las conductas que se recoge en dicho artículo alterando «el normal desarrollo» de la vida ordinaria de la víctima. Las conductas que se recogen en el listado, en apretada síntesis se refieren, entre otros, a la vigilancia, búsqueda de cercanía física, persecución, uso o comunicación de datos personales de la víctima. Todas estas conductas vulneran el derecho a la libertad de las personas y lesionan gravemente la dignidad de las víctimas. Estos hechos no se persiguen de oficio, deben ser denunciados por la víctima o por su representante legal

Por su parte, el derecho administrativo sancionador tipifica de infracción muy grave¹⁶⁸ el acoso dentro del ámbito laboral por cualquiera de los motivos recogidos en la LISOS «cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo».

De nuevo, se debe examinar la nada sencilla tarea de valorar la entidad de la conducta para determinar si nos encontramos dentro del ámbito del derecho sancionador o de la competencia del juez penal; cuestión nada baladí a tenor de las distintas consecuencias que conlleva la apreciación de una infracción administrativa (aunque sea muy grave) o de un delito que conlleva penas de privación de libertad. Por tanto, deben valorarse caso a caso las circunstancias

¹⁶⁶ Artículo 8.13 LISOS que tipifica de infracción muy grave: el «*acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma*».

¹⁶⁷ Artículo 54.2.g) ET.

¹⁶⁸ Artículo 8.13 bis LISOS.

presentes en cada uno de ellos para determinar si se ha producido el acoso y en qué ámbito debe sancionarse ¹⁶⁹.

6. En sexto lugar, en materia de seguridad y salud laboral, el CP ¹⁷⁰ sanciona con pena de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses ¹⁷¹ las conductas de las personas que, estando obligadas a facilitar a las personas trabajadoras los medios necesarios para el desempeño de su actividad, no lo hagan poniendo en peligro grave su vida, salud o integridad física ¹⁷². El tipo delictivo es doloso exclusivamente porque no cabe su comisión por imprudencia grave. El delito contenido en el artículo 317 CP es un delito de riesgo. Ahora bien, si el peligro se materializa finalmente en un desgraciado accidente con fallecimiento o lesiones de las personas trabajadoras, lo que habrá es un concurso con los delitos de homicidio (artículos 138, 139, 140, 141, y 142 CP) o de lesiones (arts. 147 y 152 CP).

Tal y como está formulado el delito de riesgo, la delimitación de la responsabilidad penal y administrativa resulta muy complicada. La LISOS contiene elenco de infracciones graves ¹⁷³ y muy graves ¹⁷⁴ que apunta a incumplimientos del empresario que pueden poner en riesgo la integridad de física de los trabajadores. Por ello, de nuevo, se deberá realizar un análisis exhaustivo de las circunstancias que se producen en cada situación para poder determinar si nos encontramos ante un delito ¹⁷⁵ o una infracción administrativa de la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales.

B) FRONTERA ENTRE LOS DELITOS LISOS Y LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA BASADA EN ELEMENTOS CUANTITATIVOS

Una vez que hemos visto aquellos casos en los que no se tiene en cuenta el elemento cuantitativo para delimitar la responsabilidad administrativa ver-

¹⁶⁹ En este sentido las STS de 8 de mayo de 2014 (JUR 2014, 188945) y la de la AP de Burgos de 11 de mayo de 2016 (JUR 2016, 137128).

¹⁷⁰ Artículo 316 CP.

¹⁷¹ Cuando el delito del artículo 316, se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado (Artículo 317 CP).

¹⁷² Por su parte, el artículo 350 CP señala que incurrirán en penas de prisión de seis meses a dos años, multas de seis a doce meses, los que «en la apertura de pozos o excavaciones, en la construcción o demolición de edificios, presas, canalizaciones u obras análogas o, en su conservación, acondicionamiento o mantenimiento infrinjan las normas de seguridad establecidas cuya inobservancia pueda ocasionar resultados catastróficos, y ponga en concreto peligro la vida, la integridad física de las personas o el medio ambiente».

¹⁷³ Artículo 12 LISOS.

¹⁷⁴ Artículo 13 LISOS.

¹⁷⁵ El TS defiende que «el ámbito ordinario e intenso de la protección corresponde sustancialmente al Derecho laboral y que su trascendencia penal debe constituir remedio extremo», STS 26 de julio de 2000.

sus penal, debemos hacer alusión a otros en los que el elemento diferenciador del delito o de la infracción administrativa sí depende de un elemento cuantitativo. Así, a modo de ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivos, podemos citar:

1. En primer lugar, el contenido en el artículo 311.3.º CP que se refiere a las empresas que den ocupación a personas trabajadoras sin formalizar el alta en Seguridad Social de las mismas en el régimen que proceda ¹⁷⁶ siempre que ello ocurra de modo simultáneo con un número de trabajadores no inferior al 25% de la plantilla en empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien personas trabajadoras, al 50% de la plantilla en empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez personas trabajadoras y no superior a cien personas trabajadoras, o a la totalidad de la plantilla en empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez personas trabajadoras ¹⁷⁷.

Por consiguiente, si las personas trabajadoras afectadas no superan los umbrales previstos en la legislación penal, la competencia será de la autoridad laboral que podrá confirmar el acta de infracción que extienda, a tal efecto, la inspección de trabajo y seguridad social que invocará el artículo 22.2 LISOS debiendo sancionar de manera individual la falta de alta de cada una de las personas trabajadoras afectadas ¹⁷⁸.

2. En segundo lugar, el delito previsto en el artículo 311 bis CP por el que se castiga con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de doce a treinta meses ¹⁷⁹, se refiere a la conducta ilegal de los empresarios que den empleo u ocupación, de manera reiterada, a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo, o a personas trabajadoras menores de edad que carezcan de permiso de trabajo.

En este caso la legislación penal no aclara exactamente en qué consiste la reiteración de la infracción, pero lo que sí entra dentro de la sanción administrativa exclusivamente es la contratación puntual y esporádica de personas trabajadoras extranjeras que no tengan permiso vigente o de trabajadores menores

¹⁷⁶ « (...) o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo (...)», artículo 311.3.º CP.

¹⁷⁷ El artículo 311.4 CP castiga a los empresarios con la misma pena, esto es, de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses cuando, en supuestos de transmisión de empresas, los adquirentes mantengan las condiciones laborales y de Seguridad Social perjudiciales para los trabajadores una vez producida la transmisión, a sabiendas de la vulneración de estos derechos. Si se mantuvieran las condiciones perjudiciales con violencia e intimidación se impondrán las penas superiores en grado (Artículo 311.5 CP).

¹⁷⁸ Constituye una infracción grave: «No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar *la* misma, como consecuencia de la actuación inspectora, fuera del plazo establecido. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados» (Artículo 22.2 LISOS).

¹⁷⁹ « (...) salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código (...)» artículo 311 bis CP

de edad. En estos casos, se considerará infracción muy grave como determina el artículo 37.1 LISOS¹⁸⁰ y el artículo 8.4 del mismo cuerpo legal¹⁸¹.

3. En materia de falta de cotización a la Seguridad Social, la delimitación de los ámbitos sancionador y penal resulta más sencillo¹⁸² precisamente porque depende de un criterio cuantitativo. En efecto, constituirá conducta delictiva y se sancionará con penas de privación de libertad y multa los que hayan eludido el pago de las cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, los que hayan obtenido indebidamente devoluciones de las mismas o hubieran disfrutado indebidamente de deducciones por cualquier concepto siempre que la cuantía defraudada hubiera excedido de cincuenta mil euros¹⁸³, tomando en cuenta el importe total defraudado durante cuatro años naturales¹⁸⁴. Si no se llega a ese importe, será la autoridad laboral la que podrá imponer la sanción administrativa prevista en distintos artículos de la LISOS¹⁸⁵.

Los capítulos siguientes de esta obra analizarán por separado cada uno de los delitos contra los derechos de las personas trabajadoras, a ellos me remito para su estudio completo.

¹⁸⁰ Artículo 37.4 LISOS serán infracciones muy graves aquellas cometidas por 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*».

¹⁸¹ Artículo 8.4 LISOS se considera infracción muy grave, la que implique la «*transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral*».

¹⁸² Pero no en todos, por ejemplo, el artículo 307.ter CP tipifica como delito «el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública» que lleva aparejado una pena de seis meses a tres años de prisión. En este caso, el criterio para la determinación del delito es cualitativo, la conducta delictiva debe haberse cometido con simulación, tergiversación de hechos, u ocultación de datos.

¹⁸³ Artículo 307 CP.

¹⁸⁴ Artículo 307.2 CP.

¹⁸⁵ Entre otros, como infracción grave se recoge en el artículo 22.3, 9, 12, 15 LISOS, y como muy grave en el artículo 23.1 LISOS, entre otros.

CANAL DE DENUNCIAS DE DELITOS Y PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR DENUNCIANTE (DIRECTIVA UE/1937/2019 Y LEY 2/2023)

CAROLINA BLASCO JOVER

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. Introducción. II. Ámbito subjetivo y objetivo de la norma: sujetos informantes y tipología de la información. 1. La delimitación objetiva de la norma. 2. La delimitación subjetiva de la norma. III. El sistema interno de información. 1. Características del Sistema de información: creación, responsable, contenido mínimo y procedimiento de gestión de la información. 2. La elección del canal de información. 3. Entidades obligadas a implantar un Sistema interno de información. IV. La revelación pública. V. Las medidas de protección: la prohibición de represalias y las medidas de apoyo. VI. Régimen sancionador.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la Protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (en adelante, Ley 2/2023) supone la transposición¹ en el ordenamiento español de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión². Ambas normas, como no

¹ Aunque manifiestamente mejorable por sus lagunas, silencios, omisiones o imprecisiones.

² Sobre la Directiva, pueden consultarse, entre otros, el trabajo de GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, IGNACIO, y MERCADER UGUINA, Jesús: «La tutela del whistleblower: principios generales de la Directi-

podía ser de otra manera, comparten el mismo loable objetivo: proteger a quienes denuncien o informen³ sobre determinadas irregularidades. En concreto, la Directiva tiene por objeto «reforzar la aplicación del Derecho y las políticas de la Unión en ámbitos específicos mediante el establecimiento de normas mínimas comunes que proporcionen un elevado nivel de protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión» (art. 1). Por su parte, la Ley 2/2023 pretende «otorgar una protección adecuada frente a las represalias que puedan sufrir las personas físicas que informen sobre alguna de las acciones u omisiones a que se refiere el artículo 2, a través de los procedimientos previstos en la misma» (art. 1.1), pero también «el fortalecimiento de la cultura de la información, de las infraestructuras de integridad de las organizaciones y el fomento de la cultura de la información o comunicación como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público» (art. 1.2)⁴.

Para ello, ambas normas establecen una serie de mecanismos basados unos en la obligada creación en las empresas y en las Administraciones Públicas de unos canales internos de información seguros y efectivos y otros en la implementación de toda una batería de medidas para garantizar que los informantes no sean objeto de represalia alguna. Con todo, lo cierto es que esto no es algo novedoso en nuestro ordenamiento, pues, como se ocupa de recordar el Preámbulo de la norma española, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales ya contempla la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado, incluso anónimamente, la comisión, en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable. De igual forma, el artículo 34 bis del Código Penal prevé también que, en el contexto del *compliance* penal, se instauren en la empresa «modelos de organización y

va 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 230, 2024, y la obra colectiva AA. VV.: *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

³ Mientras que en la Directiva se alude a los «denunciantes» y a la «denuncia», la norma española prefiere utilizar los términos «informador» o «información», seguramente para evitar la confusión con una denuncia en el ámbito penal.

⁴ Se ha señalado, muy acertadamente, que «fortalecer la cultura de la información comporta un cambio cultural en la empresa y en la sociedad que valoriza la tan denostada figura del delator o chivato (que no defiende la organización ni es solidario con sus colegas) para elevarlo a la categoría de informante; persona defensora de un interés público superior al interés privado de la organización y vinculado al Estado de Derecho» (SÁEZ LARA, Carmen: «El estatus jurídico de informante tras la Ley 2/2023 de protección de las personas informantes y de lucha contra la corrupción», *Labos*, vol. 4, núm. 3, p. 49).

gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos». Por su parte, en el ámbito administrativo, el artículo 62 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas también prevé un sistema de denuncias, esta vez no anonimizado, para poner en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo. También algunos organismos han establecido canales de denuncia propios que prevén la confidencialidad de la identidad del denunciante y del denunciado (v. gr. la Agencia Tributaria ha creado un sistema de denuncias interno que está diseñado, establecido y gestionado de forma segura de manera que garantice la confidencialidad de la identidad del informante, así como la protección de los datos a los que se refiere la información, y la identidad y los datos personales de la persona a la que se refiera la información) y algunas Comunidades Autónomas (a título de ejemplo, Cataluña, Islas Baleares, Navarra, Asturias, Andalucía y Comunidad Valenciana) han abordado la cuestión de la protección de los denunciantes, si bien la regulación en este contexto ha sido parcial y centrada fundamentalmente en la creación de oficinas o agencias con la específica función de prevenir e investigar casos de uso o destino fraudulentos de fondos públicos, aprovechamientos ilícitos derivados de actuaciones que comporten conflictos de intereses o uso de información privilegiada o conductas contrarias a la integridad. Y, en fin, en el ámbito laboral, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación ha incorporado el concepto de represalias («a los efectos de esta ley se entiende por represalia cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona o grupo en que se integra por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto») y ha dictaminado la nulidad de todas aquellas actuaciones que pudieran imponerlas (artículos 6.6 y 26).

La protección del informante, pues, para que éste no sea objeto de represalias ya estaba siendo tenida en cuenta, si bien a niveles sectoriales o más específicos⁵. El valor añadido de la Ley 2/2023 es que logra generalizar la

⁵ La coordinación entre los sistemas de información ya existentes y los que se incardinan en el marco de la Ley 2/2023 se regula en las disposiciones transitorias primera y segunda de la mencionada norma. Así, en la primera se señala que «los sistemas internos de comunicación y sus correspondientes canales que, a la entrada en vigor de esta ley, tengan habilitados las entidades u organismos obligados podrán servir para dar cumplimiento a las previsiones de esta ley siempre y cuando se ajusten a los requisitos establecidos en la misma» (fíjese que lo que no se exige es la integración de estos sistemas en uno único),

obligación de implantar canales internos de información, estandarizados, mínimos y unificados⁶, con la mira puesta en que, a fecha 1 de diciembre de 2023, la mayor parte de las empresas del sector privado (y también del público) cuenten con ellos a fin de promover la colaboración ciudadana como elemento esencial e imprescindible para garantizar la eficacia del Derecho. Ahora bien, la falta de la Autoridad Independiente de Protección al Denunciante es un lastre importante para la consecución del objetivo que se pretende.

En efecto, esta Autoridad se concibe como un canal externo de información de naturaleza pública y ámbito estatal, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, vinculada al Ministerio de Justicia (artículos 16 y 42 Ley 2/2023). Sus funciones están claramente delimitadas en el artículo 43 Ley 2/2023, a saber: gestionar el canal externo de comunicaciones, adoptar las medidas de protección al informante previstas en su ámbito de competencias de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41 Ley 2/2023, informar preceptivamente los anteproyectos y proyectos de disposiciones generales que afecten a su ámbito de competencias y a las funciones que desarrolla, tramitar los procedimientos sancionadores e imponer sanciones por las infracciones previstas en el título IX de la norma y fomentar y promocionar la cultura de la información.

El canal externo de información, pues, gestionado por esta Autoridad se superpondría a los canales internos de las empresas y organismos públicos, asegurando al informante otra vía para articular su denuncia, una vía ajena a la empresa y que, tal vez, le pueda, por ello, resultar más atractiva. Sucede, sin embargo, que esta Autoridad no está operativa todavía. La disposición adicional undécima de la Ley 2/2023 aclara que el Consejo de Ministros dispone del plazo de un año desde la entrada en vigor de la norma para aprobar «mediante real decreto y a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Hacienda y Función Pública, el Estatuto de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, en el que se establecerán las disposiciones oportunas sobre organización, estructura, funcionamiento, así como todos los aspectos que sean necesarios para el cumplimiento de las funciones asignadas mediante esta ley». Pues bien, a fecha de cierre de este trabajo, el Gobierno aún no ha aprobado el mencionado Estatuto, lo que implica que la Autoridad Independiente no esté aún operativa, que los informantes no puedan contar con ese canal externo y, lo que es aún peor, que no puedan contar con la protección que les

mientras que la segunda concede un plazo de tres meses para el establecimiento de sistemas internos de información y adaptación de los ya existentes.

⁶ GÓMEZ GORDILLO, Rafael: «Aspectos laborales de la Ley de Protección de personas informantes», *Temas Laborales*, núm. 168, 2023, p. 256.

brinda este organismo a través de las medidas que contempla el artículo 41 Ley 2/2023, y que las irregularidades no puedan ser sancionadas a través de ella (art. 61 Ley 2/2023). Ciertamente, todo ello puede restar eficacia a la norma y a la protección real de los informantes o denunciantes, que pueden decidir, muy legítimamente, esperar a su creación para prestar su colaboración en la denuncia de una infracción o irregularidad⁷.

Con todo y como quiera que sea, lo cierto es que la norma obliga a las empresas a tomarse en serio, si se permite la expresión, la implementación de la política del *whistleblowing* como sistema eficiente para prevenir o frenar la comisión de ciertas irregularidades. Y lo hace a través de una regulación extensa (68 artículos, seis disposiciones adicionales, tres transitorias y doce finales) que, prácticamente, sigue el esquema de la Directiva de la que trae causa. De esta forma, el Título I se dedica a aclarar cuál es la finalidad de la ley y sus ámbitos objetivo y subjetivo (artículos 1 a 3). El Título II acomete la regulación del sistema interno de información tanto en el sector público como en privado (artículos 4 a 15). El Título III regula el canal externo de información que gestiona la ya mencionada Autoridad Independiente de Protección del Informante (arts. 16 a 24). El Título IV acomete las condiciones de información sobre los canales interno y externo y el registro de informaciones (artículos 25 y 26). El Título V aborda otro modo de denunciar o de informar, cual es la revelación pública y sus condiciones (artículos 27 y 28). El Título VI establece el régimen jurídico de la protección de datos personales (artículos 29 a 34). El Título VII aborda las medidas de protección del informante (artículos 35 a 41). El Título VIII contempla el régimen jurídico de la Autoridad Independiente (artículos 42 a 59). Y, en fin, se dedica el Título IX a ordenar el régimen sancionador (artículos 60 a 68), necesario para combatir con eficacia aquellas actuaciones que impliquen represalias contra los informantes, así como los incumplimientos en el establecimiento de las reglas de los canales de comunicación. Concluye la ley, como se ha dicho, con seis disposiciones adicionales relativas a la revisión periódica de los procedimientos de recepción y seguimiento de las comunicaciones por las autoridades responsables, a los convenios que puedan suscribir Estado y Comunidades Autónomas para atribuir a la Autoridad Independiente competencias de gestión del canal externo de comunicaciones en el ámbito autonómico correspondiente, a la elaboración de una memoria anual y de información estadística agregada, a la atribución de competencias al País Vasco, a la Estrategia contra la corrupción y a la extensión de las medidas de protección. Las tres disposiciones transitorias se utilizan para

⁷ En la misma línea, GÓMEZ GORDILLO, Rafael: «Aspectos laborales de ...», *op.cit.*, p. 253.

regular los canales internos de información ya habilitados y la adaptación de los Sistemas internos de información ya existentes y la implantación de dichos sistemas, con carácter general, por los sujetos obligados en el plazo de tres meses, así como la previsión presupuestaria de la Autoridad Independiente. Por último, las doce disposiciones finales se utilizan para efectuar determinadas modificaciones legislativas⁸, para aclarar los títulos competenciales en los que se ampara la ley y para fijar la entrada en vigor de la norma.

La eficacia práctica y real de esta norma aún está por ver puesto que apenas lleva un año en vigor, pero, lo que es evidente es que presenta un enfoque laboral en absoluto desdeñable. De hecho, como se verá, sus destinatarios principales son los trabajadores, incluidos los que ya no lo son o los que aún no han iniciado la relación laboral, que hayan obtenido información sobre determinadas infracciones acaecidas en el contexto laboral o profesional⁹. Por ello, la ley se cuida, por un lado, de crear un estatuto jurídico protector para el trabajador informante habida cuenta de su posición de dependencia jurídica y económica respecto de su empleador y, por otro, de instaurar para las organizaciones una –otra más– obligación muy precisa: contar con un Sistema de información interno o canal de denuncias, con un régimen jurídico muy determinado y cuya ausencia acarreará la oportuna sanción. De estas cuestiones se tratará en las páginas que siguen, aunque no sin antes proceder a la correcta delimitación del ámbito subjetivo y objetivo de la norma en tanto que ello determinará, igualmente, el marco protector de la ley.

II. ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA NORMA: SUJETOS INFORMANTES Y TIPOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN

1. La delimitación objetiva de la norma

El ámbito material de la norma se construye sobre la base de un catálogo de informaciones sobre infracciones¹⁰ incluidas y otro, de excluidas. De esta

⁸ Ninguna referida a las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores, lo que no deja de ser sorprendente, pues los potenciales informantes son, a tenor de la Ley 2/2023, los propios trabajadores, los pasados, presentes y futuros.

⁹ De hecho, como indica la Directiva en su primer Considerando, «las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto. Al informar sobre infracciones (...) actúan como denunciantes (...) y por ello desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad».

¹⁰ Entendiendo por «información sobre infracciones», como señala la Directiva, «la información, incluidas las sospechas razonables, sobre infracciones reales o potenciales, que se hayan producido o que

forma, comenzando por las primeras, el artículo 2.1.a) Ley 2/2023 señala como incluidas y, por lo tanto, como objeto de protección, las informaciones sobre «las acciones u omisiones que puedan constituir infracciones del Derecho de la Unión Europea, siempre que: 1.º Entren dentro del ámbito de aplicación de los actos de la Unión Europea enumerados en el anexo de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, con independencia de la calificación que de las mismas realice el ordenamiento jurídico interno; 2.º Afecten a los intereses financieros de la Unión Europea tal y como se contemplan en el artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); o 3.º Incidan en el mercado interior, tal y como se contempla en el artículo 26, apartado 2 del TFUE, incluidas las infracciones de las normas de la Unión Europea en materia de competencia y ayudas otorgadas por los Estados, así como las infracciones relativas al mercado interior en relación con los actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades o con prácticas cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la legislación aplicable al impuesto sobre sociedades».

De esta forma, la norma española sigue, en cierto modo, la estela de la norma europea que ampara la información sobre infracciones de Derecho de la Unión que versen sobre determinadas materias. En concreto, «la contratación pública, los servicios, productos y mercados financieros y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, la seguridad de los productos y conformidad, la seguridad del transporte, la protección del medio ambiente, la protección frente a las radiaciones y seguridad nuclear, la seguridad de los alimentos y los piensos, sanidad animal y bienestar de los animales, la salud pública, la protección de los consumidores, la protección de la privacidad y de los datos personales y la seguridad de las redes y los sistemas de información». De igual modo, se extiende a las «infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión tal como se contemplan en el artículo 325 del TFUE y tal como se concretan en las correspondientes medidas de la Unión», las «infracciones relativas al mercado interior, tal como se contemplan en el artículo 26, apartado 2, del TFUE, incluidas las infracciones de las normas de

muy probablemente puedan producirse en la organización en la que trabaje o haya trabajado el denunciante o en otra organización con la que el denunciante esté o haya estado en contacto con motivo de su trabajo, y sobre intentos de ocultar tales infracciones» (art. 5.2). Por lo demás, también hay que tener en cuenta que, según el artículo 5.1 de la Directiva, deben entenderse el concepto de «infracciones» como «las acciones u omisiones que: i) sean ilícitas y estén relacionadas con los actos y ámbitos de actuación de la Unión que entren dentro del ámbito de aplicación material del artículo 2, o ii) desvirtúen el objeto o la finalidad de las normas establecidas en los actos y ámbitos de actuación de la Unión.

la Unión en materia de competencia y ayudas otorgadas por los Estados, así como las infracciones relativas al mercado interior en relación con los actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades o a prácticas cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la legislación aplicable del impuesto sobre sociedades».

No obstante, siendo aproximadas en este aspecto la norma española y la europea, lo cierto es que el legislador español, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 2.2 Directiva 2019/1937, ha decidido ampliar la protección a otros ámbitos no contemplados en ella, en concreto, a las «infracciones penales y a las administrativas graves o muy graves» [art. 2.1.b) Ley 2/2023] para permitir, como aclara el Preámbulo, que «tanto los canales internos de información como los externos puedan concentrar su actividad investigadora en las vulneraciones que se considera que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad». La previsión, cuyo objetivo resulta ciertamente loable y comprensible, plantea, sin embargo, un problema interpretativo a nivel laboral de envergadura, cual es si las infracciones administrativas graves y muy graves previstas en la LISOS pueden ser objeto de información a través de los canales que contempla la Ley 2/2023.

En línea de principio, lo que no reviste duda alguna es que, como se encarga de matizar el propio precepto citado, «en todo caso, se entenderán comprendidas todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social». Es decir, la información sobre tales irregularidades, por tener éstas anejas algún atisbo de corrupción o estafa contra tales organismos y, por ello, afectar al interés general, debe ser objeto de protección por la Ley 2/2023. Pero ¿y el resto?

Pues bien, aquí pueden adoptarse dos posturas interpretativas bien distintas. Una primera que consiste en entender que, en base a la habilitación de la norma europea, quien legisla ha pretendido que toda información sobre cualquier infracción administrativa grave o muy grave con independencia de la materia a la que afecte debe gozar de las medidas de garantía y protección que se prevén en la norma española. Abonarían esta interpretación el hecho de que cuando se hace referencia a las infracciones administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Seguridad Social, el adverbio utilizado es «en todo caso», lo que parece indicar que la información sobre tales irregularidades siempre entrará dentro del ámbito de aplicación de la norma, aunque ello no excluiría que la información sobre otras infracciones laborales que revistan tal gravedad no pueda gozar de idéntica protección. Fíjese que, de lo contrario, bien podrían haberse utilizado los adverbios «solamente»

o «únicamente» para enfatizar el limitado ámbito material en cuestiones laborales de la Ley 2/2023. A ello, se añade, además, lo previsto en el artículo 2.3 de la norma española al aclarar que «la protección prevista en esta ley para las personas trabajadoras que informen sobre infracciones del Derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo, se entiende sin perjuicio de la establecida en su normativa específica». Parece darse a entender que el informante de la Ley 2/2023 también está habilitado para denunciar incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos, siendo ésta, sin duda, una materia sin conexión alguna con el fraude a la Seguridad Social y a los fondos públicos. Y, si ello es posible, también debería serlo que cualquier otro incumplimiento de las normas laborales tipificado como grave o muy grave pudiera, si es objeto de denuncia, activar la protección que dispensa la norma española¹¹.

Frente a esta interpretación, se alza otra, más restrictiva, que considera que la Ley 2/2023 no está pensada para informar sobre irregularidades en materia laboral, más allá de lo previsto para el caso de la defraudación a la Seguridad Social por afectar este hecho al interés general. Es decir, lo que se busca es que sólo aquella información sobre infracciones que pueda tener impacto sobre el conjunto de la sociedad, como se indica en el Preámbulo de la norma, quede blindada ante posibles represalias y actos ilícitos. Lo que implica, *a sensu contrario*, que la información sobre otras posibles infracciones en el ámbito laboral que no tengan tal impacto queden excluidas del ámbito material de la norma. Apuntalaría también esta interpretación el hecho de que la Directiva no contempla la materia laboral como una de las materias sobre las que proyecta su protección, lo que parece dar a entender que si no se han incluido en ella las infracciones sobre cuestiones laborales es por un motivo muy concreto, porque se considere que tal vez las mismas sólo afecten a relaciones interpersonales o colectivas y se entienda que no afectan al interés público, salvo aquellas, evidentemente, que impliquen luchar contra el fraude en la Seguridad Social (y en la Hacienda Pública)¹².

A mi modo de ver, y aunque es cierto que la Directiva no contempla la materia laboral como una a las que otorga especial protección, el hecho de que el legislador español haya utilizado la habilitación que le concede la norma europea para proceder a efectuar una ampliación del ámbito objetivo desarticula el argumento teleológico consistente en considerar que el silencio en el ámbito europeo sobre la materia laboral deba ser entendido como excluyente. O, dicho de otro modo, en tanto que se ha procedido, legítimamente, a efectuar

¹¹ De este parecer es GÓMEZ GORDILLO, Rafael: «Aspectos laborales de ...», *op.cit.*, pp. 269 y 270.

¹² En esta línea, SÁEZ LARA, Carmen: «El estatus jurídico de informante tras ...», *op.cit.*, pp. 54 y 55.

una ampliación normativa, no parece que deban servir, al menos para esta concreta cuestión, los mismos parámetros interpretativos que se utilizan para analizar y diseccionar la norma europea. Ello ya llevaría, de suyo, a concluir que la información sobre infracciones graves o muy graves en materia laboral puede quedar protegida por todo el entramado normativo que prevé la Ley 2/2023. Pero, por si ello fuera poco, aún se podrían proporcionar otros dos argumentos adicionales para apuntalar esta tesis. El primero, el ya indicado de que la utilización del adverbio «en todo caso» –en la frase «en todo caso, se entenderán comprendidas todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social»– no parece, al menos desde el sentido literal de las palabras, que excluya otras infracciones laborales, pues, de haberlo querido así, el legislador podría haber empleado otro término u otras expresiones. El segundo argumento, por su parte, se erigiría sobre la base de que las infracciones graves o muy graves en el ámbito laboral ciertamente pueden terminar afectando al interés público, al conjunto de la sociedad, en tanto que no puede negarse su incidencia sobre un mercado laboral ya de por sí hostil para quien desee integrarse en él (y más si se es mujer o persona con discapacidad) o para quien ya cuente con una relación laboral en vigor. La extensión de la protección que dispensa la Ley 2/2023 a la información sobre infracciones graves y muy graves en el orden social podría redundar en beneficio de un mercado laboral más justo en el que descendiera el número de prácticas irregulares cometidas por las organizaciones empresariales¹³. Con todo, esta interpretación tendría una salvedad, ciertamente no menor. Según el artículo 35.2.b) Ley 2/2023, quedan excluidas de la protección que dispensa la norma las informaciones «vinculadas a reclamaciones sobre conflictos interpersonales o que afecten únicamente al informante y a las personas a las que se refiera la comunicación o revelación», lo que podría interpretarse como que las informaciones sobre irregularidades que afecten únicamente al trabajador informante y al empresario persona afectada por su denuncia o, al límite, a un único trabajador con su empresario, no serían informaciones tutelables.

Teniendo en cuenta, pues, esta salvedad, se acoge la interpretación expansiva de la letra b) del artículo 2.1 Ley 2/2023; pero ello no quita para que aún existan otros problemas que deben solventarse. Si se observa, resulta que

¹³ Lo que no empece a que en el entorno laboral siga operando la garantía de indemnidad (reforzada con la ya citada Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación) y la protección que el ordenamiento confiere al correcto uso de la libertad de información. Sobre ello, DE LA PUEBLA PINILLA, Ana: «Ley 2/2023, de Protección de los Informantes. Problemas aplicativos desde una perspectiva laboral», *Labos*, vol. 4, núm. extraordinario, p. 43.

las infracciones han de ser «constitutivas» de infracción penal o administrativa grave o muy grave, lo que es tanto como decir que deben estar oportunamente tipificadas en la correspondiente norma legal¹⁴. Y ello, claramente, coloca al sujeto informante en la tesitura de conocer si la concreta irregularidad de la que ha sido testigo encaja o no en el tipo penal o en el administrativo. Evidentemente, ni esto es algo que pueda exigirse al ciudadano medio y ni siquiera al ciudadano más experto o avanzado en leyes en tanto que puede no ser su concreta especialidad. Por ello, el precepto se cuida de utilizar la expresión «que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave», indicándose, así, que no necesariamente debe saberse con certeza si tal o cual irregularidad encaja en un tipo o en otro¹⁵. Lo que nos lleva a los requisitos que exige el artículo 35.1 y 2 Ley 2/2023 sobre las características de lo transmitido.

En efecto, según este precepto la información sobre estas infracciones debe ser veraz (o, al menos, razonablemente veraz, aun cuando no se aporten pruebas concluyentes)¹⁶ y comunicarse conforme a los requerimientos y condicionantes previstos legalmente. Ello hace que queden expresamente excluidas las «informaciones contenidas en comunicaciones que hayan sido inadmitidas por algún canal interno de información o por alguna de las causas previstas en el artículo 18.2.a)¹⁷; las informaciones vinculadas a reclamacio-

¹⁴ Lo que excluye la información sobre otro tipo de actuaciones que pueden perjudicar el interés general pero que no estén tipificadas como tales infracciones penales o administrativas graves o muy graves (v. gr. vulneraciones de códigos de conducta). Sobre ello, SÁEZ LARA, Carmen: «El estatus jurídico de informante tras ..., *op.cit.*, p. 54.

¹⁵ Sobre la información al respecto de infracciones que, finalmente, no resulten ser ni graves ni muy graves se ha dicho, acertadamente, que las mismas han de quedar archivadas o inadmitidas dado que no entrarían en el ámbito de aplicación de la norma, aunque, al menos, debería quedar intacta la garantía de confidencialidad sobre la identidad de la persona informante porque es una de las características intrínsecas del sistema. Así, SIERRA-RODRÍGUEZ, Javier: «Los sistemas internos de información en la Ley 2/2023 de Protección de personas informantes: un análisis jurídico ante su inmediata exigibilidad», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 24, 2023, p. 74. Este autor también apunta que «la obtención de información menos relevante no impedirá que la persona responsable del sistema interno haga las comprobaciones pertinentes sobre su verosimilitud o que den lugar a procedimientos correctores en el seno de las organizaciones con base en otra normativa aplicable o en la existencia de códigos éticos». A mi modo de ver, si no existe esa otra normativa aplicable en la que sostenerse, quedará al albur del responsable del sistema interno decidir si investiga más sobre la infracción denunciada, siendo del todo punto posible que, tras comprobar que aquella no reviste las características adecuadas, simplemente archive la alerta.

¹⁶ Por veracidad, límite interno del derecho constitucional a la información, debe entenderse como la comprobación diligente de lo que se informa. Así, SSTC 6/1988, 105/1990, de 6 de junio; 172/1990, 141/1991, de 1 de julio; 176/1995, de 11 de diciembre; 6/1996, de 19 de febrero, y 19/1996, de 12 de febrero.

¹⁷ Este precepto hace referencia a las causas de inadmisión en el canal externo. Por lo demás, se ha afirmado, muy acertadamente, que la inadmisión en un canal interno no debe impedir «que la comunicación sí de lugar a la protección siempre que, posteriormente, sea admitida en el canal externo. De lo con-

nes sobre conflictos interpersonales o que afecten únicamente al informante y a las personas a las que se refiera la comunicación o revelación; las informaciones que ya estén completamente disponibles para el público o que constituyan meros rumores; y las informaciones que se refieran a acciones u omisiones no comprendidas en el artículo 2».

Ciertamente, lo acabado de señalar va en línea con lo dispuesto en el artículo 6.1 de la norma europea que explicita que «los denunciantes tendrán derecho a protección en virtud de la presente Directiva siempre que: a) tengan motivos razonables para pensar que la información sobre infracciones denunciadas es veraz en el momento de la denuncia y que la citada información entra dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva, y b) hayan denunciado por canales internos conforme al artículo 7 o por canales externos conforme al artículo 10, o hayan hecho una revelación pública conforme al artículo 15». También con el Considerando 32, que aclara que «para gozar de protección al amparo de la presente Directiva, los denunciantes deben tener motivos razonables para creer, a la luz de las circunstancias y de la información de que dispongan en el momento de la denuncia, que los hechos que denuncian son ciertos. Ese requisito es una salvaguardia esencial frente a denuncias malintencionadas, frívolas o abusivas, para garantizar que quienes, en el momento de denunciar, comuniquen deliberada y conscientemente información incorrecta o engañosa no gocen de protección¹⁸. Al mismo tiempo, el requisito garantiza que la protección no se pierda cuando el denunciante comunique información inexacta sobre infracciones por error cometido de buena fe¹⁹. De manera similar, los denunciantes deben tener derecho a protección en virtud de la presente Directiva si tienen motivos razonables para creer que la información comunicada entra dentro de su ámbito de aplicación. Los mo-

trario, si bastase la sola inadmisión en el canal interno para excluir de la protección, una actuación deliberada para acallar las denuncias tendría un fiel aliado en este precepto». Así, SIERRA-RODRÍGUEZ, Javier: «Los sistemas internos de...», *op.cit.*, p. 88.

¹⁸ De hecho, en el marco de la norma española, «comunicar o revelar públicamente información a sabiendas de su falsedad» supondrá una infracción muy grave [art. 63.1.f)].

¹⁹ Obsérvese que es la veracidad de lo informado y no la buena fe el requisito que exige la norma española en el artículo 35 antes citado. No obstante, la buena fe entiendo que debe imperar también en este marco normativo, primero por la influencia de la Directiva que expresamente advierte que el requisito de los motivos razonables «garantiza que la protección no se pierda cuando el denunciante comunique información inexacta sobre infracciones por error cometido de buena fe» y, segundo, porque en el Preámbulo de la Ley 2/2023 se hace una referencia muy clara a la buena fe, señalando que «la buena fe, la conciencia honesta de que se han producido o pueden producirse hechos graves perjudiciales constituye un requisito indispensable para la protección del informante. Esa buena fe es la expresión de su comportamiento cívico y se contraponen a otras actuaciones que, por el contrario, resulta indispensable excluir de la protección, tales como la remisión de informaciones falsas o tergiversadas, así como aquellas que se han obtenido de manera ilícita».

tivos de los denunciantes al denunciar deben ser irrelevantes para determinar si esas personas deben recibir protección».

La norma, por lo demás, también excluye de su ámbito de aplicación material los supuestos que se rigen por su normativa específica, esto es, aquella que regula los mecanismos para informar sobre infracciones y proteger a los informantes previstas por leyes sectoriales o por los instrumentos de la Unión Europea enumerados en la parte II del anexo de la Directiva (UE) 2019/1937. Así, en línea de principio, se aclara, como no podía ser de otra forma, que la protección legal «no excluirá la aplicación de las normas relativas al proceso penal, incluyendo las diligencias de investigación». También se señala que «la protección prevista en esta ley para las personas trabajadoras que informen sobre infracciones del Derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo, se entiende sin perjuicio de la establecida en su normativa específica». En este punto, conviene señalar que, como es conocido, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no articula medida alguna parecida siquiera a la protección que dispensa la Ley 2/2023, ya que ningún canal específico de información se prevé. Por ello, tal vez esta previsión sólo tenga sentido si se refiere al trámite de denuncia ante la Inspección de Trabajo o, como se ha señalado doctrinalmente, si alude al acoso y a la violencia en el trabajo en tanto que, en estas dos materias, existen regulaciones específicas que prevén sistemas de información de infracciones y de protección de denunciantes²⁰.

La tutela que dispensa la norma, de igual modo, tampoco será de aplicación «a las informaciones que afecten a la información clasificada» ni «a las obligaciones que resultan de la protección del secreto profesional de los profesionales de la medicina y de la abogacía, del deber de confidencialidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ámbito de sus actuaciones, así como del secreto de las deliberaciones judiciales». De la misma manera, no se aplicarán «las previsiones de esta ley a las informaciones relativas a infracciones en la tramitación de procedimientos de contratación que contengan información clasificada o que hayan sido declarados secretos o reservados, o aquellos cuya

²⁰ Si se recuerda, el artículo 12.1 LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual señala que «las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en los términos previstos en el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, incluidos los cometidos en el ámbito digital. Asimismo, deberán arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital». Manteniendo esta postura, SÁEZ LARA, Carmen: «El estatus jurídico de informante tras ..., *op.cit.*, p. 55.

ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado». Finalmente, se matiza que «en el supuesto de información o revelación pública de alguna de las infracciones a las que se refiere la parte II del anexo de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, resultará de aplicación la normativa específica sobre comunicación de infracciones en dichas materias».

Como cláusula de cierre, en fin, el artículo 7.4 Ley 2/2023 matiza que «los canales internos de información podrán estar habilitados por la entidad que los gestione para la recepción de cualesquiera otras comunicaciones o informaciones fuera del ámbito establecido en el artículo 2, si bien dichas comunicaciones y sus remitentes quedarán fuera del ámbito de protección dispensado por la misma». Evidentemente, con esta previsión se corre el riesgo de desbordar el ámbito de aplicación objetivo de la norma hacia otras materias que nada tienen que ver con infracciones del Derecho de la Unión o con infracciones penales o administrativas graves o muy graves y, además, ello de forma innecesaria en tanto que la ausencia de protección probablemente tendrá el efecto pernicioso de disuadir a los probables informantes de comunicar la concreta irregularidad que hubiesen detectado. Con todo, si se utiliza esta habilitación para expandir por las empresas el ámbito material de la norma, convendría que aquéllas, si quiera sea por motivos de ofrecer seguridad jurídica, explicitaran y dejaran bien claro qué transmisión de información resultará plenamente protegida por la norma y cuál no.

2. La delimitación subjetiva de la norma

Junto a la descripción del ámbito objetivo de aplicación, precisa la ley el ámbito subjetivo, esto es, las personas que están protegidas frente a posibles represalias. Así, se extiende la protección a todas aquellas personas que tienen vínculos profesionales o laborales con entidades tanto del sector público como del sector privado, aquellas que ya han finalizado su relación profesional, voluntarios, trabajadores en prácticas o en período de formación y personas que participan en procesos de selección. También se extiende el amparo de la ley a las personas que prestan asistencia a los informantes, a las personas de su entorno que puedan sufrir represalias, así como a las personas jurídicas propiedad del informante, entre otras.

De esta forma, el artículo 3.1 Ley 2/2023 señala que «la presente ley se aplicará a los informantes que trabajen en el sector privado o público y que

hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral o profesional²¹, comprendiendo en todo caso²²: a) las personas que tengan la condición de empleados públicos o trabajadores por cuenta ajena; b) los autónomos; c) los accionistas, partícipes y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos; d) cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores».

Por su parte, el artículo 3.2 añade que la ley también se aplicará «a los informantes que comuniquen o revelen públicamente información sobre infracciones obtenida en el marco de una relación laboral o estatutaria ya finalizada, voluntarios, becarios, trabajadores en periodos de formación con independencia de que perciban o no una remuneración, así como a aquellos cuya relación laboral todavía no haya comenzado, en los casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual».

Los apartados tres y cuatro del precepto aclaran, igualmente, que «las medidas de protección del informante previstas en el título VII también se aplicarán, en su caso, específicamente a los representantes legales de las personas trabajadoras en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento y apoyo al informante» y, de igual modo, «a las personas físicas que, en el marco de la organización en la que preste servicios el informante, asistan al mismo en el proceso; a las personas físicas que estén relacionadas con el informante y que puedan sufrir represalias, como compañeros de trabajo o familiares del informante; y a las personas jurídicas para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral o en las que ostente una participación significativa», entendiéndose por tal «la participación en el capital o en los derechos de voto correspondientes a acciones o participaciones

²¹ No define la ley que es «contexto laboral o profesional», pero sí lo hace la Directiva. De este modo, y atendiendo a la definición ofrecida por el artículo 5.9, debe entenderse por contexto laboral «las actividades de trabajo presentes o pasadas en el sector público o privado a través de las cuales, con independencia de la naturaleza de dichas actividades, las personas pueden obtener información sobre infracciones y en el que estas personas podrían sufrir represalias si comunicasen dicha información». Por lo demás y *a sensu contrario*, quedan excluidas de la protección todas aquellas personas que hayan conocido de irregularidades extramuros de ese contexto laboral o profesional. Con todo, hay quien facilita argumentos para entenderlos incluidos. Así, SIERRA-RODRÍGUEZ, Javier: «Los sistemas internos de...», *op.cit.*, pp. 78 y 79. De hecho, incluso este autor recuerda que los sistemas de información deben permitir el anonimato, «por lo que será dificultoso cualquier control previo sobre el tipo de vinculación o, incluso, posterior, siempre que no se termine desvelando la identidad, [lo que hace que] puedan formularse alertas por cualquier persona».

²² El empleo del término «en todo caso» parece dar a entender, como sucedía anteriormente, que no sólo los sujetos que se enumeran serán protegidos, sino que también lo podrán ser, siempre dentro de ese contexto laboral o profesional, otros distintos que comuniquen información sobre irregularidades.

cuando, por su proporción, permite a la persona que la posea tener capacidad de influencia en la persona jurídica participada».

Ciertamente, desde el punto de vista laboral, se detectan algunas imprecisiones técnicas que han sido objeto de atención y de crítica²³, pues, por ejemplo, los trabajadores en formación, los compañeros de trabajo y quienes ostentan la representación de los trabajadores realmente son trabajadores por cuenta ajena encuadrables en la letra a) del artículo 3.1 Ley 2/2023. Pero, básicamente, la norma española copia a la norma europea en este punto, por lo que las imprecisiones tienen su origen en ésta. Al tiempo, es factible pensar que el legislador nacional no haya querido corregirlas para remarcar, a los efectos de esta ley, el espectro de sujetos de especial vulnerabilidad. Desde esta perspectiva, no se trataría tanto de incluir en la noción de trabajador a la mayoría de los mencionados en el artículo 3 Ley 2/2023, sino de visibilizar a ciertos colectivos necesitados de mayor protección por sus singulares circunstancias²⁴.

Por lo demás, y atendiendo a esa finalidad por la que aboga el artículo 1 Ley 2/2023 de fomentar la cultura de la información, se admite la posibilidad de eximir o atenuar la sanción cuando haya sido el propio *whistleblower* el que hubiese participado en la comisión de la irregularidad. De esta forma, matiza el número uno del artículo 40 de la norma citada que «cuando una persona que hubiera participado en la comisión de la infracción administrativa objeto de la información sea la que informe de su existencia mediante la presentación de la información y siempre que la misma hubiera sido presentada con anterioridad a que hubiera sido notificada la incoación del procedimiento de investigación o sancionador, el órgano competente para resolver el procedimiento, mediante resolución motivada, podrá eximirle del cumplimiento de la sanción administrativa que le correspondiera siempre que resulten acreditados en el expediente los siguientes extremos: a) haber cesado en la comisión de la infracción en el momento de presentación de la comunicación o revelación e identificado, en su caso, al resto de las personas que hayan participado o favorecido aquella; b) haber cooperado plena, continua y diligentemente a lo largo de todo el procedimiento de investigación; c) haber facilitado información veraz y relevante, medios de prueba o datos significativos para la acreditación de los hechos investigados, sin que haya procedido

²³ GÓMEZ GORDILLO, Rafael: «Aspectos laborales de ...» *op.cit.*, pp. 266 y 267.

²⁴ Con todo, no hubiera de estado de más que, por ejemplo, se hubiera precisado quiénes entran dentro del espectro de familiares, por lo que cabe la duda de si sólo entraría en el ámbito de protección la familia nuclear u otros sujetos más distantes. Advirtiendo también de esto, GÓMEZ GORDILLO, Rafael: «Aspectos laborales de ...», *op.cit.*, p. 267.

a la destrucción de estos o a su ocultación, ni haya revelado a terceros, directa o indirectamente su contenido; d) haber procedido a la reparación del daño causado que le sea imputable».

Al hilo de lo acabado de reseñar, en fin, debe mencionarse que la persona afectada por la información (es decir, aquella que presuntamente ha cometido la irregularidad que se denuncia) también merece, al parecer de quien legisla, la misma protección que la persona informante. De esta forma, señala el artículo 39 Ley 2/2023 que «durante la tramitación del expediente las personas afectadas por la comunicación tendrán derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y al derecho de acceso al expediente en los términos regulados en esta ley, así como a la misma protección establecida para los informantes, preservándose su identidad y garantizándose la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento».

III. EL SISTEMA INTERNO DE INFORMACIÓN.

1. **Características del Sistema de información: creación, responsable, contenido mínimo y procedimiento de gestión de la información**

Una vez examinados el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley 2/2023, es el momento de detenerse en el Sistema interno de información que se contempla tanto para el sector público como para el privado (artículos 4 a 15). Y lo primero que cabe resaltar es que «Sistema interno» no es lo mismo que «canal interno». Por lo que puede apreciarse de la lectura de la norma, el Sistema interno de información es una estructura de gestión del canal (de la vía) por la cual se alerta de la irregularidad y está conformado tanto por aquél como por los procedimientos de gestión de la información y los mecanismos de salvaguarda de los informantes como por un Responsable del sistema que contará con unas funciones muy concretas²⁵.

Su creación se hace depender del «órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo obligado, previa consulta con la representación legal de las personas trabajadoras²⁶ y tendrá la condición de respon-

²⁵ Como indica DEL REY GUANTER, Salvador: «La relación entre las vías de comunicación de las infracciones en la Ley 2/2023 de Protección del informante desde la perspectiva de la persona trabajadora y su empleadora», *IusLabor*, núm. 2, 2023, p. 13, «el canal interno propiamente dicho es parte de un contexto sistémico en el que incluye el elemento subjetivo y procedimental, todo ello desde luego ligado a su vez al elemento dinámico de gestión del sistema».

²⁶ Hay que recordar aquí lo que estipula el artículo 64.1 ET: «el comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los traba-

sable del tratamiento de los datos personales» (art. 5.1)²⁷. Con todo, se prevé que la empresa u organismo pueda externalizar la gestión del servicio, considerándose como tal «la recepción de informaciones» (art. 6). Ello no impedirá, sin embargo, que la entidad externa ofrezca «garantías adecuadas de respeto de la independencia, la confidencialidad, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones» ni podrá suponer «un menoscabo de las garantías y requisitos que para dicho sistema establece esta ley ni una atribución de la responsabilidad sobre el mismo en persona distinta del responsable del Sistema previsto en el artículo 8». Además, el tercero externo que gestione el Sistema tendrá la consideración de «encargado del tratamiento a efectos de la legislación sobre protección de datos personales»²⁸.

De no emplearse esta posibilidad de externalización, será el órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo «el competente para la designación de la persona física responsable de la gestión de dicho sistema o Responsable del Sistema, y de su destitución o cese» (art. 8). Si fuera designado un órgano colegiado, «este deberá delegar en uno de sus miembros las facultades de gestión del Sistema interno de información y de tramitación de expedientes de investigación»²⁹. Aquí, además, debe intervenir la ya citada Autoridad Independiente de Protección del Informante, pues a ella se le deberá comunicar «tanto el nombramiento como el cese de la persona física individualmente designada, así como de las integrantes del órgano colegiado (...) en el plazo de los diez días hábiles siguientes, especificando, en el caso de su cese, las razones que han justificado el mismo».

En cualquier caso, y tratándose del sector privado, este Responsable del Sistema será «un directivo de la entidad, que ejercerá su cargo con indepen-

jadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo. (...) Por consulta se entiende el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo».

²⁷ Los artículos 29 a 34 Ley 2/2023 se dedican a plasmar el régimen jurídico de la protección de datos personales a los efectos de la norma.

²⁸ Como afirma muy acertadamente GOÑI SEIN, José Luis: «Canal de denuncias en la empresa y protección de datos», en AA. VV.: *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 whistleblower desde las perspectivas...*, *op.cit.*, p. 245, «la externalización del sistema de gestión de las denuncias ofrece *a priori* mayor fiabilidad, ya que el personal puede sentirse más seguro si la empresa externa mantiene un canal de denuncias totalmente autónomo de la empresa y si la denuncia es gestionada por empresas ajenas a la compañía que las contrata». Por lo demás, esos terceros externos pueden ser, a tenor del Considerando 54 de la Directiva, «proveedores de plataformas de denuncia externa, asesores externos, auditores, representantes sindicales o representantes de los trabajadores».

²⁹ Será siempre, pues, una persona física quien ostente tal rol, lo que es un acierto evitar la dispersión a la hora de exigir responsabilidades. Así, SIERRA-RODRÍGUEZ, Javier: «Los sistemas internos de...», *op.cit.*, p. 89.

dencia del órgano de administración o de gobierno de la misma»³⁰. No obstante y para facilitar el cumplimiento de la obligación a las empresas de pequeño y mediano tamaño, se señala que, «cuando la naturaleza o la dimensión de las actividades de la entidad no justifiquen o permitan la existencia de un directivo Responsable del Sistema, será posible el desempeño ordinario de las funciones del puesto o cargo con las de Responsable del Sistema, tratando en todo caso de evitar posibles situaciones de conflicto de interés». Y, en esta línea, también se indica que «en las entidades u organismos en que ya existiera una persona responsable de la función de cumplimiento normativo o de políticas de integridad, cualquiera que fuese su denominación, podrá ser ésta la persona designada como Responsable del Sistema, siempre que cumpla los requisitos establecidos en esta ley»³¹.

Por lo demás, el Responsable «deberá desarrollar sus funciones de forma independiente y autónoma respecto del resto de los órganos de la entidad u organismo, no podrá recibir instrucciones de ningún tipo en su ejercicio, y deberá disponer de todos los medios personales y materiales necesarios para llevarlas a cabo». Pese a que este sujeto es nombrado por la entidad y puede ser un directivo de la misma, la norma le exige, como se observa, ser independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones, lo cual no deja de ser una mera declaración de intenciones ya que ninguna sanción específica se ha previsto para el supuesto perverso de que tal persona sea un mero delegado de la organización que busque tapar las irregularidades denunciadas, ni ningún procedimiento transparente y en base a criterios de profesionalidad y rigor se ha establecido para su designación y ni tan siquiera se han tomado medidas de protección frente a decisiones de la organización que lo perjudiquen por el hecho de ejercer sus funciones³².

³⁰ Como se ha indicado doctrinalmente, este Responsable debe ocupar una posición relevante en la empresa en tanto que «la tramitación de informaciones o denuncias recibidas requerirá adoptar decisiones o tomar medidas que pueden llevar a la imposición de sanciones para la empresa, para sus órganos de gobierno o directivos». Así, DE LA PUEBLA PINILLA, Ana: «Ley 2/2023, de Protección de los Informantes. Problemas aplicativos desde...», *op.cit.*, p. 40.

³¹ Como señala el Considerando 56 de la Directiva «la elección de las personas o departamentos de una entidad jurídica del sector privado más adecuados para encomendarles la recepción y seguimiento de las denuncias depende de la estructura de la entidad, pero, en cualquier caso, su función debe permitir garantizar la independencia y la ausencia de conflictos de intereses. En las entidades de menor tamaño, podría tratarse de una función dual a cargo de un ejecutivo de la sociedad bien situado para comunicarse directamente con la dirección de la entidad, por ejemplo, un responsable de cumplimiento normativo o de recursos humanos, un responsable de la integridad, un responsable de asuntos jurídicos o de la privacidad, un responsable financiero, un responsable de auditoría o un miembro del consejo de administración».

³² Ciertamente es que están tipificadas como muy graves las infracciones consistentes en la comisión de «cualquier actuación que suponga una efectiva limitación de los derechos y garantías previstos en esta ley introducida a través de contratos o acuerdos a nivel individual o colectivo y en general cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de comunicaciones o de impedir, frustrar o ralen-

El Sistema, en otro orden de ideas y según lo que dispone el apartado segundo del artículo 5 Ley 2/2023, deberá, además de contar con un persona responsable del mismo:

a) Permitir a todas las personas incluidas en su ámbito personal comunicar información sobre las infracciones previstas en la norma³³.

b) Estar diseñado, establecido y gestionado de una forma segura, de modo que se garantice la confidencialidad de la identidad del informante y de cualquier tercero mencionado en la comunicación, y de las actuaciones que se desarrollen en la gestión y tramitación de la misma, así como la protección de datos, impidiendo el acceso de personal no autorizado³⁴.

c) Permitir la presentación de comunicaciones por escrito o verbalmente, o de ambos modos.

d) Integrar los distintos canales internos de información que pudieran establecerse dentro de la entidad.

e) Garantizar que las comunicaciones presentadas puedan tratarse de manera efectiva dentro de la correspondiente entidad u organismo con el objetivo de que el primero en conocer la posible irregularidad sea la propia entidad u organismo.

tizar su seguimiento, incluida la aportación de información o documentación falsa por parte de los requeridos para ello» [art. 63.1.a) Ley 2/2023] y la vulneración de las garantías de confidencialidad y anonimato [art. 63.1.c) Ley 2/2023] y que estos hechos bien los podría cometer el Responsable del Sistema con el riesgo de que se le impusiera la correspondiente sanción; pero verdaderamente se echa en falta en la norma un régimen de infracciones y sanciones concreto para la específica persona que se va a dedicar a gestionar el Sistema (o, igualmente, un régimen protector), máxime cuando es nombrada por los responsables de la entidad y está cercana a ellos, cerniéndose, por este motivo y desde ese preciso momento, la duda sobre ella, sobre su integridad y su buen hacer. De hecho, la única infracción, catalogada como leve, que específicamente está diseñada para el Responsable del Sistema es la contenida en la letra a) del artículo 63.3 Ley 2/2023: «La remisión de información de forma incompleta, de manera deliberada por parte del Responsable del Sistema a la Autoridad» (se entiende a la Autoridad Independiente de Protección al Informante). Sobre ello y el perfil que este Responsable del Sistema debería tener para ser realmente independiente en sus funciones, SIERRA-RODRÍGUEZ, Javier: «Los sistemas internos de...», *op.cit.*, pp. 89 a 91. Por su parte, DE LA PUEBLA PINILLA, Ana: «Ley 2/2023, de Protección de los Informantes. Problemas aplicativos desde...», *op.cit.*, p. 40, premoniza que los Tribunales apliquen, en un futuro, a estos trabajadores «la protección que normativamente se prevé para otras figuras que comparten similitudes con estos Responsables».

³³ Recuérdese que entre las personas protegidas por la norma se encuentran también las que ya no mantienen una relación contractual con la empresa, por lo que el canal elegido debe contar con los medios adecuados para que pueda ser accesible desde el exterior de la organización. Advirtiendo también de ello, SIERRA-RODRÍGUEZ, Javier: «Los sistemas internos de...», *op.cit.*, p. 84, para quien «no cumplirían con este estándar los cauces a los que no se pueda acceder por personas que no estén en la organización o los virtuales que requieran la entrada a una VPN o de la previa posesión de credenciales de acceso o permisos».

³⁴ Por confidencialidad cabe entender, de un lado, no tratar de averiguar la identidad del denunciante y, de otro, no revelar su identidad a terceros sin su consentimiento. Al respecto, GOÑI SEIN, José Luis: «Canal de denuncias en la empresa y ...», *op.cit.*, p. 249.

- f) Ser independientes y aparecer diferenciados respecto de los sistemas internos de información de otras entidades u organismos.
- g) Contar con una política o estrategia que enuncie los principios generales en materia de Sistemas interno de información y defensa del informante y que sea debidamente publicitada en el seno de la entidad u organismo³⁵.
- h) Contar con un procedimiento de gestión de las informaciones recibidas.
- i) Establecer las garantías para la protección de los informantes en el ámbito de la propia entidad u organismo.

En cuanto al canal interno, éste, como antes se ha comentado, está integrado dentro del Sistema interno de información (art. 7.1) y es la vía por la cual se alerta de las irregularidades. La misma «deberá permitir realizar comunicaciones por escrito o verbalmente, o de las dos formas», lo que se traduce, si se atiende a la interpretación literal de la norma, a que la concreta organización dispondrá de tres posibilidades: articular un canal verbal, articular uno por escrito o articular ambos al tiempo. En cualquier caso, si fuera un canal escrito, la información se podrá transmitir «a través de correo postal o a través de cualquier medio electrónico habilitado al efecto» y si fuera de modo verbal, «por vía telefónica o a través de sistema de mensajería de voz». Además, al margen de ello y «a solicitud del informante, también podrá presentarse mediante una reunión presencial dentro del plazo máximo de siete días».

Al informante, en todo caso, se le advertirá de que «la comunicación será grabada y se le informará del tratamiento de sus datos de acuerdo a lo que es-

³⁵ El artículo 25 Ley 2/2023 plasma, al efecto, el régimen jurídico de la publicidad que debe darse a los canales internos y externos de información. De esta forma, se indica que «los sujetos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta ley proporcionarán la información adecuada de forma clara y fácilmente accesible, sobre el uso de todo canal interno de información que hayan implantado, así como sobre los principios esenciales del procedimiento de gestión. En caso de contar con una página web, dicha información deberá constar en la página de inicio, en una sección separada y fácilmente identificable. De igual modo, las autoridades competentes a las que se refiere el artículo 24 publicarán, en una sección separada, fácilmente identificable y accesible de su sede electrónica, como mínimo, la información siguiente: a) las condiciones para poder acogerse a la protección en virtud de esta ley; b) los datos de contacto para los canales externos de información previstos en el título III, en particular, las direcciones electrónica y postal y los números de teléfono asociados a dichos canales, indicando si se graban las conversaciones telefónicas; c) los procedimientos de gestión, incluida la manera en que la autoridad competente puede solicitar al informante aclaraciones sobre la información comunicada o que proporcione información adicional, el plazo para dar respuesta al informante, en su caso, y el tipo y contenido de dicha respuesta; d) el régimen de confidencialidad aplicable a las comunicaciones y, en particular, la información sobre el tratamiento de los datos personales de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, y en el título VII de esta ley; e) las vías de recurso y los procedimientos para la protección frente a represalias, y la disponibilidad de asesoramiento confidencial. En particular, se contemplarán las condiciones de exención de responsabilidad y de atenuación de la sanción a las que se refiere el artículo 40; f) los datos de contacto de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A. A. I. o de la autoridad u organismo competente de que se trate».

tablece el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016». De igual modo, se le señalarán, «de forma clara y accesible, los canales externos de información ante las autoridades competentes y, en su caso, ante las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea» y, al hacer la comunicación, «podrá indicar un domicilio, correo electrónico o lugar seguro a efectos de recibir las notificaciones».

Para garantizar la recepción segura de la información, se explicita que «las comunicaciones verbales, incluidas las realizadas a través de reunión presencial, telefónicamente o mediante sistema de mensajería de voz, deberán documentarse de alguna de las maneras siguientes, previo consentimiento del informante: a) mediante una grabación de la conversación en un formato seguro, duradero y accesible, o b) a través de una transcripción completa y exacta de la conversación realizada por el personal responsable de tratarla» y que «sin perjuicio de los derechos que le corresponden de acuerdo a la normativa sobre protección de datos, se ofrecerá al informante la oportunidad de comprobar, rectificar y aceptar mediante su firma la transcripción de la conversación»³⁶.

Por lo demás, se matiza que «los canales internos de información permitirán incluso la presentación y posterior tramitación de comunicaciones anónimas»³⁷. La finalidad es perfectamente entendible: la anonimización de datos es un medio para evitar de forma muy segura las represalias. Con todo, esta posibilidad presenta, como bien se ha observado, ciertas dificultades técnicas especialmente en el ámbito de la Administración, donde los diversos procedimientos administrativos requieren de la identificación previa del interesado. Por ello, sería conveniente adaptar el cauce de alerta escogido, si se opta por permitir la denuncia anónima, de tal modo que se encubrieran los datos entrantes y salientes³⁸.

³⁶ En tanto que la información de la que se alerta puede ser grabada o documentada, surge la cuestión de por cuánto tiempo y cómo debe custodiarse. Al efecto, el artículo 26 Ley 2/2023, siguiendo las líneas marcadas por la Directiva, conmina a las organizaciones del sector público o privado obligadas a contar con un Sistema interno de información a disponer de «un libro-registro de las informaciones recibidas y de las investigaciones internas a que hayan dado lugar garantizando, en todo caso, los requisitos de confidencialidad previstos en esta ley». Este registro, se añade, «no será público y únicamente a petición razonada de la Autoridad judicial competente, mediante auto, y en el marco de un procedimiento judicial y bajo la tutela de aquella, podrá accederse total o parcialmente al contenido del referido registro». Por lo que atañe al tiempo de conservación, se alude a que «los datos personales relativos a las informaciones recibidas y a las investigaciones internas a que se refiere el apartado anterior solo se conservarán durante el período que sea necesario y proporcionado a efectos de cumplir con esta ley. En particular, se tendrá en cuenta lo previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 32. En ningún caso podrán conservarse los datos por un período superior a diez años».

³⁷ Como recuerda GOÑI SEIN, José Luis: «Canal de denuncias en la empresa y . . . », *op.cit.*, p. 248, con cita en la STS de 6 de febrero de 2020 (Rec. 2062/2018), «se admite la validez de las denuncias anónimas como origen para investigar posibles delitos en el seno de una empresa».

³⁸ SIERRA-RODRÍGUEZ, Javier: «Los sistemas internos de . . . », *op.cit.*, p. 84. Con todo, es de advertir lo que indica el artículo 35.3 Ley 2/2023 sobre la protección del informador anónimo: «las personas que

En cuanto al procedimiento de gestión de información, éste se encuentra regulado en el artículo 9 Ley 2/2023. El mismo deberá ser aprobado por el órgano de administración u órgano de gobierno de cada organización y será el Responsable del Sistema el que responderá de su tramitación diligente. En todo caso, el procedimiento tendrá el siguiente contenido mínimo:

a) Identificación del canal o canales internos de información a los que se asocia.

b) Inclusión de información clara y accesible sobre los canales externos de información ante las autoridades competentes y, en su caso, ante las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea.

c) Envío de acuse de recibo de la comunicación al informante, en el plazo de siete días naturales siguientes a su recepción, salvo que ello pueda poner en peligro la confidencialidad de la comunicación.

d) Determinación del plazo máximo para dar respuesta a las actuaciones de investigación, que no podrá ser superior a tres meses a contar desde la recepción de la comunicación o, si no se remitió un acuse de recibo al informante, a tres meses a partir del vencimiento del plazo de siete días después de efectuarse la comunicación³⁹.

e) Previsión de la posibilidad de mantener la comunicación con el informante y, si se considera necesario, de solicitar a la persona informante información adicional.

f) Establecimiento del derecho de la persona afectada a que se le informe de las acciones u omisiones que se le atribuyen, y a ser oída en cualquier momento. Dicha comunicación tendrá lugar en el tiempo y forma que se considere adecuado para garantizar el buen fin de la investigación.

g) Garantía de la confidencialidad cuando la comunicación sea remitida por canales de denuncia que no sean los establecidos o a miembros del personal no responsable de su tratamiento, al que se habrá formado en esta materia y advertido de la tipificación como infracción muy grave de su quebranto y, asimismo, el establecimiento de la obligación del receptor de la comunicación de remitirla inmediatamente al Responsable del Sistema.

h) Exigencia del respeto a la presunción de inocencia y al honor de las personas afectadas.

hayan comunicado o revelado públicamente información sobre acciones u omisiones a que se refiere el artículo 2 de forma anónima pero que posteriormente hayan sido identificadas y cumplan las condiciones previstas en esta ley, tendrán derecho a la protección que la misma contiene».

³⁹ Ello salvo casos de especial complejidad que requieran una ampliación del plazo, en cuyo caso, este podrá extenderse hasta un máximo de otros tres meses adicionales.

i) Respeto de las disposiciones sobre protección de datos personales de acuerdo a lo previsto en el título VI de la Ley 2/2023.

j) Remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito. En el caso de que los hechos afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, se remitirá a la Fiscalía Europea.

2. La elección del canal de información

Dispone el artículo 4 Ley 2/2023 que «el Sistema interno de información es el cauce preferente para informar sobre las acciones u omisiones previstas en el artículo 2, siempre que se pueda tratar de manera efectiva la infracción y si el denunciante considera que no hay riesgo de represalia». La finalidad de la norma se muestra evidente: que sea la empresa la primera que conozca de la irregularidad para que la pueda solventar de forma inmediata y a través de sus mecanismos internos⁴⁰ y coincide con lo dispuesto en la norma europea en su Considerando 33: «en general, los denunciantes se sienten más cómodos denunciando por canales internos, a menos que tengan motivos para denunciar por canales externos. Estudios empíricos demuestran que la mayoría de los denunciantes tienden a denunciar por canales internos, dentro de la organización en la que trabajan. La denuncia interna es también el mejor modo de recabar información de las personas que pueden contribuir a resolver con prontitud y efectividad los riesgos para el interés público».

Con todo, tal previsión no impone, como puede observarse, un mandato absoluto, en tanto que se deja a criterio del informante, dada la ambigüedad y la imprecisión de los términos empleados, decidir si utiliza este Sistema o el externo a través de la Autoridad Independiente de Protección al Informante para vehicular la irregularidad una vez valoradas razonablemente todas las circunstancias. Algo que se conjuga, de nuevo con lo previsto en el Considerando antes citado («al mismo tiempo, el denunciante debe poder elegir el canal de denuncia más adecuado en función de las circunstancias particulares del caso») como con lo que estipula el artículo 16 Ley 2/2023 al dejar libertad a la persona denunciante para informar «ya sea directamente o previa comunicación a través del correspondiente canal interno» a la Autoridad Independiente de Protección del Informante o a las autoridades u órganos autonómicos correspondientes de la comisión de irregularidades. Desde luego, la redacción da

⁴⁰ GÓMEZ GORDILLO, Rafael: «Aspectos laborales de...», *op.cit.*, p. 270.

a entender como posible interpretación que al informante se le abren dos posibilidades: acudir al canal externo o acudir al interno sin que uno prevalezca sobre otro. Cabe pensar que si quien legisla hubiese deseado que hubiese una relación de subsidiaridad entre ambas vías de alerta, así lo hubiera hecho constar expresamente con el empleo de otro tipo de expresiones. Por lo tanto y a mi modo de ver, debe entenderse que el Sistema interno de información y el canal externo se encuentran en igualdad de condiciones⁴¹, en régimen de alternancia en realidad, y que al externo se podrá acudir tanto cuando el informante considere que el Sistema interno le genere desconfianza⁴², como cuando no se haya implementado en la organización.

3. Entidades obligadas a implantar un Sistema interno de información

A) SECTOR PRIVADO

Según el artículo 10 Ley 2/2023, quedan obligadas en el sector privado a constituir un Sistema de información «las personas físicas o jurídicas que tengan contratados 50 o más trabajadores», sin que se especifique –obsérvese– cómo y en qué fechas realizar el cómputo⁴³. Con todo, consciente quien legisla de que para las pequeñas empresas puede suponer un costo –valorado en tiempo y esfuerzo de gestión– la creación de tal Sistema, se prevé en el artículo 12 Ley 2/2023 la posibilidad de compartir el Sistema de información y los recursos destinados a la gestión y tramitación de las comunicaciones entre las empresas

⁴¹ DEL REY GUANTER, Salvador: «La relación entre las vías de ...», *op.cit.*, p. 12.

⁴² DE LA PUEBLA PINILLA, Ana: «Ley 2/2023, de Protección de los Informantes. Problemas aplicativos desde...», *op.cit.*, p. 37. Por su parte, DEL REY GUANTER, Salvador: «La relación entre las vías de ...», *op.cit.*, p. 18, ha entendido que «una interpretación sistemática [de los artículos 4 y 16] obligaría a que la persona informante pueda hacer una mínima demostración de los condicionamientos a los que se refiere [el artículo 4], esto es, a que pueda aportar al menos indicios de la posible ineficacia del canal interno o de un riesgo apreciable de represalia. De no tenerse que apreciar estos condicionamientos (...) lo establecido en el artículo 4.1 carecería prácticamente de trascendencia». De igual parecer, aunque comentado la Directiva, vid. GOÑI SEIN, José Luis: «Canal de denuncias en la empresa y ...», *op.cit.*, p. 236, quien añade que «no pudiendo aportar [el informante] ningún indicio probatorio de alguna de estas dos causas [falta de diligencia de una anterior denuncia interna y riesgo de represalia], un acceso directo a la vía externa supondría un incumplimiento de la Directiva».

⁴³ No estaría de más que se desarrollara en algún momento este aspecto para ofrecer seguridad jurídica. Con todo y para evitar el vacío legal, se ha señalado que puede emplearse para realizar el cómputo la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas como la Guía del usuario sobre la definición de la PYME (<https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/79c0ce87-f4dc-11e6-8a35-01aa75ed71a1>). Al respecto, DE LA PUEBLA PINILLA, Ana: «Ley 2/2023, de Protección de los Informantes. Problemas aplicativos desde...», *op.cit.*, p. 38.

que tengan «entre cincuenta y doscientos cuarenta y nueve trabajadores» y ello «tanto si la gestión se lleva a cabo por cualquiera de ellas como si se ha externalizado», respetándose en todo caso las garantías previstas legalmente.

Más allá de ellas, quedan obligados a implantar el Sistema con independencia del número de trabajadores que empleen «los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones empresariales y las fundaciones creadas por unos y otros, siempre que reciban o gestionen fondos públicos». Y, de igual modo, «las personas jurídicas del sector privado que entren en el ámbito de aplicación de los actos de la Unión Europea en materia de servicios, productos y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo, seguridad del transporte y protección del medio ambiente a que se refieren las partes I. B y II del anexo de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019»⁴⁴. En el caso de éstas, la Ley 2/2023 se coloca en un papel supletorio, pues el Sistema de información en tales organizaciones deberá ser creado de acuerdo a su normativa específica, entrando en juego la ley general únicamente en lo no regulado por aquélla.

Por lo que atañe al caso particular de los grupos de empresas conformados según el artículo 42 del Código de Comercio, el artículo 11 Ley 2/2023 dispone que «la sociedad dominante aprobará una política general relativa al Sistema interno de información a que se refiere el artículo 5 y a la defensa del informante, y asegurará la aplicación de sus principios en todas las entidades que lo integran, sin perjuicio de la autonomía e independencia de cada sociedad, subgrupo o conjunto de sociedades integrantes que, en su caso, pueda establecer el respectivo sistema de gobierno corporativo o de gobernanza del grupo, y de las modificaciones o adaptaciones que resulten necesarias para el cumplimiento de la normativa aplicable en cada caso». El Responsable del Sistema «podrá ser uno para todo el grupo, o bien uno para cada sociedad integrante del mismo, subgrupo o conjunto de sociedades, en los términos que se establezcan por la citada política. Por su parte, el Sistema interno de información podrá ser uno para todo el grupo», con lo que parece eximirse a cada empresa del grupo de crear su propio Sistema⁴⁵. Finalmente, se admite «el intercambio de informa-

⁴⁴ La norma matiza, además, que se considerarán incluidas «las personas jurídicas que, pese a no tener su domicilio en territorio nacional, desarrollen en España actividades a través de sucursales o agentes o mediante prestación de servicios sin establecimiento permanente».

⁴⁵ Con todo, en los grupos de empresa contar con un único canal interno de información puede resultar insuficiente e ineficaz, máxime si se piensa en empresas del grupo que se encuentran en Estados diferentes. Por ello, se ha entendido que, aunque el Sistema pueda ser único, debe existir un canal interno de denuncia en cada una de las empresas que conforman el grupo habida cuenta de su proximidad a los

ción entre los diferentes Responsables del Sistema del grupo, si los hubiera, para la adecuada coordinación y el mejor desempeño de sus funciones».

Por lo demás, en fin, se deja a la voluntad del resto de entidades sobre las que no pesa la obligación de instaurar este Sistema crear, regular y poner en funcionamiento el suyo propio, pero ello siempre y cuando cumplan con los requisitos legalmente establecidos. Ciertamente, el cumplimiento de los trámites y procedimientos normativos puede disuadir a estas pequeñas empresas y microempresas de disponer de un Sistema propio, máxime si existe la posibilidad de alertar por el canal externo. No obstante, motivos como el reforzamiento de la marca y la mejora del clima laboral fomentando la confianza (y lo que ello puede implicar para la retención del talento) parecen ser motivos suficientes para que estas singulares estructuras organizativas se decidan a poner en marcha un canal interno de información.

B) SECTOR PÚBLICO

El Sistema interno de información no está planteado ni en el contexto de la Directiva ni en el de la norma española para ser instaurado únicamente en las entidades del sector privado.⁴⁶ A fin de cuentas, las irregularidades también pueden cometerse en el seno de las propias Administraciones Públicas. Por ello, la obligatoriedad de implantar un Sistema de información se ha extendido de igual modo al sector público, entendiéndose que lo integran en atención a lo que dispone el artículo 13 Ley 2/2023:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas, ciudades con Estatuto de Autonomía y las entidades que integran la Administración Local.

b) Los organismos y entidades públicas vinculadas o dependientes de alguna Administración pública, así como aquellas otras asociaciones y corporaciones en las que participen Administraciones y organismos públicos.

c) Las autoridades administrativas independientes, el Banco de España y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

d) Las universidades públicas.

potenciales informantes. Al respecto, DE LA PUEBLA PINILLA, Ana: «Ley 2/2023, de Protección de los Informantes. Problemas aplicativos desde...», *op.cit.*, p. 42.

⁴⁶ Para un análisis de las disposiciones de la Directiva sobre este tema, vid. BLÁZQUEZ AGUDO, Eva: «El desarrollo del canal de denuncias en la Administración Pública en su rol de empleadora», en AA. VV.: *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 whistleblower desde las perspectivas...*, *op.cit.*, pp. 289 a 312.

e) Las corporaciones de Derecho público.

f) Las fundaciones del sector público, siempre que reúnan alguno de los siguientes requisitos: 1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución; 2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente; 3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.

g) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d) y g) sea superior al 50%, o en los casos en que, sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 RD 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores ⁴⁷.

Más allá de estos casos, hay que tener en cuenta que se integran también en el sector público a los efectos de la ley, «los órganos constitucionales, los de relevancia constitucional e instituciones autonómicas análogas a los anteriores», por lo que instituciones como las Cortes Generales o las autonómicas deberán disponer de igual modo de un Sistema interno de información para alertar de las posibles infracciones que en su seno se cometan. Por su parte, en el caso particular de «organismos públicos con funciones de comprobación o investigación de incumplimientos sujetos a esta norma», se prevé que se distinga, al menos, «entre un canal interno referente a los propios incumplimientos del organismo o su personal, y el canal externo referente a las comunicaciones que reciba de los incumplimientos de terceros cuya investigación corresponda a sus competencias».

En el sector público, por lo demás, también existe la posibilidad de compartir el Sistema de información y de externalizar el servicio, tal y como ocurre en el sector privado. De esta forma, el artículo 14 Ley 2/2023 dispone que «los municipios de menos de 10.000 habitantes, entre sí o con cualesquiera otras Administraciones públicas que se ubiquen dentro del territorio de la comunidad autónoma, podrán compartir el Sistema interno de información y los recursos destinados a las investigaciones y las tramitaciones» ⁴⁸ y que «las enti-

⁴⁷ Tal precepto dispone que «a los efectos de esta ley, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio».

⁴⁸ Existía la posibilidad, derivada del segundo párrafo del artículo 8.9 Directiva, de que los municipios de menos de 10.000 habitantes quedarán exentos de implantar el Sistema de denuncias. Esto, final-

dades pertenecientes al sector público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de órganos de las Administraciones territoriales, y que cuenten con menos de cincuenta trabajadores, podrán compartir con la Administración de adscripción el Sistema interno de información y los recursos destinados a las investigaciones y las tramitaciones». Todo ello siempre y cuando «los sistemas resulten independientes entre sí y los canales aparezcan diferenciados respecto del resto de entidades u organismos, de modo que no se genere confusión a los ciudadanos».

Respecto a la externalización, el artículo 15 Ley 2/2023 advierte que ello «sólo podrá acordarse en aquellos casos en que se acredite insuficiencia de medios propios, conforme a lo dispuesto en el artículo 116 apartado 4 letra f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014» y que «esta gestión comprenderá únicamente el procedimiento para la recepción de las informaciones sobre infracciones y, en todo caso, tendrá carácter exclusivamente instrumental».

IV. LA REVELACIÓN PÚBLICA

Junto con los canales internos y externos de información, la Ley 2/2023 prevé una tercera vía de denuncia de irregularidades: la revelación pública.⁴⁹ Esta forma de alerta consiste, según el artículo 27 Ley 2/2023, en «la puesta a disposición del público de información sobre acciones u omisiones en los términos previstos en esta ley». De lo que se trata, por tanto, es de que exista un acto de comunicación que llegue, no a una persona, no a un círculo reducido de personas, sino a la colectividad en general, y ello en el bien entendido de que el término «puesta a disposición» es lo suficientemente amplio como para dar cabida en él a la simple acción de hacer que a la información accedan un número indeterminado de personas⁵⁰.

mente, no ha quedado reflejado en la norma española. Lo que sí lo ha hecho es la posibilidad de compartir el Sistema, tal y como deriva del tercer párrafo de ese mismo precepto.

⁴⁹ Con amplitud sobre este tercer canal, vid. DEL REY GUANTER, Salvador: «Revelación pública de infracciones cometidas por la empresa y ejercicio de la libertad de información por la persona trabajadora en cuanto informante. Criterios a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional», *Labos*, vol. 4, núm. 3, 2023, pp.15-45.

⁵⁰ DEL REY GUANTER, Salvador: «La relación entre las vías de ..., *op.cit.*, p. 15. Como acertadamente sugiere este autor, ya sería revelación pública el simple hecho de que el informante introdujera la información en su blog.

Pues bien, para que el revelador público quede protegido por las disposiciones legales deben cumplirse unos requisitos. Los primeros, los establecidos «en el Título VII de la Ley 2/2023», esto es, las condiciones previstas señaladamente en el artículo 35.1 de la norma y a las que ya anteriormente se ha aludido: de un lado, que se tengan motivos razonables para pensar que la información referida es veraz en el momento de la comunicación o revelación (aun cuando no se aporten pruebas concluyentes) y que la citada información entre dentro del ámbito material de aplicación de la ley y, de otro, que la comunicación o revelación se haya realizado conforme a los requerimientos legales. Además, habrá de tenerse en cuenta también que, como se dijo, existen informaciones que no quedarán amparadas por la norma, ni siquiera cuando se revelen públicamente. Así, las informaciones contenidas en comunicaciones que hayan sido inadmitidas por algún canal interno de información o por alguna de las causas previstas en el artículo 18.2.a) Ley 2/2023, las vinculadas a reclamaciones sobre conflictos interpersonales o que afecten únicamente al informante y a las personas a las que se refiera la comunicación o revelación, las que ya estén completamente disponibles para el público o que constituyan meros rumores y las que se refieran a acciones u omisiones no comprendidas en el ámbito objetivo de la norma.

Siendo éstas las condiciones que deben respetarse en todo caso, el número 1 del artículo 28 Ley 2/2023 también requiere, de modo adicional, que concurra «alguna de las condiciones siguientes»:

Primera. Que el revelador público «haya realizado la comunicación primero por canales internos y externos, o directamente por canales externos, de conformidad con los Títulos II y II, sin que se hayan tomado medidas apropiadas al respecto en el plazo establecido». Por lo tanto, para acudir a esta tercera vía se han de haber activado los otros dos canales de información, o bien el interno y el externo conjuntamente o bien el externo directamente. La revelación pública no es, por lo tanto y a salvo de lo que después se dirá, la primera opción que contempla el legislador. Pero es que, además de ello, se requiere como segundo condicionante que no se hayan tomado las medidas adecuadas en el plazo determinado. Respecto al tema de plazo, inevitablemente hay que acudir a los artículos 7 y 9 para el canal interno y a los artículos 17, 18 y 20 para el canal externo. Por lo que atañe a la no adopción de las medidas adecuadas, aquí cabe la no admisión de la información sin fundamento, su no tramitación o conclusión de forma adecuada o la no aplicación de medidas de corrección o de sanción que corresponderían en base a la constatación de la infracción⁵¹.

⁵¹ DEL REY GUANTER, Salvador: «La relación entre las vías d ...», *op.cit.*, p. 21.

Segunda. Que el revelador público «tenga motivos razonables para pensar que, o bien la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, en particular cuando se da una situación de emergencia, o existe un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de una persona; o bien, en caso de comunicación a través de canal externo de información, exista riesgo de represalias o haya pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso, tales como la ocultación o destrucción de pruebas, la connivencia de una autoridad con el autor de la infracción, o que esta esté implicada en la infracción». A mi modo de ver, si atendemos a la redacción del precepto, la ponderación que aquí debe realizar el informante de las circunstancias concurrentes resulta ser más exigente que la que aparece en el artículo 4 Ley 2/2023, al obligarle cuanto menos a demostrar mínimamente la existencia de los riesgos antes enunciados.

El cumplimiento de todos estos condicionantes determinará la protección del informante con arreglo a lo dispuesto en la norma legal. Ahora bien, esta misma protección también se le dispensará cuando «haya revelado información directamente a la prensa con arreglo al ejercicio de la libertad de expresión y de información veraz previstas constitucionalmente y en su legislación de desarrollo». La diferencia aquí es que, en estos casos, no serán exigibles las condiciones para acogerse a la protección explicadas anteriormente. Ello supone que si el revelador público, haciendo uso del derecho a la información previsto en el artículo 20.1.d) CE⁵², comunica a los medios de comunicación⁵³ de forma directa⁵⁴ la irregularidad de que se trate también quedará amparado

⁵² Aunque el precepto se refiere a ambos derechos comunicativos (libertad de expresión y derecho a la información), debe recordarse aquí la distinción que efectuaba en su momento entre ellos la STC 6/1988, de 21 de enero: «La libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, creencias y juicios de valor. En cambio, la libertad de información, que es el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, así como la facultad de investigar, versa sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables –con trascendencia pública– y veraces». Por su parte, STC 172/1990, de 12 de noviembre, indica que la libertad de opinión, cuando se informa, resulta absorbida por la libertad de información, porque, aunque resulte prácticamente imposible informar exclusivamente sobre hechos sin realizar algún tipo de apreciación subjetiva o juicio de valor, en tanto que predomine el elemento informativo sobre el opinativo, se entenderá que se está ante el ejercicio del derecho a la información y no ante el del derecho a la libertad de expresión. Ello, llevado al terreno que nos ocupa, supone que cuando se está *informando* sobre una determinada irregularidad, incluso cuando ésta se revele públicamente, se está haciendo uso de la libertad informativa, no de la libertad de expresión.

⁵³ Cabe entender que el término «prensa» es utilizado aquí como indicativo de «medios de comunicación» en general, pues lo contrario sería tanto como emplear un lenguaje decimonónico en absoluto coherente con la sociedad actual.

⁵⁴ Obsérvese que si la información se ha revelado antes por otras vías y los medios de comunicación se hacen eco, en un momento posterior, de la información, ello supondrá que decaiga la protección prevista en la Ley 2/2023. Al respecto, DEL REY GUANTER, Salvador: «Revelación pública de ...», *op.cit.*, p. 20.

por las previsiones del Título VII de la Ley 2/2023. Ahora bien, el revelador público deberá tener en cuenta los condicionantes que exige la letra d) del artículo 20.1 CE para hacer un correcto uso de la libertad informativa. Por razones de espacio, no se puede entrar en ellos con detenimiento, así que baste dejarlos reseñados. Así, es jurisprudencia constitucional⁵⁵ perfectamente consolidada y aceptada en todos los ámbitos que el primer presupuesto necesario, pero no suficiente, para que una información sea protegible por el derecho a la información es su trascendencia pública ya sea por razón de la relevancia pública de una persona o por el propio hecho en el que ésta se ve involucrada. Es decir, los hechos sobre los que se informa deben ser hechos que contribuyan a formar una opinión pública libre y plural. *A sensu contrario*, no sería equivalente al interés público, en primer lugar, la simple convergencia de lo que pide el público con la sensibilidad del comunicador para captarlo y ofrecérselo; en segundo lugar, la información que entretiene, escandaliza y mantiene fiel la audiencia; y en tercer lugar, un modo de informar que busque preservar a los poderes públicos del daño que pueda ocasionarles el desvelamiento de sus irregularidades, ya que el interés público informativo no debe cubrir el interés político en general ni el de los grupos políticos en particular⁵⁶.

El segundo requisito es uno al que ya se ha aludido con anterioridad, la veracidad de la información. Al respecto, la STC 6/1988, de 21 de enero, advierte que «cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas –o sencillamente no probadas en juicio– cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose así de la garantía constitucional a quien defraudando el derecho de todos a la información actúe con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre de tal forma que, de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio». Por lo tanto, el Tribunal Constitucional estima

⁵⁵ Entre otras, SSTC 105/1990, de 6 de junio, *a sensu contrario*, 171/1990, de 12 de noviembre, y 219/1992, de 3 de diciembre.

⁵⁶ AZURMEDI, Ana: *Derecho de la información: guía jurídica para profesionales de la comunicación*, 2.ª ed., EUNSA, Pamplona, 2001, p. 79.

que la veracidad debe entenderse, no como verdad objetiva (no existe en una sociedad plural), sino como la responsabilidad del informador en relación con la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto, información, en fin, comprobada de forma diligente, antes de que se difunda, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias.

Ello, además, debe complementarse con la doctrina contenida en la STJUE de 12 de febrero de 2008, asunto Guja v. Moldavia. En esta resolución, el Tribunal sentenció que, para que una persona que denuncia ilícitos pueda beneficiarse del estatuto de *whistleblower*, deben tomarse en consideración una serie de criterios por separado, sin establecer una jerarquía entre ellos ni un orden de examen, como son: el interés público en cuestión, la autenticidad de la denuncia, la admisibilidad de divulgación externa a través de los medios de comunicación *sólo si no fuese posible otro modo de proceder*, la comunicación de la información de buena fe, la existencia de proporcionalidad entre el interés público en la revelación y el derecho del empleador a la protección de su negocio y la adecuación de la sanción aplicada al informante teniendo en cuenta todos los intereses en juego.

Estos criterios han sido empleados –y matizados– posteriormente por la STJUE de 14 de febrero de 2023, asunto Halet v. Luxemburgo para confirmar que se podrá informar de hechos que tengan relevancia pública, aunque para ello tenga que ceder el secreto empresarial. De esta forma, respecto de los canales utilizados para informar, la sentencia considera que, aunque debe darse prioridad al canal de denuncias interno, determinadas circunstancias pueden justificar el uso de la denuncia externa, incluidos los medios de comunicación. En particular, cuando el canal interno no es fiable o es ineficaz, cuando es probable que el denunciante se exponga a represalias o cuando la información pertenece a la esencia misma de la actividad del empleador de que se trate.

Por lo que atañe a la autenticidad de la información revelada, el Tribunal reitera que se trata de un aspecto esencial del análisis y que para que un denunciante obtenga la protección del artículo 10 CEDH debe comportarse responsablemente y verificar, tanto como esté a su alcance, que la información es auténtica y fiable antes de divulgarla. Por su parte, el interés público de la información debe evaluarse a la luz tanto del contenido de la información divulgada como de los objetivos de su divulgación. La evaluación debe necesariamente tener en cuenta los intereses que el deber de secreto o confidencialidad pretende proteger (especialmente cuando la divulgación también afecta a terceros). Teniendo en cuenta el abanico de informaciones de interés público que pueden entrar en el ámbito de la denuncia de irregularidades, el Tribunal indica que el peso del interés público de la información divulgada disminuiría en

función de si la información se refiere a actos o prácticas ilícitas, a actos, prácticas o conductas reprobables o a un asunto que suscita un debate que da lugar a una controversia sobre la existencia o no de un perjuicio para el interés público. Se añade, además, que la información de interés público también puede, en ciertos casos, referirse a la conducta de entidades privadas, como las empresas, y que el concepto en sí de interés público debe evaluarse, de igual modo, a nivel supranacional (europeo o internacional) o en relación con otros Estados y sus ciudadanos.

En cuanto al perjuicio causado, el Tribunal aclara que, más allá del perjuicio exclusivo para el empresario, deben tenerse en cuenta los efectos perjudiciales considerados en su conjunto, en la medida en que éstos pueden afectar a intereses privados (incluidos los de terceros) y públicos, como lo sería el bien económico general o la confianza de los ciudadanos en la equidad y justicia de las políticas fiscales de los Estados.

Finalmente, en cuanto a la gravedad de la sanción, el Tribunal considera que, en función del contenido de la revelación y de la naturaleza del deber de confidencialidad o de secreto violado por ésta, el comportamiento del interesado puede legítimamente constituir una infracción penal⁵⁷.

V. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN: LA PROHIBICIÓN DE REPRESALIAS Y LAS MEDIDAS DE APOYO

La Ley 2/2023 dedica su Título VII a establecer el régimen jurídico de las medidas de protección del informante, distinguiendo entre las medidas contra las represalias (artículos 36 y 38) y las medidas de apoyo (artículos 37 y 41). De igual manera, se contempla la protección de la persona afectada por la revelación de la información (art. 39)⁵⁸ y una serie de supuestos específicos de exención o minoración de la sanción cuando el propio informante hubiese participado en la irregularidad (art. 40)⁵⁹.

⁵⁷ LLOP CARDENAL, Elisa: «Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, enero-abril 2023», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 75, 2023. Disponible en línea en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2023-10/4020211rdce75tribunal-europeo.html#d7e653>.

⁵⁸ Este artículo dispone que «durante la tramitación del expediente las personas afectadas por la comunicación tendrán derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y al derecho de acceso al expediente en los términos regulados en esta ley, así como a la misma protección establecida para los informantes, preservándose su identidad y garantizándose la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento».

⁵⁹ A esta posibilidad de atenuación de la sanción correspondiente ya se ha hecho referencia anteriormente. Concretamente en el subapartado «2. La delimitación subjetiva de la norma», dentro del apartado «II. Ámbito subjetivo y objetivo de la norma: sujetos informantes y tipología de la información».

Por lo que atañe a las represalias, su interdicción resulta necesaria para fomentar esa cultura de la información a la que alude el primer artículo de la norma y para garantizar la efectividad de todo el entramado que teje. Por ello, se prohíben expresamente «los actos constitutivos de represalia, incluidas las amenazas de represalia y las tentativas de represalia contra las personas que presenten una comunicación». Y, para dejarlo aún más claro, se acomete una delimitación del concepto, señalando incluso posibles ejemplos. Así, la represalia se entiende como «cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública». A título enunciativo, se consideran represalias a los efectos de la ley:

a) La suspensión del contrato de trabajo, despido o extinción de la relación laboral o estatutaria, incluyendo la no renovación o la terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal una vez superado el período de prueba, o terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios, imposición de cualquier medida disciplinaria, degradación o denegación de ascensos y cualquier otra modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido. No obstante, todo ello, como no podía ser de otra manera, a salvo de que estas medidas se adopten en el ejercicio regular del poder de dirección por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas y ajenas a la presentación de la comunicación.

b) Daños, incluidos los de carácter reputacional, o pérdidas económicas, coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo.

c) Evaluación o referencias negativas respecto al desempeño laboral o profesional.

d) Inclusión en listas negras o difusión de información en un determinado ámbito sectorial, que dificulten o impidan el acceso al empleo o la contratación de obras o servicios.

e) Denegación o anulación de una licencia o permiso.

f) Denegación de formación.

g) Discriminación, o trato desfavorable o injusto⁶⁰.

⁶⁰ En el ámbito de la Directiva, se ejemplifican como posibles represalias (art. 19): «a) suspensión, despido, destitución o medidas equivalentes; b) degradación o denegación de ascensos; c) cambio de puesto de trabajo, cambio de ubicación del lugar de trabajo, reducción salarial o cambio del horario de

Ahora bien, aunque cierto es que la norma es clara por lo que atañe a la definición del concepto de represalia, no lo es tanto cuando trata de discernir sus efectos. Fíjese que, según el número 5 del artículo 36 Ley 2/2023, «los actos administrativos que tengan por objeto impedir o dificultar la presentación de comunicaciones y revelaciones, así como los que constituyan represalia o causen discriminación tras la presentación de aquellas al amparo de esta ley, serán nulos de pleno derecho y darán lugar, en su caso, a medidas correctoras disciplinarias o de responsabilidad, pudiendo incluir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios al perjudicado». Es decir, la consecuencia de la represalia vehiculizada a través de un acto administrativo es la nulidad total. Pero, ¿y si la represalia no deriva de un acto administrativo, sino de una decisión empresarial? Si se acomete un despido en el seno de una empresa privada por el hecho de que el trabajador ha revelado información, ¿cómo debe calificarse a ese despido, con la nulidad o con la improcedencia? A mi modo de ver, con la nulidad. Por varios argumentos. En primer lugar, porque si se repasa el Preámbulo de la Ley 2/2023, se alude en él a que «la primera medida sea la contundente declaración de prohibir y declarar nulas aquellas conductas que puedan calificarse de represalias y se adopten dentro de los dos años siguientes a ultimar las investigaciones». Siendo esto así, no puede calificarse más que de olvido del legislador el hecho de no citar entre los actos que conllevan la nulidad de las actuaciones otro tipo de decisiones de corte no administrativo, como son las acometidas por el propio empleador. En segundo lugar y anudado a lo anterior, no sería entendible que en el sector público la consecuencia de la represalia fuera la nulidad, mientras que fuera otra distinta en el sector privado. La diferencia, por injustificada, no se sostendría. En tercer lugar, porque bien puede aplicarse lo dispuesto en el artículo 6.3 Código Civil que sostiene, como bien se sabe, que «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». Y, en cuarto lugar, porque si la represalia es una actuación perversa derivada del legítimo uso de

trabajo; d) denegación de formación; e) evaluación o referencias negativas con respecto a sus resultados laborales; f) imposición de cualquier medida disciplinaria, amonestación u otra sanción, incluidas las sanciones pecuniarias; g) coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo; h) discriminación, o trato desfavorable o injusto; i) no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; j) no renovación o terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal; k) daños, incluidos a su reputación, en especial en los medios sociales, o pérdidas económicas, incluidas la pérdida de negocio y de ingresos; l) inclusión en listas negras sobre la base de un acuerdo sectorial, informal o formal, que pueda implicar que en el futuro la persona no vaya a encontrar empleo en dicho sector; m) terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios; n) anulación de una licencia o permiso; o) referencias médicas o psiquiátricas».

la libertad de información⁶¹, ello debe suponer en el ámbito laboral la aplicación de los preceptos estatutarios que asocian a la vulneración de un derecho fundamental la nulidad de la medida de que se trate⁶².

Ahora bien, esta garantía de indemnidad no es ilimitada. Aunque la redacción es manifiestamente mejorable, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 Ley 2/2023, su duración temporal será de dos años, pudiendo prorrogarse «excepcionalmente y de forma justificada» por la autoridad competente «previa audiencia de las personas u órganos que pudieran verse afectados». Habrá que ver qué se entienda aquí por excepcionalidad y en qué casos será admitida y en cuáles no; pero, más allá de eso, otro problema interpretativo se cierne sobre esta previsión, el del *dies a quo* del plazo. Si hay que tener en cuenta lo que señala el Preámbulo de la norma⁶³, los dos años empezarán a contar desde que concluyeran las investigaciones, lo que llevaría a entender plenamente operativo para estos efectos el plazo máximo de tres meses contemplado tanto en el artículo 9.2.d) Ley 2/2023 para las informaciones planteadas por el Sistema interno⁶⁴ como en el artículo 20.3 Ley 2/2023 para las informaciones planteadas por el canal externo⁶⁵. Por lo tanto y en resumidas, el período de indemnidad se iniciaría a partir del momento en que concluyeran dichos plazos o antes si la investigación finalizara con mayor breve-

⁶¹ Como señala la Directiva en su Considerando 31, «las personas que comunican información sobre amenazas o perjuicios para el interés público obtenida en el marco de sus actividades laborales hacen uso de su derecho a la libertad de expresión. El derecho a la libertad de expresión y de información, consagrado en el artículo 11 de la Carta y en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, incluye el derecho a recibir y comunicar informaciones, así como la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación. En consecuencia, la presente Directiva se basa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el derecho a la libertad de expresión y en los principios desarrollados por el Consejo de Europa en su Recomendación sobre protección de los denunciantes adoptada por su Comité de ministros el 30 de abril de 2014». También STJUE de 14 de febrero de 2023, asunto Halet v. Luxemburgo. Todo ello, sin embargo, en el bien entendido, como se ha dicho antes, que el derecho que realmente se ejercita es técnicamente la libertad de transmitir información [art. 20.1.d) CE], no la libertad de expresión.

⁶² Sobre estos argumentos, DE LA PUEBLA PINILLA, Ana: «Ley 2/2023, de Protección de los Informantes. Problemas aplicativos desde...», *op.cit.*, p. 46, GÓMEZ GORDILLO, Rafael: «Aspectos laborales de...», *op.cit.*, p. 274 y SÁEZ LARA, Carmen: «El estatus jurídico de informante tras...», *op.cit.*, p. 66.

⁶³ «De ahí que la primera medida sea la contundente declaración de prohibir y declarar nulas aquellas conductas que puedan calificarse de represalias y se adopten dentro de los dos años siguientes a *ultimar* las investigaciones».

⁶⁴ «Determinación del plazo máximo para dar respuesta a las actuaciones de investigación, que no podrá ser superior a tres meses a contar desde la recepción de la comunicación o, si no se remitió un acuse de recibo al informante, a tres meses a partir del vencimiento del plazo de siete días después de efectuarse la comunicación, salvo casos de especial complejidad que requieran una ampliación del plazo, en cuyo caso, este podrá extenderse hasta un máximo de otros tres meses adicionales».

⁶⁵ «El plazo para finalizar las actuaciones y dar respuesta al informante, en su caso, no podrá ser superior a tres meses desde la entrada en registro de la información. Cualquiera que sea la decisión, se comunicará al informante, salvo que haya renunciado a ello o que la comunicación sea anónima.»

dad⁶⁶. Con todo, esta interpretación podría conducir a situaciones totalmente perniciosas a los efectos que pretende la norma, en tanto que una activación tan tardía de la indemnidad incentivaría al empresario a represaliar al informante, antes incluso de que las investigaciones concluyeran aseverando la realidad de la irregularidad alertada, a fin de evitarse cualquier tipo de reproche sobre su conducta. Por ello, entiendo que otro modo de ver la cuestión es entender factible el adelanto del inicio de la línea de salvaguarda que supone esta peculiar garantía de indemnidad al momento en que se informa –desde luego, con todos los condicionantes legales– de la infracción de que se trate. Después ya habrá tiempo de comprobar si las investigaciones concluyen ratificando la alerta o negando la existencia de la infracción de que se trate; pero lo cierto es que, si no se tutela al informante ya desde ese preciso momento, no tendría sentido todo el entramado normativo que construye la Ley 2/2023 al quedar desvirtuada una de las ideas matrices sobre la que se sustenta: la promoción de la cultura de la información en las organizaciones para prevenir y detectar amenazas al interés público.

Por lo demás, a nivel procesal, se produce una inversión de la carga de la prueba como ocurre, por cierto, en el ámbito laboral, pues le bastará al informante con demostrar «razonablemente que ha comunicado o ha hecho una revelación pública de conformidad con esta ley y que ha sufrido un perjuicio», presumiéndose «que el perjuicio se produjo como represalia por informar o por hacer una revelación pública», mientras que corresponderá «a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados no vinculados a la comunicación o revelación pública» (art. 38.4 Ley 2/2023). Ahora bien, si la alerta se ha producido de forma anónima y da la casualidad de que el empresario le ha impuesto una sanción al trabajador informante desconociendo su condición de tal o si no se ha vulnerado en modo alguno su garantía de confidencialidad, surge la duda de si opera la presunción de la existencia de represalias en estos concretos supuestos. A mi modo de ver, en buena lógica, la ignorancia empresarial de la identidad del trabajador alertador debería ser motivo suficiente para entender que no pueda operar la presunción legal, pero siempre que esa ignorancia quede acreditada. Lo que podrá suceder si el Responsable del Sistema interno de información constata y logra demostrar, en el seno de los correspondientes procedimientos, que en ningún momento se ha vulnerado, por decirlo de esta forma, la cadena de custodia de la información, esto es, que en ningún momen-

⁶⁶ Llega a la misma conclusión, DE LA PUEBLA PINILLA, Ana: «Ley 2/2023, de Protección de los Informantes. Problemas aplicativos desde...», *op.cit.*, p. 48.

to se ha transmitido a terceras personas la identidad del informante ni se ha ocultado información. No obstante, frente a esta interpretación, no se desconoce que puede erigirse justamente la contraria, la que implicaría entender la presunción como *iuris et de iure* y el desconocimiento empresarial como irrelevante, habida cuenta de que la confianza en el Responsable del Sistema se asienta, básicamente, en el propio sentido del deber que éste tenga. De este modo, recuérdese que, como se dijo, ninguna infracción concreta, más allá de la catalogada como leve recogida en la letra a) del artículo 63.3 Ley 2/2023, se ha previsto para la actuación del Responsable del Sistema interno de información, ni ningún procedimiento transparente y en base a criterios de profesionalidad y rigor se ha establecido para su designación y ni tan siquiera se han tomado medidas de protección frente a decisiones de la organización que lo perjudiquen por el hecho de ejercer sus funciones. Por lo tanto, siendo ello así, lo cierto es que escasas garantías específicas y efectivas existen en la norma para que el Responsable del Sistema actúe de forma responsable (e, incluso, no temerosa de sus superiores) a fin de respetar la necesaria confidencialidad o anonimato de la persona informante⁶⁷ y ser ajeno a cualquier interés partidista y de que en el seno de los correspondientes procedimientos no tergiversen los datos y los hechos, por lo que tendría todo el sentido, entonces, la existencia de una presunción como la que aborda la norma interpretada de modo que no admita posibilidad alguna de prueba en contrario.

En cuanto a otras medidas de protección de los informantes, el artículo 38 Ley 2/2023 se encarga de exonerarles de determinadas responsabilidades, a salvo de las penales. Así, se considera que no habrán «infringido ninguna restricción de revelación de información y no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha comunicación o revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública de dicha información era necesaria para revelar una acción u omisión en virtud de esta ley». Advertencia que se hace extensible, de igual modo, a «la comunicación de informaciones realizadas por los representantes de las personas trabajadoras, aunque se encuentren sometidas a obligaciones legales de sigilo o de no revelar información reservada». Tampoco incurrirán «en responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada públicamente, siempre que dicha

⁶⁷ Si no lo hiciera, eso sí, se expondría a la sanción correspondiente por la infracción, catalogada como muy grave, consistente en «vulnerar las garantías de confidencialidad y anonimato previstas en esta ley, y de forma particular cualquier acción u omisión tendente a revelar la identidad del informante cuando este haya optado por el anonimato, aunque no se llegue a producir la efectiva revelación de la misma» (art. 63.1.c Ley 2/2023).

adquisición o acceso no constituya un delito» ni en «cualquier otra posible responsabilidad derivada de actos u omisiones que no estén relacionados con la comunicación o la revelación pública o que no sean necesarios para revelar una infracción». Y, en fin, «en los procesos judiciales, incluidos los relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos empresariales, o a solicitudes de indemnización basadas en el derecho laboral o estatutario», las personas informantes «no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de comunicaciones o de revelaciones públicas protegidas por la misma, [teniendo] derecho a alegar en su descargo y en el marco de los referidos procesos judiciales, el haber comunicado o haber hecho una revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción en virtud de esta ley».

Por su parte, dispone el artículo 36.6 Ley 2/2023 que «la Autoridad Independiente de Protección del Informante podrá, en el marco de los procedimientos sancionadores que instruya, adoptar medidas provisionales en los términos establecidos en el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», lo que lleva a considerar que podrán adoptarse las siguientes medidas provisionales:

- a) La suspensión temporal de actividades
- b) La prestación de fianzas.
- c) La retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, el cierre temporal del establecimiento por estas u otras causas previstas en la normativa reguladora aplicable.
- d) El embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles computables en metálico por aplicación de precios ciertos.
- e) El depósito, retención o inmovilización de cosa mueble.
- f) La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda.
- g) La consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclamen.
- h) La retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones Públicas.
- i) Otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución.

El artículo 37 Ley 2/2023, en fin, contempla una serie de medidas de apoyo para los informantes, «con independencia de la asistencia que pudiera corresponder al amparo de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para la representación y defensa en procedimientos judiciales derivados de la presentación de la comunicación o revelación pública»⁶⁸. Tales medidas son:

a) La información y el asesoramiento completos e independientes, que sean fácilmente accesibles para el público y gratuitos, sobre los procedimientos y recursos disponibles, protección frente a represalias y derechos de la persona afectada.

b) La asistencia efectiva por parte de las autoridades competentes ante cualquier autoridad pertinente implicada en su protección frente a represalias, incluida la certificación de que pueden acogerse a protección.

c) La asistencia jurídica en los procesos penales y en los procesos civiles transfronterizos de conformidad con la normativa comunitaria.

d) El apoyo financiero y psicológico, de forma excepcional, si así lo decidiese la Autoridad Independiente de Protección del Informante tras la valoración de las circunstancias derivadas de la presentación de la comunicación.⁶⁹

VI. RÉGIMEN SANCIONADOR

El Título IX Ley 2/2023 contempla el régimen de infracciones y sanciones aplicables a los efectos de la norma. De esta forma, el artículo 60 comien-

⁶⁸ Esta norma, por cierto, es una de las que se modifican por las disposiciones finales de la Ley 2/2023. De este modo, la disposición final primera añade una nueva letra k) al artículo 2, con la siguiente redacción: «k) Las personas que comuniquen infracciones en los términos de la Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, a la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A. A. I., o a las autoridades autonómicas respectivas, siempre que cumplan las condiciones de protección recogidas en la citada Ley, siempre que cuenten con unos recursos e ingresos económicos brutos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, inferiores a cuatro veces el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de comunicar la información, y exclusivamente para los procedimientos seguidos en cualquier orden jurisdiccional que sean consecuencia directa de la infracción comunicada».

⁶⁹ La prestación de estas medidas de apoyo corresponden a la Autoridad Independiente de Protección del Informante «cuando se trate de infracciones cometidas en el ámbito del sector privado y en el sector público estatal, y, en su caso, por los órganos competentes de las comunidades autónomas, respecto de las infracciones en el ámbito del sector público autonómico y local del territorio de la respectiva comunidad autónoma, así como las infracciones en el ámbito del sector privado, cuando el incumplimiento comunicado se circunscriba al ámbito territorial de la correspondiente comunidad autónoma». Ello «sin perjuicio de las medidas de apoyo y asistencia específicas que puedan articularse por las entidades del sector público y privado» (art. 41 Ley 2/2023).

za advirtiendo que la potestad sancionadora «se llevará a cabo conforme a los principios y con sujeción a las reglas de procedimiento previstas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y la Ley 39/2015, de 1 de octubre», es decir, en virtud de leyes administrativas⁷⁰. Y el artículo 61 complementa lo anterior señalando que el ejercicio de tal potestad sancionadora «corresponde a la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A. A. I., y a los órganos competentes de las comunidades autónomas, sin perjuicio de las facultades disciplinarias que en el ámbito interno de cada organización pudieran tener los órganos competentes». La responsabilidad correspondiente se extiende a «las personas físicas y jurídicas que realicen cualquiera de las actuaciones descritas como infracciones en el artículo 63, (...) incluso aunque haya desaparecido su relación o cesado en su actividad en o con la entidad respectiva». Y, si el infractor es un órgano colegiado, la responsabilidad del mismo «será exigible en los términos que señale la resolución sancionadora», aunque, en todo caso, «quedarán exentos de responsabilidad aquellos miembros que no hayan asistido por causa justificada a la reunión en que se adoptó el acuerdo o que hayan votado en contra del mismo» (art. 62).

Por lo que atañe al catálogo de infracciones, éstas se clasifican en leves, graves y muy graves (art. 63). De esta forma, tienen la consideración de infracciones muy graves:

a) Cualquier actuación que suponga una efectiva limitación de los derechos y garantías previstos en la ley introducida a través de contratos o acuerdos a nivel individual o colectivo y, en general, cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de comunicaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento, incluida la aportación de información o documentación falsa por parte de los requeridos para ello.

b) La adopción de cualquier represalia derivada de la comunicación frente a los informantes o de las demás personas incluidas en el ámbito de protección de la norma⁷¹.

⁷⁰ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁷¹ En cuanto a la posible concurrencia de esta infracción con la prevista en el artículo 8.12 LISOS («Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cum-

c) Vulnerar las garantías de confidencialidad y anonimato y, de forma particular, cualquier acción u omisión tendente a revelar la identidad del informante cuando este haya optado por el anonimato, aunque no se llegue a producir la efectiva revelación de la misma.

d) Vulnerar el deber de mantener secreto sobre cualquier aspecto relacionado con la información⁷².

e) La comisión de una infracción grave cuando el autor hubiera sido sancionado mediante resolución firme por dos infracciones graves o muy graves en los dos años anteriores a la comisión de la infracción, contados desde la firmeza de las sanciones.

f) Comunicar o revelar públicamente información a sabiendas de su falsedad.

g) Incumplimiento de la obligación de disponer de un Sistema interno de información en los términos exigidos legalmente⁷³.

Por su parte, las infracciones graves son las siguientes:

a) Cualquier actuación que suponga limitación de los derechos y garantías previstos en la ley o cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de informaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento que no tenga la consideración de infracción muy grave.

b) Vulnerar las garantías de confidencialidad y anonimato cuando no tenga este hecho la consideración de infracción muy grave.

c) Vulnerar el deber de secreto en los supuestos en que no tenga este hecho la consideración de infracción muy grave.

d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas para garantizar la confidencialidad y secreto de las informaciones.

e) La comisión de una infracción leve cuando el autor hubiera sido sancionado por dos infracciones leves, graves o muy graves en los dos años anteriores a la comisión de la infracción, contados desde la firmeza de las sanciones.

plimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación»), creo que debería entenderse aplicable la prevista en la norma laboral por ser la concretamente específica en la materia, siempre, eso sí, que la información sobre la que se ha alertado haya venido referida a irregularidades en torno a la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación

⁷² Con todo, esta concreta infracción entiendo que debería modularse en atención a lo que dispone la ya citada STJUE de 14 de febrero de 2023, asunto Halet v. Luxemburgo, en la que, si se recuerda, se confirma que se podrá informar de hechos que tengan relevancia pública, aunque para ello tenga que ceder el secreto empresarial.

⁷³ Infracción a la que deberán estar muy atentas las empresas obligadas, pues el hecho causante no ha sido calificado ni de leve, ni de grave, sino de muy grave, con las importantes consecuencias económicas y de otra índole que puede comportar.

Finalmente, son consideradas infracciones leves:

- a) La remisión de información de forma incompleta, de manera deliberada por parte del Responsable del Sistema a la Autoridad, o fuera del plazo concedido para ello.
- b) El incumplimiento de la obligación de colaboración con la investigación de informaciones.
- c) Cualquier incumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley que no esté tipificado como infracción muy grave o grave.

Ciertamente, el legislador no ha estado muy fino, si se permite la expresión, al elaborar este catálogo de infracciones, porque las dudas surgen inmediatamente sobre los supuestos tipificados. Por ejemplo, si la vulneración de la confidencialidad en las informaciones es una infracción muy grave ¿cuándo lo será grave o leve? Si cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de comunicaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento es una infracción muy grave, ¿en qué supuestos concretos los hechos acaecidos podrán ser considerados como infracciones graves o leves? Todo apunta a que tendrán que ser los Tribunales los que arrojen luz sobre esta particular y trascendente cuestión, pero se aprecia, también aquí, la deficiente técnica legislativa que ha empleado el órgano redactor de la norma o, incluso, la rapidez con la que se ha querido transponer la Directiva.

En cualquier caso y sea como fuere, las infracciones descritas pueden, a su vez, graduarse en atención a una serie de diversas circunstancias, precisamente las señaladas en el artículo 66.1 Ley 2/2023. Así, «la reincidencia, la entidad y persistencia temporal del daño o perjuicio causado, la intencionalidad y culpabilidad del autor, el resultado económico del ejercicio anterior del infractor, la circunstancia de haber procedido a la subsanación del incumplimiento que dio lugar a la infracción por propia iniciativa, la reparación de los daños o perjuicios causados y la colaboración con la Autoridad Independiente de Protección del Informante u otras autoridades administrativas».

En cuanto al régimen de prescripción, dispone el artículo 64 Ley 2/2023 que «las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses», comenzando a computarse el plazo «desde el día en que la infracción hubiera sido cometida, aunque en las infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo será la de finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consume». Con todo y en cualquier caso, la prescripción puede interrumpirse «por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador per-

maneciera paralizado durante tres meses por causa no imputable a aquellos contra quienes se dirija».

Por lo que atañe a las sanciones, éstas son fundamentalmente económicas, encontrándose en una horquilla entre los 1.001€ y el millón de euros (art. 65). Con todo, podrán modularse en atención «a la naturaleza de la infracción y las circunstancias concurrentes en cada caso» y, de igual modo, por las variables previstas para las infracciones siempre y cuando esas mismas variables no se hubieran tenido en cuenta para la graduación de la infracción de que se trate (art. 66.2). Adicionalmente y para el caso de infracciones muy graves, la Autoridad Independiente de Protección del Informante podrá acordar también la imposición de otras medidas como la amonestación pública, la prohibición de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales durante un plazo máximo de cuatro años y la prohibición de contratar con el sector público durante un plazo máximo de tres años.

Por lo demás, en fin, el régimen de prescripción de las sanciones lo establece el artículo 68 Ley 2/2023. En ese precepto, se señala que «las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por infracciones graves a los dos años y las impuestas por infracciones leves al año», que el plazo de prescripción de las sanciones «comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción» y que quedará interrumpido por «la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquel está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor».

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZURMEDI, Ana: *Derecho de la información: guía jurídica para profesionales de la comunicación*, 2.^a ed., EUNSA, Pamplona, 2001.
- BLÁZQUEZ AGUDO, Eva: «El desarrollo del canal de denuncias en la Administración Pública en su rol de empleadora», en AA. VV.: *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 289 a 312.
- DE LA PUEBLA PINILLA, Ana: «Ley 2/2023, de Protección de los Informantes. Problemas aplicativos desde una perspectiva laboral», *Labos*, vol. 4, núm. extraordinario, pp. 32-49.

- DEL REY GUANTER, Salvador: «La relación entre las vías de comunicación de las infracciones en la Ley 2/2023 de Protección del informante desde la perspectiva de la persona trabajadora y su empleadora», *IusLabor*, núm. 2, 2023, pp. 8-30.
- «Revelación pública de infracciones cometidas por la empresa y ejercicio de la libertad de información por la persona trabajadora en cuanto informante. Criterios a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional», *Labos*, vol. 4, núm. 3, 2023, pp. 15-45.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús: «La tutela del whistleblower: principios generales de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 230, 2024, pp. 1-5.
- GÓMEZ GORDILLO, Rafael: «Aspectos laborales de la Ley de Protección de personas informantes», *Temas Laborales*, núm. 168, 2023, pp. 251-276.
- GOÑI SEIN, José Luis: «Canal de denuncias en la empresa y protección de datos», en AA. VV.: *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 231-261.
- LLOP CARDENAL, Elisa: «Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, enero-abril 2023», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 75, 2023, pp. 399-445.
- SÁEZ LARA, Carmen: «El estatus jurídico de informante tras la Ley 2/2023 de protección de las personas informantes y de lucha contra la corrupción», *Labos*, vol. 4, núm. 3, pp. 46-69.
- SIERRA-RODRÍGUEZ, Javier: «Los sistemas internos de información en la Ley 2/2023 de Protección de personas informantes: un análisis jurídico ante su inmediata exigibilidad», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 24, 2023, pp. 70-98.

DELITOS SOBRE EMPLEO E INMIGRACIÓN

CONTRATACIÓN IRREGULAR DE EXTRANJEROS Y MENORES (CP ART. 311 BIS)

ANA I. PÉREZ CAMPOS

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. Introducción. II. Contexto y marco normativo. 1. El artículo 311 bis del Código Penal. Origen y evolución. 2. El Código Penal y su relación con el Derecho del Trabajo. A) Intersección entre el Derecho Penal y el Derecho Laboral B) Relevancia de la sanción penal en el ámbito laboral. III. Tipificación del delito. 1. Elemento subjetivo. A) Sujeto activo: empleador. B) Sujeto pasivo: extranjero en situación irregular y menores. 2. Elemento Objetivo. Empleo u ocupación de ciudadanos extranjeros o menores sin permiso de trabajo. A) Empleo y ocupación. B) Reiteración. C) Intencionalidad. IV. Penas y sanciones 1. Detalle de las penas establecidas en el artículo 311 bis. 2. Criterios judiciales en la aplicación de las Penas. 3. Diferenciación y superposición de penas en la contratación ilegal de extranjeros en el Código Penal: Una cuestión pendiente. V. Eficacia y aplicación del artículo 311 bis del Código Penal. 1. Impacto del artículo 311 bis en la reducción de la contratación irregular. 2. Efecto disuasorio de las sanciones penales y administrativas. 3. Propuestas de reforma legislativa y efectividad del artículo 311 bis. VI. Reflexión final. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La migración internacional ha experimentado un crecimiento significativo en las últimas décadas. En un mundo caracterizado por la movilidad y la interconexión, la migración laboral se ha convertido en una constante. España, como muchos otros países, recibe a ciudadanos extranjeros en busca de oportunidades de empleo. Sin embargo, esta realidad también plantea desafíos legales y sociales, especialmente cuando se trata de aquellos que se encuentran en situación irregular.

La contratación de mano de obra extranjera, sin las debidas autorizaciones, no solo vulnera los derechos de los trabajadores afectados, sino que también distorsiona el mercado laboral, fomentando condiciones de explotación y competencia desleal. Del mismo modo, el empleo de menores de edad sin autorización atenta contra los principios básicos de protección a la infancia y adolescencia.

Las cuestiones migratorias constituyen un tema de actualidad y debate de las agendas políticas, tanto de los Estados nacionales como de numerosas organizaciones internacionales. La Unión Europea (UE) no queda al margen de esta realidad y, desde hace algunos años, la migración y los fenómenos asociados a ella han encontrado su espacio en la compleja y amplia dinámica del proceso de integración europea, convirtiéndose en un fenómeno internacional permanente -de dimensiones y escala sin precedentes- y en uno de los desafíos más visibles de la globalización.

A lo largo de la historia, Europa ha sido un continente marcado por movimientos migratorios muy acusados¹. Si se examinan los datos resulta evidente que estos flujos migratorios tienen un carácter ambivalente: se vienen considerando al mismo tiempo como un problema social y como una solución a las tendencias demográficas de la UE². Esta situación tiene especial incidencia en lo que refiere a la inmigración, en la medida en que supone para Europa tanto una oportunidad como un desafío. A pesar de que los inmigrantes son necesarios para cubrir las lagunas de mano de obra de la UE, donde la población autóctona envejece y la tasa de natalidad disminuye, la fuerte crisis que atraviesa Europa en esta materia hace necesario el poner freno a la inmigración irregular y cooperar con otros países para organizar la repatriación

¹ CASADO LÓPEZ, M.^a Luisa: «Inmigración y políticas de regularización en la Unión Europea», *Inmigración y Derechos de ciudadanía*, Colección Monografías, Ed. Fundación CIDOB, Barcelona, 2006, p. 29.

² ARGEREY VILAR, Patricia.: «La política de inmigración en la Unión Europea», *Documento de Trabajo núm. 4, 2001*, Universidad San Pablo CEU, Madrid, 2001, p. 4.

voluntaria de inmigrantes. Y ello a pesar de que toda la política comunitaria de inmigración se basa, desde hace varios años, en conseguir un justo equilibrio entre permitir el acceso legal a su territorio de ciudadanos de terceros Estados y reforzar las medidas de lucha contra la inmigración ilegal y la delincuencia transfronteriza y el retorno es una de las medidas que contribuye a su consecución³.

Para ilustrar la magnitud de este problema, consideremos algunos datos estadísticos recientes. Según el informe de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), en 2022 se estimaba que aproximadamente 250.000 ciudadanos extranjeros trabajaban en España en situación irregular. Esta cifra representa una fracción significativa de la fuerza laboral migrante en el país, lo que evidencia la extensión de esta práctica ilegal. Asimismo, datos del Ministerio de Trabajo y Economía Social de España indican que, en el mismo año, se detectaron más de 2.500 casos de menores de edad trabajando sin el correspondiente permiso, lo que subraya la vulnerabilidad de este grupo y la necesidad de una protección jurídica efectiva.

En un contexto europeo, el empleo de trabajadores en situación irregular también es una preocupación significativa. De acuerdo con el informe de 2022 de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), España se encuentra entre los países de la UE con mayores tasas de empleo irregular de migrantes, junto con Italia y Grecia. En promedio, se estima que un 13% de la fuerza laboral migrante en la UE trabaja sin los permisos necesarios, con España presentando cifras ligeramente superiores a la media europea. Estos datos subrayan la necesidad urgente de medidas efectivas y coordinadas a nivel nacional y europeo para abordar esta problemática⁴.

Por otra parte, la contratación de menores es otra realidad. Según datos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y UNICEF, en 2020 había aproximadamente 16.5 millones de niños de entre 5 y 17 años involucrados en trabajo infantil en Europa y Asia Central, lo que representa un 4.1% de la población infantil en estas regiones⁵. La mayoría de estos niños trabajan en condiciones peligrosas que afectan su salud, educación y desarrollo⁶. La comunidad internacional tiene la misión de proteger a los niños de la explotación y el

³ La Comunicación de la Comisión relativa a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales de 14 de octubre de 2002 [COM(2002)564 final]. Comunicación sobre una política común de emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos de 17 de junio de 2008 [COM (2008) 359 final] que refiere a políticas de retorno sostenibles y eficaces.

⁴ <https://fra.europa.eu/es/publication/2022/fundamental-rights-report-2022-fra-opinions>.

⁵ OIT y UNICEF, *Trabajo infantil: Estimaciones mundiales 2020, tendencias y el camino a seguir*, 2021, p. 23.

⁶ <https://www.unicef.es/causas/trabajo-infantil>.

abuso, entre otras cosas poniendo fin al trabajo infantil. En la meta 8.7 del objetivo 8 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible se exhorta específicamente a adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas contemporáneas de esclavitud y la trata de personas y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados, y, de aquí a 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas⁷.

En España, la incidencia del trabajo infantil es menor comparada con otras regiones, pero sigue siendo una preocupación. Las cifras exactas pueden variar, pero se estima que miles de menores están involucrados en actividades laborales, especialmente en sectores informales. Las inspecciones de trabajo han identificado casos de menores trabajando sin las condiciones adecuadas, destacando la necesidad de una vigilancia constante y políticas efectivas para erradicar esta práctica⁸.

Ante la panorámica descrita, el artículo 311 bis del Código Penal representa una pieza clave en la legislación destinada a proteger los derechos de los trabajadores y combatir el empleo ilegal. Este precepto penal establece sanciones para aquellos que, de manera reiterada, empleen o den ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo, así como a menores de edad sin la debida autorización laboral. La importancia de este artículo radica no solo en la protección de los trabajadores vulnerables, sino también en la regulación de prácticas laborales que pueden derivar en explotación y abuso.

Abordar el análisis del artículo 311 bis desde una perspectiva penal y laboral es esencial por varias razones.

En primer lugar, permite identificar y evaluar las consecuencias laborales de las prácticas ilegales sancionadas penalmente. La contratación de trabajadores sin los permisos necesarios no solo infringe la normativa penal, sino que también afecta negativamente a las condiciones laborales y los derechos de los empleados, creando un entorno de precariedad y explotación.

En segundo lugar, este enfoque facilita la comprensión de las responsabilidades y obligaciones de los empleadores. La conjunción derecho penal y la legislación laboral, impone un marco de deberes que los empleadores deben cumplir para garantizar un entorno de trabajo legal y seguro. Este análisis tam-

⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, 21 de octubre de 2015, A/RES/70/1.

⁸ Véase, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 en una ventana nueva, para consultar los principales datos disponibles sobre la situación de la infancia en España y en las Comunidades y Ciudades Autónomas. <https://observatoriodelainfancia.mdsocialesa2030.gob.es/estadisticas/estadisticas/home.htm>. También, <https://www.unicef.es/causas/trabajo-infantil>.

bién resalta la necesidad de implementar medidas preventivas y de cumplimiento dentro de las organizaciones para evitar incurrir en estas prácticas ilegales.

El presente estudio tiene como objetivo analizar el artículo 311 bis del Código Penal y su impacto jurídico-laboral. A través de este análisis, se pretende destacar la necesidad de un enfoque integral que contemple tanto los aspectos penales como laborales para una protección efectiva de los derechos de los trabajadores.

II. CONTEXTO Y MARCO NORMATIVO

1. El artículo 311 bis del Código Penal: Origen y evolución

El delito de contratación de extranjeros en situación irregular y de menores fue aprobado en 2015, en virtud de la Ley Orgánica 1/2015 del 30 de marzo, reformadora del Código Penal de 1995. La aprobación del citado precepto fue impulsada, según la doctrina penalista, para proteger los derechos laborales y combatir la explotación, aunque el legislador no haya explicado explícitamente sus razones⁹.

Esta modificación busca incrementar las sanciones, clarificar las definiciones y asegurar la responsabilidad de las personas jurídicas, haciendo de este artículo una herramienta crucial para la regulación del empleo irregular en España. Sin embargo, los delitos de contratación ilegal también están tipificados en otros preceptos del Código Penal, lo que ha generado controversia y confusión en su aplicación debido a la reiteración de conductas delictivas similares en dos preceptos legales¹⁰; por ello, algunos autores han venido señalando que «los delitos de contratación ilegal están regulados con cierta anarquía sistemática en los artículos 311.2.º y 311 bis»¹¹.

La aprobación de este nuevo precepto se produjo para completar la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2009/52/CE de 18 de junio de 2009, que establece normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación

⁹ NAVARRO CARDOSO, Fernando.: «El delito de contratación ilegal del artículo 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo», en DE LA CUESTA AGUADO, Paz M et alii (coord.), *Liber amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. H.c. Juan M.ª Terradillos Basoco, Tirant lo Blanch*, Valencia, 2018, p. 1049.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María: «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XLI, 2021, p. 29.

irregular¹². La directiva introducía sanciones mínimas para los empleadores que contraten ilegalmente a nacionales de terceros países y buscaba asegurar condiciones de trabajo justas y seguras para los migrantes legales. La Directiva 2009/52/CE fue correctamente transpuesta al derecho español también a través de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y sus sucesivas reformas, así como a través de modificaciones en el Código Penal y otras normativas complementarias¹³.

La citada norma europea busca disuadir el empleo ilegal y proteger los derechos de los trabajadores, respetando al mismo tiempo los derechos fundamentales y los principios de la UE¹⁴. La directiva subraya la ineficacia de las sanciones administrativas previas y, por lo tanto, la necesidad de «disuadir a ciertos empleadores de actitudes poco éticas» a través de la implementación de sanciones penales (Considerando 21).

En otros términos, la norma tiene por finalidad combatir la inmigración clandestina, prohibiendo que las empresas empleen a nacionales de terceros países en situación irregular. Sin embargo, excluye a aquellos con una orden de expulsión aplazada y permiso de trabajo válido, siempre que la orden de expulsión no sea ejecutada, momento en el cual el extranjero deberá abandonar el país para no caer en la irregularidad¹⁵.

El artículo 9 de la citada directiva califica como delictiva la infracción de la prohibición de contratar a menores si es intencionada y constituye un delito en cada una de las siguientes circunstancias: infracción continuada o persistente, empleo simultáneo de trabajadores extranjeros en situación irregular, condiciones laborales particularmente abusivas, y conocimiento del empleador de la situación irregular del trabajador. Por su parte, el artículo 10 de la mencionada señala que los estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las personas físicas que cometan estos delitos sean objeto de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias.

¹² DOU de 30 junio 2009. L168/24.

¹³ La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, fue modificada para incluir disposiciones específicas sobre sanciones a empleadores que contraten a nacionales de terceros países en situación irregular. Esto incluye sanciones económicas, la obligación de pagar salarios atrasados y cotizaciones sociales, así como posibles exclusiones de subvenciones y ayudas públicas (BOE de 12 enero 2000).

¹⁴ El artículo 3 de la citada directiva relativo a la prohibición del empleo ilegal establece «Los Estados miembros prohibirán el empleo de nacionales de terceros países en situación irregular.

2. La infracción de esta prohibición será objeto de las sanciones y medidas establecidas en la presente Directiva».

¹⁵ ROJO TORRECILLA, Eduardo.: «Lucha contra la inmigración irregular en la Unión Europea y sanciones a los empleadores», 2009.<http://www.eduardorjotorrecilla.es/2009/07/lucha-contra-la-inmigracion-irregular.html>

En consecuencia, los artículos 9 y 10 de la Directiva 2009/52/CE establecen un marco para la implementación efectiva de sanciones y medidas contra el empleo ilegal de nacionales de terceros países en la UE. El artículo 9 se centra en la necesidad de realizar inspecciones adecuadas y proporcionales basadas en una evaluación de riesgos, mientras que el artículo 10 promueve la cooperación y el intercambio de información entre los Estados miembros y con la Comisión Europea. Estos preceptos buscan asegurar una aplicación uniforme y eficiente de la Directiva, contribuyendo a la reducción del empleo irregular y al fortalecimiento de las políticas migratorias en la Unión Europea.

En otro orden de consideraciones, el artículo 311 bis del Código Penal, siguiendo el mandato europeo, establece penas de prisión de tres a dieciocho meses o multas de doce a treinta meses para quien «a) reiteradamente emplee o dé ocupación a extranjeros sin permiso de trabajo, o b) emplee a menores de edad en la misma situación». Es notable que se haya introducido una modificación en 2015 cuando aún no se había evaluado completamente el impacto de la reforma de 2012 en el artículo 311 apartado 2 del CP, que ya cubría algunos de los casos penales del artículo 311 bis. Además, resulta sorprendente que se siga utilizando el término «permiso» para referirse a la autorización de trabajo de extranjeros, un término en desuso desde la reforma de la LO 4/2000 por la LO 14/2003 (LOEx)¹⁶.

La reforma es principalmente simbólica y tiene efectos paradójicos pues tanto la LISOS en su artículo 37 como la LOEx en su artículo 54.d) ya penalizan la contratación de trabajadores extranjeros sin la autorización previa de residencia y trabajo. Según la legislación de extranjería, la contratación irregular de un trabajador constituye una infracción a menos que sea considerado un delito. La aplicación del artículo 311 bis del Código penal podría beneficiar al empleador, cambiando de una multa administrativa de entre 10.001 y 100.000 € por cada trabajador a una sanción única que puede ser una multa de entre doce y treinta meses¹⁷. De ahí que la reforma en este punto apenas trascienda el nivel simbólico, ya que las conductas convertidas en delito encontraban castigo relevante en la aplicación de la LISOS. En algunos casos, la pena correspondiente al delito puede ser inferior a la sanción que le correspondería de haberse considerado la conducta una infracción administrativa, en la medida en que ha sido una pauta común que los tribunales impongan multas basándose en cantidades mínimas¹⁸.

¹⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan María.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática...», *ob.cit.*, p. 35

¹⁷ *Ibidem*, p. 30

¹⁸ STS Sala de lo penal de 5 de noviembre de 2019 (ECLI: ES: TS:2019:3660): condena en instancia de intermediario/empresario agrícola, cuota de 8 euros/día; STS, Sala de lo penal de 28 de agosto de 2017

La superposición de lo penal y lo administrativo exige que el aplicador de la norma recurra a criterios delimitadores no suministrados por el legislador. En concreto, la lesividad material –en el sentido de resultado de lesión o de peligro– de los derechos de los trabajadores debe constituir el primero de esos criterios¹⁹.

Por otra parte, también hay que destacar la relación entre dos preceptos similares en el código penal, el artículo 311 bis objeto de este estudio y el artículo 312.2. Ambos preceptos tienen la misma estructura: elevan al plano penal conductas de contratación ilegal ya sancionadas en el ámbito administrativo. La sanción establecida puede ser una pena de prisión de 3 a 18 meses o una multa de 12 a 30 meses, siendo estas penas considerablemente inferiores a las máximas previstas en el artículo 311 del Código Penal. Además, el mismo artículo aclara que su aplicación es subsidiaria. En este sentido, en lo que respecta a los trabajadores extranjeros, gran parte del contenido de este precepto se solapa con lo estipulado en el artículo 312.2, que se aplicará de manera preferente debido a esta cláusula de subsidiariedad.

Por todo ello, la doctrina académica penalista consideró que independientemente de lo acertado de algunas de las reformas incorporadas en el nuevo código penal, otras se convirtieron en una yuxtaposición amalgamada de delitos y penas de difícil manejo para los operadores jurídicos²⁰.

No obstante, la aprobación del artículo 311 bis del Código Penal en virtud de la Ley Orgánica 1/2015 incorporó como delito la contratación de menores sin permiso de trabajo, que se constituye por una única acción de empleo hacia un menor, a diferencia de lo que sucede con los ciudadanos extranjeros.

2. El Código Penal y su relación con el Derecho del Trabajo

A) INTERSECCIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO LABORAL

El Derecho penal y el Derecho laboral, aunque son distintas ramas del ordenamiento jurídico, tienen múltiples puntos de intersección, especialmente

(Ecli: ES: TS:2017:3389): ganaderos, propietarios de rebaño de rebaño de 1600 ovejas y algo más de 100 cabras, cuota 10 euros/ día; STS, sala de lo penal de 5 de abril de 2017 (Ecli: ES: TS:2017:1303): administrador, socio y propietario de sociedades mercantiles, entre ellas empresa Municipal de Aguas de Córdoba, cuota 25/euros día; STS, sala de lo penal de 20 de febrero de 2020 (Ecli: ES: TS:2020:595): empresarios titulares de varios «clubes de alterne», cuota 10 euros/día, etc.

¹⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática...», *ob.cit.*, p. 30

²⁰ *Ibidem*.

en la protección de los derechos de los trabajadores y la sanción de conductas ilícitas por parte de empleadores y empleados. La intersección entre el derecho penal y el derecho laboral se manifiesta claramente en la función de la legislación penal de complementar las normativas laborales para ofrecer una protección robusta a los derechos de los trabajadores.

Esta sinergia es especialmente visible en disposiciones como el artículo 311 bis del Código Penal, que establece un marco punitivo específico para la contratación ilegal de trabajadores sin el permiso de trabajo adecuado, reflejando un enfoque más riguroso hacia las violaciones laborales que van más allá de la mera infracción administrativa.

La doctrina académica en la materia considera el derecho penal laboral como un entramado de normas que no solo castiga, sino que principalmente busca prevenir la ocurrencia de infracciones laborales. Este «Derecho penal laboral» es visto como una extensión natural del derecho laboral que incursiona en el ámbito penal para garantizar la efectividad de las normas protectoras de los trabajadores. Este enfoque se justifica plenamente en casos donde las violaciones de los derechos laborales son tan graves que afectan la dignidad y seguridad del trabajador, requiriendo una respuesta más firme que la mera sanción administrativa²¹.

Con independencia de la atención más o menos intensa dedicada por la doctrina laboralista o penalista a esta rama del Derecho²², resulta indiscutible que habrá que esperar hasta 1995 para que un Código Penal incorpore un título independiente relativo a los delitos contra los derechos de los trabajadores. De esta forma se reivindica un espacio propio de regulación y la concepción del trabajador como sujeto de derechos merecedores de tutela penal.

El título XV del Código Penal, que incluye los artículos 311 a 318, tipifica una amplia variedad de conductas que van desde los abusos y fraudes en la contratación y el empleo, a ciertos comportamientos que lesionan derechos

²¹ CEINOS SUÁREZ, Ángeles.: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.253/2022. BIB 2022\1775, p. 5.

²² BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS, Juan M.: «Derecho penal del trabajo: una reflexión a partir de la experiencia normativa española», *Revista latinoamericana de Derecho Social*, n.º 7, julio-diciembre, 2008, Universidad Autónoma de México, México, 2008, p. 4 señalan que «la reflexión sobre la pertinencia del Derecho penal del trabajo debe centrarse en analizar la relevancia de los bienes jurídicos afectados (principio de lesividad), la trascendencia de los ataques que sufren (carácter fragmentario del derecho penal), las limitaciones de los instrumentos pre-penales de protección (el derecho penal como ultima ratio) y, finalmente, las características propias del ámbito laboral que pueden aconsejar un tratamiento penal específico de los comportamientos nacidos en su seno (principio de prevención).

BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS, Juan M.: «Derecho penal del trabajo: una reflexión a partir de la experiencia normativa española...», *ob.cit.*, p. 4.

básicos del trabajador²³. Estas normativas están diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los trabajadores y asegurar un entorno de trabajo seguro y justo. Así, el Artículo 311 bis del Código Penal sanciona a aquellos que contraten de manera reiterada a extranjeros sin permiso de trabajo o a menores de edad sin la debida autorización, protegiendo así a estos grupos vulnerables de la explotación laboral.

El Código Penal también aborda delitos relacionados con la seguridad y salud en el trabajo. El Artículo 316 establece sanciones para aquellos que, con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, pongan en peligro grave la vida, salud o integridad física de los trabajadores. Esta intersección subraya la importancia de las normativas penales en la promoción de un ambiente de trabajo seguro, obligando a los empleadores a cumplir con las regulaciones de salud y seguridad para evitar sanciones penales.

B) RELEVANCIA DE LA SANCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO LABORAL

La relevancia de las normas penales en el ámbito laboral se hace evidente a través de la aplicación de artículos como el 311 bis del Código Penal. Este artículo no solo refleja un compromiso con la protección de los derechos laborales, sino que también subraya la importancia de la integración de estrategias penales en la lucha contra las prácticas laborales injustas. La dualidad de sanciones administrativas y penales sirve para crear un marco disuasorio eficaz que promueve el cumplimiento de la ley en un sector donde los abusos pueden tener impactos profundos y duraderos en la vida de los trabajadores. Las normas penales tienen una función preventiva y disuasoria en el ámbito laboral. Al establecer sanciones claras y severas para conductas ilícitas, como la contratación de trabajadores sin los permisos adecuados o la violación de las normas de seguridad laboral, el derecho penal disuade a los empleadores de incurrir en prácticas ilegales. Este efecto disuasorio es crucial para mantener la integridad y equidad en el mercado laboral.

Este enfoque preventivo y disuasorio del derecho penal en el contexto laboral es crucial, especialmente cuando se enfrentan situaciones que van más allá de la mera infracción administrativa y se adentran en el territorio de abusos significativos que afectan la dignidad y los derechos fundamentales de los trabajadores.

²³ CEINOS SUÁREZ, Ángeles.: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo...», *ob. cit.*, p. 6.

Las disposiciones penales en el ámbito laboral son especialmente relevantes para la protección de grupos vulnerables, como los menores y los trabajadores extranjeros. Estas normativas aseguran que los empleadores que exploten a estos grupos enfrenten consecuencias penales, lo que contribuye a la protección de los derechos humanos y laborales. Por ejemplo, la protección de menores en el trabajo está reforzada por sanciones penales que prohíben su empleo en trabajos peligrosos y garantizan su derecho a la educación y el desarrollo adecuado.

La inclusión de sanciones penales en las leyes laborales también fortalece el cumplimiento de las normas laborales. Las autoridades laborales pueden utilizar estas herramientas para sancionar a los infractores, lo que garantiza que las leyes laborales no sean meramente simbólicas, sino efectivamente aplicables. Esto se refleja en la capacidad de las inspecciones de trabajo para identificar y sancionar prácticas ilegales, como la contratación de menores o extranjeros sin permiso de trabajo, utilizando las disposiciones del Código Penal.

La aplicación de las normativas penales en el ámbito laboral ha sido objeto de diversos casos de jurisprudencia, donde los tribunales han impuesto sanciones a empleadores por violaciones graves de las leyes laborales. Estos casos sirven como precedentes importantes y refuerzan la seriedad con la que se deben tomar las normativas laborales y penales. Un ejemplo notable es la jurisprudencia relativa al artículo 311 bis del Código Penal, donde se han impuesto sanciones significativas a empleadores por la explotación laboral de extranjeros y menores²⁴.

Desde una perspectiva más amplia, la inclusión de sanciones penales responde a una necesidad social de reforzar la seriedad con la que se tratan las infracciones laborales. Al contemplar penas de prisión y multas severas, el legislador envía un mensaje claro sobre la inaceptabilidad de explotar a trabajadores vulnerables, especialmente en contextos donde los empleados pueden carecer de los medios necesarios para defenderse por sí mismos. Esto es particularmente pertinente en el caso de trabajadores extranjeros, quienes pueden enfrentarse a barreras adicionales como la falta de conocimiento del idioma y del sistema legal, haciéndolos más susceptibles a abusos.

En conclusión, la intersección del derecho penal con el derecho laboral a través de artículos como el 311 bis del Código Penal destaca una evolución en la legislación laboral que reconoce la necesidad de enfoques legales más inte-

²⁴ Uno de los casos más relevantes sobre la aplicación de las normas penales en el ámbito laboral es la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero de 2016 (Rec. 10011/2015) en la que se dictó la primera condena en España por responsabilidad penal de una persona jurídica en relación con la contratación de extranjeros en situación irregular.

grados y robustos. Esta sinergia entre las dos ramas del derecho no solo fortalece la protección de los trabajadores, sino que también promueve una cultura de cumplimiento y respeto por la legalidad en el ambiente laboral, subrayando la relevancia de las normativas penales como un pilar fundamental en la defensa de los derechos laborales. Las normas penales actúan como un complemento crucial de las leyes laborales, proporcionando herramientas efectivas para prevenir y sancionar conductas ilícitas en el ámbito laboral.

III. TIPIFICACIÓN DEL DELITO

En el análisis del artículo 311 bis del Código Penal es fundamental desglosar y comprender los elementos que configuran este delito, para poder evaluar adecuadamente su aplicación y las implicaciones legales que conlleva; de ahí que sea necesario analizar la tipificación del delito conforme a dos dimensiones esenciales: el elemento subjetivo y el elemento objetivo de la conducta delictiva.

El elemento subjetivo del delito se refiere a los participantes directos en la conducta delictiva, diferenciándose claramente entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. El elemento objetivo del delito se centra en la descripción concreta de las acciones que constituyen la conducta delictiva tipificada en el artículo 311 bis.

1. Elemento subjetivo:

A) SUJETO ACTIVO. EMPLEADOR

El sujeto activo del delito tipificado en el artículo 311 bis del Código Penal es la persona o entidad que comete la acción delictiva de emplear a ciudadanos extranjeros o menores que carezcan del permiso de trabajo. Este sujeto puede ser tanto una persona física como una persona jurídica.

En primer lugar, las personas físicas que pueden incurrir en este delito son aquellos individuos que, en su calidad de empleadores, contratan a ciudadanos extranjeros sin el debido permiso de trabajo²⁵, lo que incluye a cualquier

²⁵ STSJ de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, de 4 de marzo de 2020, (Rec. 206/2019) señala que sujeto activo del delito es el empresario o persona que, en la práctica, realiza la contratación y gestión de los trabajadores en situación irregular. Es decir, la persona que tiene la capacidad y responsabilidad de

empleador que realice dicha contratación, independientemente del sector en el que opere, ya sea agrícola, industrial, de servicios, doméstico, entre otros. Además, los representantes legales y directivos de empresas también pueden ser sujetos activos del delito si deciden o consienten la contratación ilegal de extranjeros. Estos individuos actúan en nombre de la empresa, pero son responsables personalmente si participan activamente en la decisión de contratar sin permisos.

A este respecto la doctrina judicial ha venido matizando que para ser sujeto activo del delito no es preciso ostentar la condición de empresario o tener la titularidad del negocio, conceptos a los que ni siquiera implícitamente se refiere el tipo, bastando con tener, de hecho, la facultad de «emplear o dar ocupación» a un trabajador. Aun en el caso de que la persona que le de ocupación o contrate no sea la titular del negocio, se aplicaría la responsabilidad penal a título de autora por actuación en nombre de otro²⁶. Por su parte, la Audiencia Provincial de Segovia establece claramente que el sujeto activo puede ser tanto una persona física como una persona jurídica a través de sus representantes²⁷.

El definitiva, sujeto activo en el delito del artículo 311 bis del Código Penal es el empresario o gestor que, de manera continuada y sistemática, incumple sus obligaciones laborales y de seguridad social, perjudicando los derechos de los trabajadores²⁸.

En segundo lugar, las personas jurídicas, es decir, las empresas, también pueden ser consideradas sujetos activos del delito. La responsabilidad penal de la empresa surge cuando la contratación ilegal de extranjeros se realiza bajo su nombre y con su beneficio. La empresa puede ser sancionada si se demuestra que no ha establecido las medidas de vigilancia y control necesarias para prevenir la comisión del delito por parte de sus empleados o directivos.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha analizado la responsabilidad empresarial por la contratación reiterada de ciudadanos extranjeros sin los permisos de trabajo necesarios²⁹ y subraya dos requisitos clave para apreciar la mencionada responsabilidad penal de una persona

cumplir con las obligaciones laborales y de seguridad social, pero que, de forma deliberada y reiterada, opta por no hacerlo.

²⁶ STSJ de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, de 4 de marzo de 2020, (Rec. 206/2019).

²⁷ SAP de Segovia, Sentencia 18/2022, de 28 de septiembre de 2022 (Rec. 17/2021).

²⁸ SAP de Segovia, de 28 de septiembre de 2022 (Rec. 17/2021). También la SAP de Huesca, de 4 de junio de 2022 (Rec. 207/2022). La SAP de Almería, de 10 de mayo de 2019 (Rec. 64/2018).

²⁹ STS, sala de lo penal, 639/2017 de 28 de septiembre de 2017 (Rec. 1789/2016) reafirma la responsabilidad de los directivos y gerentes de empresas que, a través de su acción u omisión, faciliten la contratación ilegal de trabajadores extranjeros

jurídica: la comisión de un delito por una persona física que sea integrante de la persona jurídica y la falta de medidas de vigilancia y control para prevenir la comisión de delitos. El Tribunal Supremo destacó que la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica se basa en la existencia de una «cultura de respeto al derecho» dentro de la empresa, manifestada a través de sistemas efectivos de vigilancia y control, destacándose la necesidad de que las empresas mantengan estos sistemas de control interno para prevenir estas conductas. Por tanto, la responsabilidad penal puede recaer tanto en los directivos y administradores de las empresas como en la propia entidad jurídica cuando no se han implementado medidas de vigilancia y control adecuadas.

En definitiva, el sujeto activo del delito de contratación de extranjeros sin permiso de trabajo del artículo 311 bis del Código Penal incluye tanto a personas físicas como jurídicas. La responsabilidad penal puede recaer en empleadores individuales, representantes legales y directivos de empresas, así como en las propias entidades jurídicas.

B) SUJETO PASIVO: EXTRANJERO EN SITUACIÓN IRREGULAR Y MENORES

El sujeto pasivo, afectado directo por las acciones del empleador, se divide en dos categorías principales: los trabajadores extranjeros en situación irregular y los menores de edad.

Los trabajadores extranjeros en situación irregular son aquellos que carecen de la autorización necesaria para desempeñar actividades laborales en España. Estos individuos se encuentran en una situación de vulnerabilidad, ya que la falta de autorización legal para trabajar los expone a condiciones laborales precarias y a la explotación. La protección de estos trabajadores es uno de los objetivos centrales del artículo 311 bis, que busca asegurar que los empleadores no se aprovechen de la situación irregular de los extranjeros para imponerles condiciones de trabajo injustas o abusivas.

Además de los extranjeros sin permiso de trabajo, los menores de edad también pueden ser sujetos pasivos de este delito. La legislación española establece que los menores de 16 años no pueden ser empleados, salvo en casos excepcionales como la participación en espectáculos públicos, siempre que se cuente con la autorización de la autoridad laboral y se respeten condiciones específicas que garanticen su bienestar y desarrollo. Los menores de 16 a 18 años pueden trabajar, pero con restricciones y requerimientos adicionales, como la necesidad de consentimiento de sus padres o tutores y la prohibición

de realizar trabajos peligrosos o insalubres. La contratación de menores sin cumplir con estas normativas también constituye un delito según el artículo 311 bis. La consideración de estos sujetos como víctimas de explotación laboral subraya la necesidad de una protección legal robusta y eficaz.

Es importante destacar que, según el artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores, está prohibido emplear a menores de 16 años excepto en espectáculos públicos con autorización previa de la autoridad laboral competente. Asimismo, el empleo de menores entre 16 y 18 años que no estén emancipados o que no cuenten con autorización paterna previa también está restringido. Contrario a algunas interpretaciones doctrinales, la doctrina académica mayoritaria³⁰ considera que el artículo 311 bis del Código Penal se aplica a todos los menores, no únicamente a los extranjeros, y esto es respaldado tanto por la legislación nacional como por la Directiva 2009/52/CE, que especifica explícitamente cuando se refieren a la condición de extranjería³¹.

En otro orden de consideraciones, la doctrina judicial ha abordado estos temas en varios casos relevantes. Por ejemplo, la Sentencia de la audiencia provincial de Almería de 10 de mayo de 2019 reafirma la protección de los derechos laborales de los trabajadores extranjeros y menores, destacando la importancia de las medidas de control y vigilancia para evitar su explotación. Esta sentencia subraya que los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo y los menores empleados ilegalmente son las principales víctimas de estas conductas delictivas y, por lo tanto, los sujetos pasivos del delito pudiendo concurrir en el mismo la condición de menor y extranjero en situación irregular³². En otro caso, el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de marzo de 2005 señaló que «el inmigrante ilegal (que no tiene ni permiso de trabajo ni de residencia en España), aunque no se incluya en el artículo 35 de la Constitución, que reconoce a los españoles el derecho y el deber de trabajar, no puede constituir tal condición una patente de impunidad frente a quienes contratan a tales emigrantes conscientes de su situación ilegal»³³.

³⁰ AGUADO LÓPEZ, Sara.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en BOIX REIG, J. (dir.), LLORIA GARCÍA, Paz. (coord.), Diccionario de Derecho Penal Económico, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2017, p. 399.

³¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores...», ob.cit., p. 35.

³² SAP de Almería de 10 de mayo 2019 (Rec. 64/2018) considera que es delito contratar a una menor para a sabiendas de que tenía dieciséis años y carecía de permiso de residencia en España, para trabajar como camarera, sin documentar el contrato ni darla de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, con el anuncio de que le facilitaría la obtención de la residencia legal, siendo su verdadero propósito lucrarse mediante la prostitución de la menor.

³³ STS, Sala de lo Penal 372/2005 de 17 de marzo de 2005 (Rec. 512/2004).

2. Elemento Objetivo. Empleo u ocupación de ciudadanos extranjeros o menores sin permiso de trabajo

El elemento objetivo del delito se centra en la descripción concreta de las acciones que constituyen la conducta delictiva tipificada en el artículo 311 bis. Este elemento se caracteriza por el empleo reiterado de extranjeros sin permiso de trabajo y la contratación de menores sin la debida autorización. La reiteración en la contratación ilegal es un aspecto crucial, ya que implica una práctica continua y sistemática por parte del empleador, evidenciando una vulneración o un desprecio sostenido por las normas laborales y migratorias.

A) CONTRATACIÓN Y OCUPACIÓN

El artículo 311 bis del Código Penal sanciona la contratación u ocupación de trabajadores extranjeros que carecen de permiso de trabajo, estableciendo penas severas para quienes incurren en esta práctica de forma reiterada. Además, la conducta delictiva tipificada en este artículo no se limita a la formalización de un contrato de trabajo, sino que abarca cualquier forma de trabajo u ocupación. Esta diferenciación es fundamental y se basa en el entendimiento legal de las prácticas laborales.

La contratación implica la formalización de un acuerdo laboral entre el empleador y el trabajador, generalmente documentado mediante un contrato escrito. Este contrato establece los términos y condiciones del empleo, incluyendo la duración, el salario y las obligaciones de ambas partes. Para que la contratación sea válida en España, el trabajador extranjero debe poseer un permiso de trabajo en vigor, lo que incluye situaciones en las que no haya obtenido nunca una autorización de residencia, o cuando su autorización ha expirado y no ha sido renovada. La Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (art. 36) y el Real Decreto 557/2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 (art. 104) establecen las condiciones para la obtención de permisos de residencia y trabajo, así como las obligaciones de los empleadores.

Por otro lado, la mera ocupación se refiere a la situación en la que un trabajador extranjero realiza actividades laborales sin un contrato formal. Situación que puede incluir trabajos informales, temporales o a prueba, y cualquier forma de trabajo no registrado oficialmente. La ley penaliza cualquier forma de empleo o utilización de la mano de obra extranjera en situación irregular. Esta distinción ha sido analizada también por la doctrina académica

quien destaca que la explotación laboral puede manifestarse tanto en contratos formales como en ocupaciones informales³⁴.

En España, los ciudadanos extranjeros que desean trabajar deben contar con los permisos y autorizaciones adecuadas, dependiendo de su situación particular. Los principales permisos de trabajo incluyen la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, que permite a un extranjero trabajar en España para un empleador específico. La autorización es solicitada por el empleador y debe ser aprobada antes de que el trabajador llegue a España. El trabajador debe tener una oferta de empleo y el empleador debe cumplir con los requisitos legales, incluyendo el registro de la oferta de trabajo en el Servicio Público de Empleo y la verificación de que no hay candidatos españoles o comunitarios disponibles para el puesto, según la Ley Orgánica 4/2000 (art. 38) y el Real Decreto 557/2011 (art. 109)³⁵.

Otra opción es la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, que permite a un extranjero establecerse como autónomo y trabajar en España. El solicitante debe demostrar que tiene los recursos y la capacidad para iniciar una actividad económica o profesional, presentando un plan de negocio viable, demostrando los recursos económicos necesarios, y cumpliendo con los requisitos legales y normativos del sector en el que se pretende trabajar, conforme a la Ley Orgánica 4/2000 (art. 37) y el Real Decreto 557/2011 (art. 105).

Otro tipo de autorización de residencia y trabajo es específica para trabajos de temporada como los agrícolas, a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en un período determinado. Permite a los trabajadores extranjeros realizar trabajos temporales en España. El empleador debe solicitar la autorización y garantizar condiciones adecuadas de empleo y alojamiento. El trabajador debe regresar a su país de origen al finalizar el contrato de temporada, tal y como se establece en la Ley Orgánica 4/2000 (art. 39) y el Real Decreto 557/2011 (art. 109).

Existían también permisos específicos para situaciones particulares, como los investigadores, profesionales altamente cualificados. Estos permisos variaban según la categoría, pero generalmente requieren una oferta de empleo específica, cualificaciones profesionales, y la autorización de las autoridades competentes, conforme a la Ley Orgánica 4/2000 pero han sido derogados³⁶.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús.: *Derecho Penal del Trabajo*, Editorial Comares, Granada, 2016, p. 97.

³⁵ Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 de enero de 2000). Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE de 30 de abril de 2011).

³⁶ El artículo 38 de la LO 4/2000 regulaba el régimen especial de los investigadores y se derogó por la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto. El artículo 29 de la misma

En otro orden de cosas, la doctrinal judicial ha tratado en diferentes ocasiones el tema de la contratación ilegal de trabajadores extranjeros en situación irregular. Así se ha subrayado que la contratación ilegal puede realizarse tanto mediante contratos formales como a través de la mera ocupación y que «no es suficiente con demostrar la contratación de trabajadores extranjeros en situación irregular; es esencial probar que el empresario no cumplió con sus obligaciones laborales, como dar de alta a estos trabajadores en la Seguridad Social, siendo este incumplimiento el núcleo del perjuicio a los derechos laborales que se sanciona en el artículo 311 bis del Código Penal³⁷. Otra sentencia relevante es la de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de mayo de 2017, donde se condenó a un empresario por contratar a varios trabajadores extranjeros sin verificar sus permisos de trabajo, a pesar de haber sido advertido sobre la ilegalidad de su conducta. La sentencia destacó que «la ignorancia deliberada o la indiferencia ante la verificación de los documentos refuerza la existencia del dolo y la ilegalidad de la contratación»³⁸.

Así pues, aunque no exista un contrato formal, la mera ocupación también puede constituir un delito bajo el artículo 311 bis si se realiza de manera reiterada y el trabajador carece del permiso de trabajo necesario. A ello hay que añadir, como veremos a continuación, que la intencionalidad del empleador y la reiteración de la conducta también son claves para configurar la conducta constitutiva de delito.

En consecuencia, la conducta delictiva tipificada en el artículo 311 bis del Código Penal abarca tanto la contratación formal como la mera ocupación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo. La diferenciación entre estos conceptos es crucial para entender el alcance de la normativa penal. La jurisprudencia y la doctrina contribuyen a proporcionar un marco claro y detallado para la interpretación y aplicación de esta normativa, asegurando la protección de los derechos de los trabajadores y la imposición de sanciones adecuadas a los empleadores infractores.

La segunda conducta delictiva es la contratación de menores de edad, sin la debida autorización laboral. La legislación española establece normas estrictas sobre el empleo de menores para proteger su salud, educación y desarrollo personal.

norma ha sido también derogado por la disposición derogatoria única. a) de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales.

³⁷ STSJ de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, de 4 de marzo de 2020, (Rec. 206/2019).

³⁸ SAP de Madrid, de 3 de mayo de 2018 (Rec. 572/2018).

Como es sabido, el Estatuto de los trabajadores prohíbe, en general, el trabajo de los menores de 16 años. Existen excepciones, como la participación en espectáculos públicos, siempre que se cuente con la autorización de la autoridad laboral competente y se respeten condiciones específicas que garanticen su bienestar y desarrollo. Además, los menores de 16 a 18 años pueden trabajar, pero con restricciones y requerimientos adicionales, como la necesidad de consentimiento de sus padres o tutores y la prohibición de realizar trabajos peligrosos o insalubres (artículos 6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores). Por otra parte, la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, establece medidas de protección para los menores en el ámbito laboral, garantizando sus derechos y su desarrollo integral. Esta ley refuerza la prohibición del trabajo infantil y la necesidad de autorizar y supervisar cualquier actividad laboral que involucren menores³⁹.

B) REITERACIÓN

Un segundo elemento de la conducta delictiva tipificada en el artículo 311 bis del Código Penal es el de la reiteración. Se trata de un requisito esencial en la configuración del delito, que sanciona la contratación de extranjeros sin permiso de trabajo porque aumenta la gravedad del delito, refuerza la protección de los trabajadores y facilita la prueba del delito.

Este requisito implica que la conducta delictiva no se considera consumada con una sola acción de contratación ilegal. Así pues, es necesario que exista una repetición de dicha conducta a lo largo del tiempo, lo que demuestra una intención sostenida de incumplir la normativa laboral y explotar la situación irregular de los trabajadores. En otros términos, la reiteración indica una conducta delictiva mantenida y planificada, lo que agrava la responsabilidad del empleador; además, la habitualidad en la conducta delictiva facilita la recolección de pruebas y la demostración del delito en un proceso judicial⁴⁰. Cuestión distinta y más compleja por su indeterminación es la relativa a qué es lo que debe entenderse por reiteración de conducta.

La doctrina judicial ha abordado este requisito en diversas sentencias, proporcionando cierta claridad sobre su interpretación, desarrollando criterios es-

³⁹ Ley 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE de 15 de enero de 1996.

⁴⁰ SAP de Cantabria del 23 de junio de 2021 (Rec. 10/2021).

pecíficos para determinar cuándo se configura esta reiteración de manera penalmente relevante, diferenciándola de una simple infracción administrativa.

Un caso destacado es la Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona de 4 de marzo de 2015⁴¹, en la que se condenó a un empresario por contratar reiteradamente a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo. La sentencia destacó que el empleador había contratado a varios trabajadores en situación irregular en diferentes momentos, lo cual evidenciaba una práctica habitual y sistemática de incumplimiento de la normativa laboral⁴². La Audiencia provincial de Vizcaya más explícita considera que la conducta reiterada y el número de trabajadoras afectadas son factores que agravan la situación y justifican la imposición de las penas más allá del mínimo legal. En opinión de este tribunal, que esta situación afecte a cinco trabajadores en una plantilla de no más de siete, y durante un buen número de meses, siendo la prestación de trabajo coincidente en el tiempo en el caso de varios de ellos, supone una actuación sostenida y reiterada, no esporádica⁴³. Por lo tanto, la reiteración se define por la continuidad y la regularidad de la contratación de trabajadores en situación irregular, lo cual se ve agravado por la cantidad de trabajadores afectados y el periodo de tiempo durante el cual se desarrollaron estas prácticas.

La Audiencia provincial de Segovia considera que la reiteración de la conducta que determina la aplicación del artículo 311 bis es la contratación de al menos tres trabajadores en diferentes periodos⁴⁴. Esta sentencia subraya que la reiteración se configura cuando al menos tres personas han estado desarrollando actividades laborales en distintos periodos, a veces coincidentes, bajo las condiciones impuestas por el empleador, quien es responsable de fijar las condiciones laborales y pagar a los trabajadores. La valoración de la reiteración exige un mínimo de personas contratadas, y en este caso se estima alcanzado con tres personas distintas contratadas de forma independiente. Como establece el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, «la reiteración de la conducta delictiva se evidencia por la contratación de múltiples trabajadoras

⁴¹ SAP de Barcelona 162/2015 de 4 de marzo de 2015 (Rec.41/2015).

⁴² En el mismo sentido véase también la SAP de Cantabria de 23 de junio de 2021 (Rec. 10/2021).

⁴³ SAP de Vizcaya, Sección 1.ª, de 25 de mayo de 2021 (Rec. 75/2021).

⁴⁴ SAP de Segovia 361/2023, de 7 de diciembre de 2023 (Rec. 10/2023) establece expresamente que: «En este caso el elemento diferenciador entre la infracción meramente administrativa y la infracción penal es el criterio de la reiteración, reiteración que en este caso concurre cuando nos encontramos ante al menos tres personas que han estado desarrollando en distintos periodos, a veces coincidentes, la actividad laboral para Santiago, habiendo sido contratados por ella que es quien fijaba las condiciones laborales y quien les pagaba. Entendemos que la valoración de la reiteración exige un mínimo de personas contratadas, que este caso se estima alcanzado dado que se trata de tres personas distintas contratadas de forma independiente»

en situación irregular durante un periodo continuado»⁴⁵, La Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia 5205/2020 de 19 de junio de 2020, también trató sobre la contratación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, destacando la reiteración como elemento clave para configurar el delito bajo el artículo 311 bis del Código Penal. En esta sentencia se determinó que la reiteración se configura con la contratación de al menos tres trabajadores en diferentes periodos, mostrando un patrón de conducta ilegal y sistemática por parte del empleador. Además, la explotación de la situación de vulnerabilidad de los trabajadores agrava la conducta del empleador, haciendo aplicable la sanción penal bajo el artículo 311 bis.

Otro aspecto importante a tener en cuenta en relación con la reiteración en este caso como elemento de distinción entre la responsabilidad administrativa y penal en la contratación ilegal de trabajadores. Como ha señalado la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 7 de diciembre de 2020 la reiteración concurre «cuando nos encontramos ante al menos tres personas que han estado desarrollando en distintos periodos, a veces coincidentes, la actividad laboral para otra, habiendo sido contratados por ella que es quien fijaba las condiciones laborales y quien les pagaba. Entendemos que la valoración de la reiteración exige un mínimo de personas contratadas, que este caso se estima alcanzado dado que se trata de tres personas distintas contratadas de forma independiente»⁴⁶.

Esta misma sentencia de la audiencia provincial de Segovia de 7 de diciembre de 2023 también se ha pronunciado sobre la compatibilidad entre dos tipos penales, por un lado la conducta tipificada en el artículo 311 y por otra la del artículo 311 bis al considerar que a juicio de la Sala se trata de dos tipos penales que protegen bienes jurídicos distintos y que por lo tanto pueden ser castigados de forma conjunta al constituir un concurso real: por una parte el delito del artículo 311 protege a los trabajadores con independencia de su procedencia y supone una conducta de engaño o abuso que restrinja las condiciones de trabajo. El delito del artículo 311 bis no exige que se cometa con engaño o abuso, siendo indiferentes las condiciones que se fijen, pues lo único relevante es la contratación reiterada de trabajadores sin permiso de trabajo, por lo que el bien protegido no son tanto los derechos personales de los trabajadores como la posibilidad de acceso al mercado laboral de los trabajadores legales.

⁴⁵ STSJ Andalucía Sala de lo Civil y Penal, de 4 de marzo de 2020 (Rec. 206/2019).

⁴⁶ SAP de Segovia, 14/2023 de 7 de diciembre (Rec. 10/2023).

La diferencia entre una infracción meramente administrativa y una penal radica en el criterio de la reiteración. Mientras que una infracción administrativa podría darse con un solo trabajador, la penal requiere una conducta repetida que demuestre un patrón de contratación ilegal. Para determinar si la conducta delictiva cumple con el requisito de reiteración, se deben considerar varios factores:

— La frecuencia de la conducta es un indicio clave; por ejemplo, la repetición de la contratación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo cada mes durante un año demuestra una intención continua de violar la ley.

— El número de trabajadores afectados también es relevante; contratar a varios trabajadores en situación irregular al mismo tiempo o en periodos diferentes puede demostrar la habitualidad de la conducta.

— La duración de la práctica delictiva es otro factor importante; la reiteración puede demostrarse si la conducta ilegal se mantiene durante un periodo prolongado, incluso si no se contratan muchos trabajadores en cada ocasión.

— La existencia de evidencia documental y testimonial, como contratos, nóminas, registros laborales y testimonios de los propios trabajadores, puede servir como prueba de la reiteración de la conducta delictiva.

En resumen, la jurisprudencia española, en el marco del artículo 311 bis del Código Penal, establece que la reiteración en la contratación de trabajadores sin permiso de trabajo configura un delito penal cuando se demuestra una conducta sistemática y persistente. La contratación de al menos tres trabajadores en distintos periodos, combinada con condiciones laborales abusivas y una duración prolongada de la conducta, son factores determinantes para esta calificación penal. La diferenciación entre infracción administrativa y penal se basa en la existencia de un patrón reiterado de conducta ilegal, que va más allá de una simple irregularidad administrativa.

C) INTENCIONALIDAD

El segundo requisito esencial en la configuración del delito tipificado en el artículo 311 bis del Código Penal es la intencionalidad porque establece que la acción fue consciente, diferenciando este delito de conductas que podrían ser negligentes o accidentales.

La conducta delictiva contemplada en el artículo 311 bis requiere la existencia de la intención del empleador de contratar a extranjeros sin permiso de trabajo o a menores sin autorización laboral, a sabiendas de su situación irre-

gular. No se exige que el empleador actúe con ánimo de lucro, pero sí que tenga conocimiento de la falta de autorización y decida continuar con la contratación de todas maneras.

Este requisito implica que el acto de contratar a ciudadanos extranjeros sin el debido permiso de trabajo debe ser realizado con conocimiento y voluntad por parte del empleador, quien actúa consciente de la ilegalidad de su conducta. El dolo, en términos jurídicos, se refiere a la intención deliberada de cometer un acto que se sabe ilegal. En el contexto del artículo 311 bis, el dolo implica que el empleador debe estar consciente de que está contratando a un trabajador extranjero que no tiene permiso de trabajo y, a pesar de este conocimiento, decide continuar con la contratación. La presencia de la intencionalidad diferencia este delito de otros en los que la acción puede ser producto de la negligencia o el error.

Para que se configure la intencionalidad en el delito de contratación de extranjeros sin permiso de trabajo, deben concurrir dos elementos. Primero, el empleador debe saber que el trabajador extranjero no posee el permiso de trabajo requerido por la legislación española. Este conocimiento puede derivarse de la ausencia de documentos que acrediten la legalidad del trabajador o de la presentación de documentación claramente insuficiente o fraudulenta. Segundo, además del conocimiento, debe existir la voluntad de llevar a cabo la contratación a pesar de saber que es ilegal. Esto implica una decisión consciente de actuar en contra de la norma laboral.

La jurisprudencia ha abordado el tema de la intencionalidad en diversas sentencias, proporcionando cierta claridad sobre su interpretación en el contexto general de los delitos contra los derechos de los trabajadores. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2017 destacó que el dolo implica una voluntad consciente de contratar a trabajadores en situación irregular, con pleno conocimiento de su falta de permisos de trabajo. El tribunal subrayó que no es necesario que el empleador actúe con ánimo de lucro; basta con que tenga conocimiento de la ilegalidad y decida proceder con la contratación⁴⁷. En otro caso, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 112/2018 de 14 de febrero, se demostró que el empleador había contratado a varios trabajadores extranjeros sin verificar sus permisos de trabajo, a pesar de haber sido advertido sobre la ilegalidad de su conducta. La sentencia enfatizó que la ignorancia deliberada o la indiferencia ante la verificación de los documentos no exime de responsabilidad penal, sino que refuerza la existencia del dolo.

⁴⁷ STS, sala de lo penal, 639/2017 de 28 de septiembre de 2017 (Rec. 1789/2016).

La doctrina también ha analizado en profundidad el requisito de intencionalidad o dolo y explican que en el contexto del artículo 311 bis se configura cuando el empleador tiene la intención consciente de contratar a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, a sabiendas de su situación irregular. Destacan que este conocimiento puede derivarse de una omisión deliberada de las obligaciones de verificación por parte del empleador⁴⁸.

Para evaluar si la conducta delictiva cumple con el requisito de la intencionalidad, se deben considerar varios factores. Evidencias documentales, como correos electrónicos, mensajes y registros de comunicación, pueden demostrar que el empleador estaba al tanto de la falta de permisos de trabajo. Testimonios de los propios trabajadores y de otros empleados pueden corroborar que el empleador tenía conocimiento de la situación irregular. La falta de procedimientos de verificación o la deliberada omisión de revisar los documentos de los trabajadores pueden ser indicios de dolo.

La demostración de la intencionalidad o dolo asegura que los empleadores que deliberadamente violan la normativa laboral enfrenten sanciones penales adecuadas. Además, al exigir intencionalidad o dolo, se asegura que los empleadores no puedan evadir la responsabilidad penal alegando ignorancia o errores administrativos.

En conclusión, el requisito de la intencionalidad en el delito de contratación de extranjeros sin permiso de trabajo, según el artículo 311 bis del Código Penal, implica que el empleador debe actuar con conocimiento y voluntad de cometer la acción ilegal. La jurisprudencia y la doctrina han clarificado que el citado requisito se demuestra mediante la evidencia del conocimiento de la ilegalidad y la intención deliberada de proceder con la contratación. Este requisito es esencial para asegurar la responsabilidad penal adecuada y la protección de los derechos de los trabajadores más vulnerables.

IV. PENAS Y SANCIONES

1. Detalle de las penas establecidas en el artículo 311 bis

El artículo 311 bis del Código Penal establece penas severas para quienes contraten de forma reiterada a ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo o

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes.: *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch. Valencia, 11 ed. 2022.

a menores sin la debida autorización laboral. Estas sanciones buscan disuadir estas prácticas y proteger los derechos de los trabajadores más vulnerables.

Se establecen dos tipos de sanciones principales: la pena de prisión y la multa:

— La pena de prisión tiene una duración de tres a dieciocho meses. Esta sanción se aplica a aquellos empleadores que, de forma reiterada, contraten a ciudadanos extranjeros sin el permiso de trabajo necesario, o a menores de edad sin la debida autorización laboral. La prisión busca castigar y disuadir las prácticas laborales ilícitas que vulneran los derechos fundamentales de los trabajadores.

— La multa económica se calcula en base a los ingresos del infractor y la gravedad de la conducta delictiva, con una cuantía de doce a treinta meses. Esta sanción tiene un carácter reparador y disuasorio, asegurando que los empleadores que incurran en estas prácticas enfrenten consecuencias económicas significativas. Estas sanciones pueden aplicarse de manera conjunta o separada, dependiendo de la gravedad y las circunstancias del delito. La ley contempla la posibilidad de imponer una multa en lugar de la prisión cuando se considere que la sanción económica es más adecuada para el caso concreto.

La severidad de las sanciones en el artículo 311 bis refleja la necesidad de disuadir prácticas laborales ilícitas que afectan gravemente a los derechos de los trabajadores. Según la doctrina académica, estas penas buscan no solo castigar, sino también prevenir futuras infracciones y que la combinación de penas de prisión y multas proporciona un enfoque integral para abordar la complejidad de estos delitos, asegurando que los empleadores no solo enfrenten la privación de libertad, sino también consecuencias económicas significativas que desincentiven la reincidencia⁴⁹.

En otro orden de consideraciones, la doctrina judicial señala que la gravedad del delito se mide no solo por la falta de alta en la Seguridad Social, sino también por el número de trabajadores afectados y el periodo durante el cual se ha llevado a cabo la conducta delictiva. La contratación repetida de trabajadores en situación irregular sin los permisos necesarios y sin los derechos laborales básicos refleja una explotación sistemática que agrava la responsabilidad del sujeto activo⁵⁰.

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús: *Derecho Penal del Trabajo... ob. cit.*, p. 97.

⁵⁰ SAP de Huesca, de 4 de junio de 2022 (Rec. 207/2022).

2. Criterios judiciales en la aplicación de las Penas

La jurisprudencia y la doctrina judicial han abordado de manera consistente la imposición de penas en casos de contratación ilegal de trabajadores extranjeros y menores, conforme a lo establecido en el artículo 311 bis del Código Penal, reflejando el compromiso del legislador con la erradicación de prácticas laborales abusivas y la explotación de los colectivos más vulnerables.

El análisis de la jurisprudencia y la doctrina judicial sobre la aplicación del artículo 311 bis revela cómo los tribunales han abordado la imposición de penas, enfatizando la gravedad y sistematicidad de las infracciones. A continuación, se detallan los distintos aspectos considerados por los jueces al aplicar las sanciones correspondientes

A) GRAVEDAD Y REITERACIÓN DE LA CONDUCTA DELICTIVA

Los tribunales han destacado repetidamente la gravedad de la conducta delictiva basada en la sistematicidad y reiteración de las infracciones como factores agravantes en la valoración judicial. Los pronunciamientos judiciales ilustran cómo los tribunales imponen penas más severas en casos de explotación laboral reiterada y condiciones laborales abusivas. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de 28 de septiembre de 2017, sancionó a los acusados con seis meses de prisión, multa e inhabilitación especial, además de imponer una indemnización económica conjunta a las víctimas. Esta decisión se basó en la imposición de condiciones laborales abusivas y la falta de descanso semanal para trabajadores marroquíes en condiciones insalubres.

De manera similar, la Audiencia Provincial de Vizcaya de 25 de mayo de 2021⁵¹, sustituyó la pena privativa de libertad por una multa, confirmando el fallo condenatorio debido a la reiteración en la contratación de trabajadores extranjeros sin regularización administrativa y sin alta en la Seguridad Social. La experiencia empresarial de los acusados y su conocimiento del procedimiento para regularizar la contratación fueron factores determinantes en la valoración de la conducta delictiva.

La sentencia de la Audiencia provincial de Almería consideró que a pesar de que el artículo 311 bis prevé, con carácter alternativo, la pena de prisión de 3 a 18 meses o la de multa, entendió que es más adecuada la primera, habida cuenta de los demás hechos delictivos a los que va anudada la acción del suje-

⁵¹ SAP de Vizcaya, de 25 de mayo (Rec. 75/2021).

to. No obstante, considerando que la menor estuvo empleada tan sólo unos días y que no constan circunstancias agravantes, valoramos quizá como excesiva la pena de 15 meses solicitada por el Ministerio Público, reputando más proporcionada la de 4 meses.

En otro caso, la Audiencia Provincial de Cantabria de 23 de junio de 2021⁵², impuso a los acusados un año y tres meses de prisión, una multa y la clausura temporal del establecimiento durante seis años debido a la contratación de trabajadores sin alta en la Seguridad Social y sin permisos de trabajo. Esta decisión subraya la gravedad de la conducta reiterada y sistemática.

B) PROPORCIONALIDAD Y FLEXIBILIDAD EN LAS PENAS

Los tribunales han demostrado flexibilidad al adaptar las sanciones a las circunstancias específicas del caso sustituyendo penas privativas de libertad por multas, siempre garantizando una sanción efectiva y proporcional a la gravedad de los hechos. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 12 de noviembre de 2021⁵³, reconoció la atenuante de reparación del daño, ajustando las penas de acuerdo con las circunstancias de los acusados y la gravedad de los hechos.

La Audiencia Provincial de Vizcaya de 25 de mayo de 2021⁵⁴, confirmó que la reiteración de la conducta delictiva se configura cuando afecta a un número significativo de trabajadores durante un periodo prolongado. En este caso, la contratación de cinco trabajadores en una plantilla de no más de siete durante quince meses demostró una actuación sostenida y reiterada, no esporádica. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 7 de diciembre de 2023⁵⁵, destacó que la reiteración implica la contratación de al menos tres personas en distintos periodos bajo condiciones impuestas por el empleador sin formalizar contratos laborales adecuados. Esta valoración de la reiteración exige un mínimo de personas contratadas, lo cual se cumplió en este caso.

C) PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES

Las decisiones judiciales ponen de manifiesto la importancia de proteger los derechos laborales de los trabajadores, especialmente aquellos en situación

⁵² SAP de Cantabria, de 23 de junio(Rec. 10/2021).

⁵³ SAP de Badajoz, de 12 de noviembre (Rec. 58/2021).

⁵⁴ SAP de Vizcaya, de 25 de mayo (Rec. 75/2021).

⁵⁵ SAP de Segovia, de 7 de diciembre (Rec. 10/2023).

vulnerable, como los extranjeros sin permisos de trabajo y los menores, lo que determina la necesidad de imponer penas severas no solo para castigar las conductas delictivas, sino también para disuadir a otros empleadores de incurrir en prácticas similares.

D) IMPORTANCIA DE LA EVIDENCIA EN LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO

La necesidad de demostrar una práctica habitual y sistemática para configurar el delito bajo el artículo 311 bis es evidente en los casos donde no se han aportado pruebas suficientes que han llevado al sobreseimiento provisional de las diligencias, subrayando la importancia de una adecuada instrucción y recopilación de pruebas. La sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 4 de junio de 2022⁵⁶, confirmó el sobreseimiento provisional de las diligencias por falta de pruebas suficientes para acreditar la reiteración de la conducta delictiva, subrayando la importancia de una adecuada instrucción y recopilación de pruebas.

Finalmente, sintetizando los hallazgos de la jurisprudencia y destacando los factores determinantes en la valoración judicial de estos delitos puede señalarse que:

— Los tribunales han subrayado la gravedad de las prácticas reiteradas y sistemáticas de contratación ilegal, imponiendo penas proporcionales a las infracciones que afectan significativamente los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores en situación irregular.

— La contratación repetida y continuada de trabajadores sin los permisos necesarios y sin alta en la Seguridad Social demuestra una clara intencionalidad de eludir las obligaciones legales, agravando la responsabilidad penal del sujeto activo.

— Las penas varían en función de la gravedad y la extensión de la conducta delictiva, incluyendo prisión, multas, inhabilitaciones y clausura de establecimientos. La sustitución de penas privativas de libertad por multas muestra flexibilidad judicial, siempre garantizando una sanción efectiva.

— La imposición de penas severas busca no solo sancionar las conductas delictivas, sino también disuadir a otros empleadores de incurrir en prácticas similares, asegurando el cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social.

⁵⁶ SAP de Huesca, de 4 de junio (Rec. 207/2022).

— En casos donde no se han aportado pruebas suficientes para acreditar la reiteración de la conducta delictiva, los tribunales han optado por el sobreseimiento provisional, subrayando la importancia de una adecuada instrucción y recopilación de pruebas.

En definitiva, los jueces y tribunales han adoptado una postura firme y coherente en la imposición de penas por el delito de contratación ilegal de extranjeros y menores, conforme al artículo 311 bis del Código Penal. La gravedad, sistematicidad y reiteración de la conducta delictiva son factores determinantes en la valoración judicial, con el objetivo de proteger los derechos laborales y disuadir futuras infracciones.

3. Diferenciación y superposición de penas en la contratación ilegal de extranjeros en el Código Penal. Una cuestión pendiente

El artículo 311 bis y el artículo 312.2 del Código Penal abordan, desde diferentes perspectivas, la problemática de la contratación de extranjeros en situación irregular. Aunque ambos artículos sancionan conductas similares –el empleo de extranjeros sin autorización–, la naturaleza y severidad de las sanciones varían según las circunstancias adicionales que cada artículo contempla.

En consecuencia, existen un enfoque dual de la legislación en relación con la contratación ilegal de extranjeros y la protección de sus derechos laborales en España.

El artículo 311 bis se centra principalmente en la reiteración del acto de contratar extranjeros sin permisos de trabajo. Esta reiteración implica un patrón de conducta por parte del empleador, evidenciando una falta de respeto continua hacia las normas establecidas. La ley busca, mediante esta sanción, disuadir a los empleadores de estas prácticas ilegales, promoviendo un cumplimiento más firme de las leyes de inmigración y empleo.

Por otro lado, el artículo 312.2 intensifica la penalidad al incluir un elemento adicional de daño o perjuicio hacia los trabajadores extranjeros. Este artículo no solo se preocupa por la ilegalidad de la contratación sin permisos adecuados, sino que también considera las condiciones bajo las cuales se realiza esta contratación. Cuando un empleador contrata a extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que vulneran sus derechos laborales, como podría ser pagar salarios inferiores a los establecidos por ley, negarles beneficios sociales, o imponer horarios excesivos, el artículo 312.2 entra en juego. Este no

solo castiga la infracción administrativa, sino que reconoce y sanciona el daño social y humano que estas prácticas representan.

Esta diferenciación en la penalidad refleja un enfoque jurídico que distinga entre la mera irregularidad administrativa y las infracciones que acarrear consecuencias más graves para los derechos humanos y laborales de los individuos afectados. En casos donde ambos tipos de infracciones concurren, el principio de consunción opera para evitar sanciones duplicadas por el mismo hecho, priorizando la sanción por el delito más grave⁵⁷.

En consecuencia, la legislación española, mediante estos artículos, establece un marco legal que no solo busca controlar la contratación de extranjeros sin la debida autorización, sino también proteger los derechos y el bienestar de estos trabajadores, castigando más severamente las infracciones que resultan en un daño directo a los mismos. El resultado lesivo explica la penalidad más intensa que cuando no concurre.

En otro orden de consideraciones, procede hacer un apunte final sobre la comparación con otras disposiciones legales del Código Penal, las penas establecidas en el artículo 311 bis son específicas y directamente relacionadas con la protección de los derechos laborales de los trabajadores extranjeros y menores. Sin embargo, es útil comparar estas sanciones con las de otros delitos laborales y contra los derechos de los trabajadores para entender su severidad y enfoque.

Así, por ejemplo, el delito de trata de seres humanos, tipificado en el Artículo 177 bis del Código Penal, establece penas de prisión de cinco a ocho años y multas de doce a veinticuatro meses. Las penas para la trata de seres humanos son significativamente más severas debido a la gravedad y la violación extrema de los derechos humanos involucrada. Sin embargo, ambas normas comparten el objetivo de proteger a los trabajadores vulnerables y sancionar la explotación laboral.

Por otro lado, el delito de imposición de condiciones laborales ilegales, tipificado en el artículo 311 del Código Penal establece penas de prisión de seis meses a seis años y multas de seis a doce meses. Las penas para la imposición de condiciones laborales ilegales pueden ser más severas en términos de duración de la prisión, reflejando la gravedad de imponer condiciones que atentan contra la dignidad y derechos fundamentales de los trabajadores. No obstante, el artículo 311 bis se enfoca específicamente en la contratación reiterada de trabajadores sin permiso, una forma particular de explotación laboral.

⁵⁷ El principio de consunción en derecho penal es un concepto que se aplica cuando dos o más delitos convergen en una misma acción o conducta, de manera que uno de los delitos absorbe al otro o a los otros, aplicándose únicamente la pena del delito más grave. Este principio busca evitar la duplicidad de sanciones penales por un mismo hecho, manteniendo así la proporcionalidad y la justicia en el castigo.

En conclusión, las penas y sanciones establecidas en el artículo 311 bis del Código Penal están diseñadas para proteger los derechos de los trabajadores extranjeros y menores, disuadir prácticas laborales ilícitas y garantizar el cumplimiento de la norma laboral. La comparación con otras disposiciones legales muestra la especificidad y el enfoque de estas sanciones, reflejando la gravedad de las conductas que buscan prevenir y sancionar. La jurisprudencia y la doctrina académica apoyan la efectividad de estas penas como mecanismos esenciales para combatir la explotación laboral y proteger a los trabajadores más vulnerables.

V. EFICACIA Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 311 BIS DEL CÓDIGO PENAL

1. Impacto del artículo 311 bis en la reducción de la contratación irregular

Actualmente, España cuenta con diversas medidas para prevenir la contratación ilegal de trabajadores extranjeros y menores sin el debido permiso de trabajo, dentro de las que cabe destacar las inspecciones laborales, sanciones administrativas y penales, y campañas de concienciación dirigidas a empleadores y trabajadores.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social desempeña un papel crucial en la detección y sanción de la contratación ilegal. En 2022, se detectaron aproximadamente 20.000 infracciones relacionadas con la contratación ilegal. Estas actividades son esenciales para garantizar el cumplimiento de las leyes laborales y la protección de los derechos de los trabajadores⁵⁸.

Además de las sanciones penales previstas en el Artículo 311 bis, los empleadores pueden enfrentar sanciones administrativas, como multas y la prohibición de acceder a subvenciones públicas. La Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) contempla multas que van desde los 10.001 hasta los 100.000 euros para infracciones graves relacionadas con la contratación de extranjeros sin autorización.

El Ministerio de Trabajo y Economía Social lleva a cabo campañas de concienciación dirigidas a empleadores y trabajadores sobre la importancia del cumplimiento de la normativa laboral y los riesgos asociados a la contratación ilegal.

⁵⁸ https://www.mites.gob.es/itss/web/Que_hacemos/Estadisticas/index.html

2. Efecto disuasorio de las sanciones penales y administrativas

El artículo 311 bis del Código Penal sanciona la contratación ilegal de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo y de menores sin autorización laboral. La aplicación de esta normativa ha logrado una reducción en la contratación ilegal gracias al efecto disuasorio de las penas de prisión y multas elevadas.

En España se estima que hay entre 370.000 y 490.000 ciudadanos extranjeros en situación irregular, muchos de ellos menores de edad. En 2022, se detectaron aproximadamente 20.000 infracciones relacionadas con la contratación ilegal.

La combinación de penas de prisión y multas proporciona un enfoque integral para abordar estos delitos, destacando que las sanciones previenen la reincidencia y, por tanto, de la necesidad de una aplicación rigurosa y uniforme de las leyes.

A pesar de su efectividad, existen críticas sobre la implementación de estas sanciones, señalando que pueden ser inconsistentes. También hay desafíos pendientes que se centran en la capacidad de las autoridades para detectar y perseguir estas prácticas debido a la falta de recursos y personal especializado.

3. Propuestas de reforma legislativa y efectividad del artículo 311 bis

Para mejorar la efectividad del artículo 311 bis del Código Penal, se proponen varias reformas legislativas que aborden las lagunas existentes y refuercen las sanciones y medidas preventivas.

Una de las propuestas se centraría en incrementar las multas para que sean proporcionales al tamaño y capacidad económica de la empresa infractora. Esto aseguraría que las sanciones sean suficientemente disuasorias, especialmente para las grandes empresas. Además, se sugiere incrementar los recursos y el personal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para mejorar la capacidad de detección y sanción de las infracciones. Esto incluye la formación especializada de los inspectores en la identificación de casos de contratación ilegal.

Otra propuesta podría ser establecer acuerdos de cooperación con otros países para intercambiar información y coordinar acciones contra la trata de personas y la explotación laboral transnacional. Este tipo de cooperación podría incluir programas conjuntos de formación y operaciones transnacionales de inspección, facilitando la detección y sanción de redes de explotación labo-

ral que operan a nivel internacional. La colaboración internacional es clave para dismantlar las redes de trata y explotación laboral, que a menudo trascienden las fronteras nacionales. Precisamente, para combatir el empleo ilegal de manera efectiva, se podría recomendar desarrollar un sistema de alerta temprana que utilice datos de inspecciones laborales y denuncias para identificar patrones de contratación ilegal. Implementar tecnologías de inteligencia artificial y análisis de Big data podría mejorar significativamente la capacidad de las autoridades.

Por último, se recomienda realizar ajustes en la redacción del artículo 311 bis para eliminar cualquier ambigüedad y asegurar una interpretación uniforme en todos los tribunales. Esto ayudaría a reducir la variabilidad en la aplicación de las penas y a garantizar una mayor coherencia en las sentencias judiciales. Clarificar términos como «reiteración» e «intencionalidad» podría mejorar la precisión y efectividad de la normativa aplicable.

VI. REFLEXIÓN FINAL

El artículo 311 bis del Código Penal se configura como una herramienta esencial para combatir la contratación ilegal de trabajadores extranjeros y menores y refleja el compromiso del legislador español con la protección de los derechos laborales y de seguridad social, abordando de manera efectiva la explotación laboral y las prácticas abusivas.

La doctrina judicial ha subrayado repetidamente la importancia de la sistematicidad y reiteración de las infracciones como factores agravantes en la imposición de penas, imponiendo sanciones más severas en casos donde la conducta delictiva ha sido continuada y repetida, evidenciando una clara intención de eludir las obligaciones legales, aunque no existe un criterio homogéneo sobre qué debe entenderse por reiteración de una conducta para que sea considerada como delictiva.

Los jueces han demostrado flexibilidad al adaptar las sanciones a las circunstancias específicas de cada caso, garantizando siempre una sanción proporcional y efectiva. Esto se refleja en la sustitución de penas privativas de libertad por multas en situaciones donde la gravedad de la infracción no justifica el encarcelamiento, siempre y cuando se asegure una respuesta penal adecuada.

Las decisiones judiciales han destacado la necesidad de proteger a los trabajadores más vulnerables, especialmente extranjeros sin permisos de trabajo y menores. La imposición de penas severas no solo busca sancionar las conductas delictivas, sino también disuadir a otros empleadores de incurrir en

prácticas similares, asegurando el cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social.

La correcta configuración del delito bajo el artículo 311 bis requiere la demostración de una práctica habitual y sistemática de contratación ilegal. La falta de pruebas suficientes ha llevado al sobreseimiento provisional de algunos casos, subrayando la necesidad de una adecuada instrucción y recopilación de evidencias para sostener las acusaciones.

La combinación de sanciones penales y administrativas ha demostrado ser efectiva para reducir la contratación ilegal, actuando como un disuasivo significativo. Las campañas de concienciación y las inspecciones laborales complementan estas medidas, contribuyendo a un entorno laboral más justo y regulado.

A pesar de los avances, se mantienen importantes desafíos en la implementación efectiva del artículo 311 bis. La escasez de recursos y personal especializado para detectar y perseguir las infracciones, así como la necesidad de una aplicación judicial rigurosa y uniforme, son aspectos que requieren atención para mejorar la eficacia de esta normativa. A su vez, la presencia de conductas delictivas similares en los artículos 311 y 311 bis del Código Penal puede generar confusión y complicar la labor de los operadores jurídicos. La delimitación entre las conductas sancionadas por cada artículo no es clara, lo que puede derivar en interpretaciones inconsistentes y en una aplicación desigual de las penas.

Quizá sería conveniente considerar una reforma legislativa que unifique ambos artículos en una sola disposición que contemple todas las variantes de contratación ilegal, definiendo claramente los términos y circunstancias agravantes, como la reiteración, y la situación de vulnerabilidad de los trabajadores y estableciendo un marco de sanciones que contemple la gravedad de las conductas y las circunstancias específicas, garantizando una respuesta penal proporcional y efectiva que fortaleciese la protección de los derechos laborales y la lucha contra la explotación.

En definitiva, el artículo 311 bis del Código Penal garantiza la protección de los derechos laborales y la lucha contra la explotación de trabajadores vulnerables, aunque persisten desafíos en su implementación que debieran ser abordados para asegurar su máxima eficacia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO LÓPEZ, Sara.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en BOIX REIG, J. (dir.), LLORIA GARCÍA, Paz. (coord.), *Diccionario de Derecho Penal Económico*, 2.ª ed., Justel, Madrid, 2017.
- ARGEREY VILAR, Patricia.: «La política de inmigración en la Unión Europea», *Documento de Trabajo núm. 4, 2001*, Universidad San Pablo CEU, Madrid, 2001.
- BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS, Juan M.: «Derecho penal del trabajo: una reflexión a partir de la experiencia normativa española», *Revista latinoamericana de Derecho Social*, n.º 7, julio-diciembre, 2008, Universidad Autónoma de México, México, 2008.
- CASADO LÓPEZ, M.ª Luisa: «Inmigración y políticas de regularización en la Unión Europea», *Inmigración y Derechos de ciudadanía*, Colección Monografías, Ed. Fundación CIDOB, Barcelona, 2006.
- CEINOS SUÁREZ, Ángeles.: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.253/2022. BIB 2022\1775.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes.: *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch. Valencia, 11 ed. 2022.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando.: «El delito de contratación ilegal del artículo 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo», en DE LA CUESTA AGUADO, Paz M *et ali.* (coord.), *Liber amicorum. Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. H.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo.: «Lucha contra la inmigración irregular en la Unión Europea y sanciones a los empleadores», 2009. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2009/07/lucha-contra-la-inmigracion-irregular.html>
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús.: *Derecho Penal del Trabajo*, Editorial Comares, Granada, 2016.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María: «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XLI, 2021.

TRÁFICO ILEGAL DE MANO DE OBRA Y FAVORECIMIENTO DE LA EMIGRACIÓN IRREGULAR (CP ART. 312 Y 313)

OSCAR LÓPEZ BERMEJO

Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Granada)

SUMARIO: I. Introducción. II. Objeto. 1. Delito de tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1 CP). 2. Delito de reclutamiento o determinación de personas mediante engaño a abandonar un puesto de trabajo (art. 312.2, primer inciso CP); empleo a extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones desfavorables (art. 312.2, segundo inciso CP). 3. Delito de migración fraudulenta por razones laborales (art. 313 CP). III. Breve referencia a signos para distinguir delitos en concurso. 1. Diferencia entre artículo 177 bis, artículos 313 y 318 bis CP. 2. Diferencia entre el artículo 311 bis, letra a) CP y el artículo 312.2, último inciso, de la misma norma. 3. Diferencia entre el tipo básico del 318 bis CP y el artículo 312.1 CP. 4. Distinción del artículo 312.2 segundo inciso, CP en relación con el artículo 311.1.º CP.

I. INTRODUCCIÓN

Esta parte de la monografía está dedicada al estudio de los artículos 312 y 313 del Código Penal (en adelante CP), en los que se tipifican tres conductas diferenciadas. Al abordarse su análisis hemos seguido una técnica observacional, al partir de forma principal de diversos pronunciamientos realizados por la Sala II del Tribunal Supremo y las secciones penales de distintas Audiencias Provinciales.

De esta manera, el lector observará que en la parte dedicada al estudio concreto y particular de los artículos 312 y 312 CP, tras la transcripción del contenido de cada precepto, se toma como punto de partida un supuesto enjuiciado de esa infracción penal para visualizar y facilitar su comprensión. Des-

pués se pasa al análisis de los elementos de cada conducta delictiva, donde no sólo nos apoyamos en la doctrina judicial, sino también en la científica.

La razón de la anterior metodología radica en que, una vez acaecido un delito de esta naturaleza, el primer impacto fácilmente apreciable consiste en la posible aplicación de un abanico de preceptos del Código Penal en los que puede subsumirse la infracción cometida; esto es, en qué parte del CP encaja, pues pueden entrar en juego los artículos 177 bis, 311, 311 bis, 312, 313 y 318 bis CP. Por ello, resulta exigible definir las líneas identificables de cada delito, lo que nos permite obtener nitidez tanto en la calificación de la infracción como en su correspondiente pena. Esto, sin perjuicio de la necesidad imperativa de aplicar las reglas que procedan sobre concurso de normas penales (art. 8 CP) y de las reglas especiales para las penas (arts, 73 a 79 CP).

Sentado lo anterior, también se podría pensar que la labor del legislador ha provocado un solapamiento excesivo e injustificado de delitos con esta cualidad, si bien la conclusión deber ser justo la contraria; así, lo perseguido es no dejar espacios de impunidad ante diferentes conductas novedosas, dinámicas y variadas, que sin la profusa regulación provocarían su atipicidad al no cumplirse el mandato del artículo 2.1 CP cuando dispone «No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración». Muestra de ello la encontramos en la STS 298/2015 de 13 de mayo (10815/2014)¹, cuando lo justifica con el fin de evitar espacios de impunidad.

II. OBJETO

1. Delito de tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1 CP)

A) PRECEPTO

El artículo 312.1 del CP tipifica «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.

¹ STS 298/2015 de 13 de mayo (10815/2014) «Es cierto que el juicio de subsunción en hechos de esta naturaleza no es, desde luego, tarea fácil. El deseo de los poderes públicos de no dejar espacios de impunidad cuando lo que está en juego es la dignidad de las personas, su capacidad de determinar su ubicación espacial, sus derechos laborales y, en fin, su libertad sexual, ha llevado a una producción normativa, no siempre debidamente meditada, en la que se superponen porciones de injusto y en la que los problemas concursales adquieren una gran complejidad. En el presente caso, la duda se suscita entre la posible calificación de los hechos como constitutivos de un delito de trata de seres humanos –artículo 177 bis, opción por la que ha optado el Tribunal a quo– y el artículo 318 bis del CP.–»

² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

A) PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL DE REFERENCIA.

AAP de Madrid 294/2009 de 26 de enero (rec. 10/2009).

Si bien se está en fase de instrucción, en el Auto de la AP –resolviendo el recurso– se considera que existen indicios suficientes de que las cuatro imputadas trabajan en una empresa que intermedia para la contratación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, cobrándoles por este servicio³.

B) CUESTIONES RELEVANTES PARA IDENTIFICAR ESTE DELITO.

a) *Bien jurídico protegido.*

Como tal, se le reconoce un carácter colectivo, por cuanto es la indemnidad de la de la propia relación laboral⁴. De una forma más descriptiva la Sala II destaca que tiene como fin la protección en abstracto de todos los trabajadores –nacionales o extranjeros que se ven compelidos a esta forma de contratación por su especial situación de necesidad o debilidad sea económica, social o de otra índole⁵.

b) *Sujeto activo.*

Puede adoptar cualquier forma, sea persona física o jurídica, sea con la condición de empleador o no.

³ AAP de Madrid 294/2009 de 26 de enero (rec. 10/2009) una denuncia sobre la oficina de una empresa en la que se ofrecía empleo –de la que eran empleadas las cuatro imputadas– y se intermediaba en la contratación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, cobrándoles una cantidad de veinte euros y constando en muchas de las fichas de los empleadores con los que la empresa o la agencia trabajaba que se solicitaban con frecuencia trabajadores sin papeles, o con papeles o sin papeles, o «da igual que tengan papeles» o «no importa que tenga papeles».

⁴ STS 372/2005 de 17 de marzo (rec. 512/2004) «de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores».

⁵ STS 143/1998 de 5 de febrero (rec. 1248/1995) «A esta constatación hay que añadir que el bien jurídico protegido mediante la punición del tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones laborales fraudulentas no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas. Aquel delito surge en la ley penal, como un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida.».

c) *Sujeto pasivo.*

El concepto mano de obra nos lleva necesariamente a la consideración del concepto de trabajador asalariado, para lo que podemos acudir al artículo 1.1 ET. Además, entendemos que también tendrán cabida cuando se acuda de forma fraudulenta a figuras como el TRADE o el trabajador autónomo que disfrazan a un trabajador por cuenta ajena. A ello debemos sumar que es indiferente que sean nacionales o extranjeros⁶, y que se encuentren en situación regular o irregular⁷.

d) *Conducta: intensidad y problemas de delimitación con la norma laboral sancionadora.*

Se entiende por «traficar» «la acción de comerciar o negociar con el dinero y las mercancías» o bien «hacer negocios no lícitos» (acepciones 1.^a y 3.^a de la R. A. E).

En este sentido, el CP califica como delito aquellos actos de cesión o colocación de mano de obra no autorizados. Entiende la doctrina penal que «se trata simplemente de la infracción de la normativa sobre contratación de mano de obra⁸, y ello con independencia de que el contrato de trabajo sea válido o nulo y abstracción hecha de que el trabajador esté en situación regular o sea un inmigrante ilegal⁹.

Es evidente que no toda conducta de esta índole es meritoria de un reproche penal, por lo que es importante la delimitación entre el derecho sancionador administrativo laboral y el derecho penal laboral, pues esta doble punibilidad se encuentra limitada por el artículo 3.1 LISOS¹⁰ «1. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento».

Para resolver tal cuestión, se considera oportuno resaltar que el derecho penal debe actuar sólo ante las agresiones de mayor intensidad o lesividad¹¹.

Por lo tanto, ante esta falta de precisión atribuible al legislador, han sido los pronunciamientos de los Tribunales los que han ido conformando el grado

⁶ STS 143/1998 de 5 de febrero (rec 1248/1995).

⁷ STS 293/2004 de 8 de marzo (rec 449/2003).

⁸ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013).

⁹ STS 321/2005 de 10 de marzo, rec. 835/2004).

¹⁰ Real Decreto Legislativo 5/2020 de 4 de agosto, por el que se prueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

¹¹ FUENTES OSORIO, Juan Luis; ¿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).

de intensidad necesario para hacer caer el caso dentro del derecho penal. En algunas ocasiones, por causa de la gravedad de la posterior situación que padece el sujeto pasivo del tráfico ilegal, siendo paradigma de ello la prostitución, como se infiere de bastantes de las resoluciones analizadas; otras veces, por la repetición o elevado número de operaciones de este tipo¹².

Precisamente el elemento de lesividad, como criterio para determinar en qué ámbito sancionador (administrativo laboral o penal) nos movemos también tiene presencia en las normas laborales; muestra de ello es la referencia contenida en el artículo 43.3 ET, en materia de cesión ilegal, que señala la responsabilidad hasta penal «3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos».

La labor anterior resulta de entidad, pues como tiene asentado el profesor Mir Puig, podemos decir con valor de aforismo, «el Derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos».

Finalmente, requiere dos elementos más como son, por un lado, el ánimo de lucro¹³ que lo diferencia del artículo 318.1 bis CP donde no es requisito cardinal para su comisión como tipo básico. Y en cuanto al elemento culpabilidad, se exige dolo, si bien basta con ser consciente de perpetrar los elementos del tipo¹⁴.

¹² SAP de Tarragona 422/2014 de 3 de noviembre (rec. 441/2004). «La cuestión a dilucidar por tanto, es cuál de las conductas que vienen reguladas en la legislación laboral podrían incardinarse en el tipo penal de tráfico ilegal de personas que ahora examinamos y cuales otras quedarían reservadas al ámbito administrativo-laboral. Hubiera sido conveniente que el legislador penal estableciera una mayor delimitación de la sanción penal y la administrativa, y no dejar esta tarea a la doctrina y la jurisprudencia (.....) Ante tal tesitura no faltan autores que vienen defendiendo que puedan englobarse en esta figura los supuestos de trata de personas con fines de explotación laboral, (.....) En cualquier caso, tratándose del tráfico ilegal de mano de obra, en su modalidad de colocación irregular, lo cierto es que el sentir mayoritario de la doctrina científica y la jurisprudencia se inclina por restringir la aplicación del tipo penal solo para aquellos casos en los que la magnitud de las operaciones realizadas permita hablar de una puesta en peligro del derecho al puesto de trabajo de otros asalariados o de obstaculización material de las políticas públicas de empleo. Tal criterio aporta la dosis de lesividad necesaria para distinguir tales supuestos de las meras infracciones administrativas, derivada del principio de lesividad, limitando la sanción penal tan solo a los comportamientos más graves de este los constitutivos de falta muy grave, que como decimos exigiría la puesta en peligro, constatada, de los bienes jurídicos antedichos. En una interpretación de la norma penal desde criterios de adecuación y de estricta protección de bienes jurídicos, es posible distinguir entre niveles de antijuricidad específicamente penales y niveles de antijuricidad extrapenal que impide la reacción punitiva del estado ante comportamientos injustos....»).

¹³ STS 678/2014 de 23 de octubre (rec. 668/2014).

¹⁴ STS 1471/2005, de 12 de diciembre (rec. 1941/2004).

e) *Autonomía o dependencia del artículo 312.1 CP.*

La última cuestión a destacar dentro de este delito es si tiene personalidad propia o requiere de una conducta posterior calificable de explotación en el sujeto pasivo del tráfico ilegal, y en este último caso cómo afectaría.

Planteados estos interrogantes, en cuanto al primero podemos considerar que la realidad casuística es la que puede llevar a la doctrina de la Sala II del TS a concebir que el tráfico ilegal de mano de obra es la premisa de una posterior conducta delictiva, lo que permite concluir que «Igualmente tiene declarado esta Sala que el elemento central de esta conducta delictiva lo constituye la explotación del trabajador»¹⁵. No obstante, entendemos que si bien es cierto que la realidad delictiva siempre conlleva que el delito del artículo 312.1 CP vaya acompañado de otra infracción penal –aplicando las reglas del concurso real o media-, no existe obstáculo para su concurrencia autónoma.

2. Delito de reclutamiento o determinación de personas mediante engaño a abandonar un puesto de trabajo (art. 312.2 primer inciso CP); empleo a extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones desfavorables (art. 312.2 segundo inciso CP)

A) PRECEPTO Y CONSIDERACIONES PREVIAS.

El artículo 312.2 del CP presenta la siguiente redacción «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 falsas, 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»¹⁶.

Describe este precepto la existencia de dos tipos delictivos diferenciados, como así señala el AAP (sección 7.^a) de Madrid 554/2010 de 14 de junio (rec. 121/2010)¹⁷.

Debemos destacar como abrumador el número de pronunciamientos judiciales sobre el denominado delito de explotación laboral de ciudadanos extranjeros, y la escasez de otros sobre el previsto en el artículo 312.2 primer

¹⁵ STS 321/2005 de 10 de marzo, rec. 835/2004).

¹⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

¹⁷ AAP (sección 7.^a) de Madrid 554/2010 de 14 de junio (rec. 121/2010).

inciso del CP. Esto último, posiblemente, será resultado de que con la reacción de las normas sancionadas administrativas laborales (LISOS) se colme el reproche de tales conductas. Por esta razón nos vamos a centrar en el estudio de la infracción penal relativa al empleo a extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones desfavorables, si bien debemos incidir en que muchos de sus elementos del tipo (dolo, bien jurídico protegido...) son coincidentes para ambas formas delictivas definidas en el artículo 312.2 CP.

B) PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL DE REFERENCIA.

La SAP de Barcelona (sección 9.^a) 283/2019 de 28 de mayo (rec. 148/2018)¹⁸, confirma la sentencia condenatoria de instancia, por un delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros.

C) CUESTIONES RELEVANTES PARA IDENTIFICAR ESTE DELITO.

a) *Bien jurídico protegido.*

De nuevo tenemos que acudir a la STS 372/2005 de 17 de marzo (rec. 512/2004)¹⁹, donde se justifica la naturaleza del bien jurídico protegido

¹⁸ SAP de Barcelona (sección 9.^a) 283/2019 de 28 de mayo (rec. 148/2018) relata: «Se trata una persona física, dedicado a la venta de camisetas y recuerdos para turistas, que como empleador contrata a la víctima, la cual se encuentra en nuestro país en situación irregular, pues no disponía ni de permiso de trabajo ni de residencia. El actor estuvo sometido desde noviembre de 2013 a abril de 2016 –momento en que fue descubierto por la Policía Nacional– a las siguientes condiciones laborales que constan hechos probados destacados: «Esta circunstancia, la condición de extranjero sin permiso de trabajo que no puede acceder al mercado laboral regularizado y necesita de medios económicos para subsistir, fue aprovechada por el acusado para imponerle unas condiciones de trabajo claramente lesivas y perjudiciales para sus derechos laborales reconocidos por la legislación y los convenios colectivos, lo cual permitía al acusado reducir los costes laborales de su empresa, y por ende aumentar su beneficio. Así el trabajador prestaba su trabajo como mozo de almacén, dependiente y limpiador todos los días de la semana (sólo libraba un domingo al mes, y a veces, a cambio de 20 euros, ni esto), con jornadas de diez a doce horas diarias, teniendo a veces vigilar por la noche, a cambio de 550 euros al mes que en los últimos tiempos subieron a 650 euros al mes, ello sin cobertura social ni sanitaria alguna, y sin vacaciones.»

¹⁹ STS 372/2005 de 17 de marzo (rec. 512/2004) «Ahora bien, la conducta que se describe en el cuestionado artículo 312 del Código penal, sanciona la explotación laboral, en cualquier actividad, al contratarse a trabajadores extranjeros, que no cuentan con permiso de trabajo, y además, para ser distinguido este comportamiento de la sanción administrativa, la ley penal anuda un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador, de modo que se originen situaciones de explotación en el trabajo. No importa que la clase de trabajo llevado a cabo haya sido la prostitución. En efecto, La Sentencia de esta Sala núm. 995/2000, de 30 de junio vino a señalar en relación a la contratación de los inmigrantes ilegales, que su interpretación debe efectuarse desde una perspectiva constitucional (no olvidando la afirmación con que se inicia la Constitución, que en su artículo 1 califica el Estado de «social»), en la medida que el llamado derecho penal laboral, del que el tipo que se comenta es elemento central, sanciona fundamentalmente situaciones de explotación, que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por

en el delito del artículo 312 CP; lo sintetiza cuando termina razonando «que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores».

b) *Sujeto activo y pasivo.*

Resulta clara la remisión al artículo 1.1 ET en cuanto al concepto de empleador, como sujeto activo.

En lo referente al sujeto pasivo, es el trabajador extranjero sin permiso de trabajo que sufra unas condiciones laborales calificables de explotación en el trabajo²⁰, en el sentido de sufrir perjuicios de alta intensidad lesiva para sus derechos laborales.

c) *Contenido del tipo.*

El tipo objetivo requiere que el sujeto pasivo sea un súbdito extranjero y que carezca de permiso de trabajo. Pero además es esencial, para que no sea una sanción de tipo administrativa, que las condiciones en las que se realiza el contrato –siendo indiferente que sea escrito o verbal– perjudiquen, supriman o restrinjan sus derechos laborales.

Destacamos esta última exigencia del elemento del tipo porque se debe analizar en cada caso ese plus sobre las condiciones que se impone al trabajador. Así, lo indica SAP 542/2016 de 24 de noviembre (rec. 1433/2016)²¹.

un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores.».

²⁰ STS 372/2005 de 18 de marzo (rec. 512/2004).

²¹ SAP 542/2016 de 24 de noviembre (rec. 1433/2016) «Esta última exigencia típica supone que los efectos perjudiciales para los derechos del trabajador a los que se refiere no son los que necesariamente se derivan del hecho de que el súbdito extranjero carezca de permiso de trabajo (la cual tenía como consecuencia la inexistencia de permiso de trabajo y la ausencia de alta en la seguridad social), sino que es preciso algo más, es decir, que han de tener su origen en las condiciones del contrato, con independencia de que éstas sean expresas o tácitas; el legislador añade la exigencia de que las condiciones de la contratación perjudiquen los derechos laborales del trabajador. Dicho de otra forma, no sería delictiva la contratación de un inmigrante sin permiso de trabajo si materialmente sus derechos laborales no se ven afectados por las condiciones del contrato, aunque el sujeto continúe en la misma situación de ilegalidad, aunque esa forma de contratación pueda ser sancionada administrativamente. Debe constar, por lo tanto, que las condiciones del contrato verbal de trabajo supusieran un perjuicio para sus derechos laborales más allá de los

Y precisamente sobre este elemento es donde recae el análisis de los pronunciamientos judiciales. Así, la SAP de Barcelona (sección 9.^a) 283/2019 de 28 de mayo (rec. 148/2018)²², que hemos puesto de paradigma para comprender este delito, razona «que el tipo penal solo exige que se trate de un trabajador extranjero y que carezca de permiso de trabajo, siendo irrelevante si tiene residencia legal o se trata de un inmigrante clandestino, siendo 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. Esta última exigencia típica supone que los efectos perjudiciales para los derechos del trabajador a los que se refiere no son los que necesariamente se derivan del hecho de que el súbdito extranjero carezca de permiso de trabajo, sino que es preciso algo más, es decir, que han de tener su origen en las condiciones del contrato, con independencia de que estas sean expresas o tácitas».

Por lo tanto, se reacciona con el CP ante las conductas más lesivas, y habrá que valorarse por los órganos judiciales la intensidad de esas condiciones para la entrada del ius puniendi del Estado. Algunos casos son evidentes para vislumbrar la presencia de un ataque en grado grave a las condiciones del trabajador, como las que relata la SAP de Barcelona (sección 9.^a) 283/2019 de 28 de mayo (rec. 148/2018)²³, donde se dan como hechos de entidad lesiva grave los siguientes: salarios bajos, descanso residual, las jornadas de trabajo interminables, sin vacaciones ni alta en seguridad social.

Y este elemento resulta cardinal, pues su ausencia determinaría la atipicidad penal, sin perjuicio de la entrada en juego de la facultad sancionadora de la Administración Laboral²⁴, o que se aplique el artículo 311 bis CP cuando en su letra a) castiga al que «De forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo», si bien en este último caso con una pena prisión inferior a la prevista en el artículo 312.2 CP.

Vista la importancia de ese componente del delito, creemos que el derecho laboral sí aporta conceptos que permiten vislumbrar la gravedad de la lesión producida a las condiciones laborales del sujeto pasivo. Así, el artículo 2.1 del Convenio n.º 29 OIT, sobre trabajo forzoso²⁵, establece «1. A los efectos

derivados del hecho de su situación de ilegalidad. En este mismo sentido, la STS n.º 1390/2004, de 22 de noviembre»

²² SAP de Barcelona (sección 9.^a) 283/2019, de 28 de mayo (rec. 148/2018).

²³ SAP de Barcelona (sección 9.^a) 283/2019, de 28 de mayo (rec. 148/2018).

²⁴ SAP Madrid 642/2016, de 24 de noviembre (rec. 1433/2016) y STS 1390/2004, de 22 de noviembre.

²⁵ Convenio n.º 29 OIT, sobre trabajo forzoso.

del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.».

d) *Elemento de culpabilidad.*

La SAP (sección 2.^a) de Valencia 127/2012 de 30 de enero (rec. 731/2013)²⁶, con apoyo en la doctrina de la Sala II (STS 1471/2005, de 12 de diciembre, rec. 1941/2004)²⁷, expone el contenido subjetivo del tipo del artículo 312 de la siguiente manera: «El dolo exigido por el tipo no es el específico al que se refiere el recurrente, pues no se requiere ninguna intención o finalidad concreta, sino que basta el dolo consistente en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, la existencia de una relación de empleo, que se trata de un súbdito extranjero, que carece de permiso de trabajo y que las condiciones de la relación no respetan sus derechos laborales».

e) *Concurrencia con delito de explotación sexual.*

Revisando los pronunciamientos estudiados para la confección de este capítulo, llama la atención que resulta innegable que muchas de las conductas penales que ahora examinamos se producen en un contexto en el que está presente el ejercicio obligado de la prostitución o delito de explotación sexual, casi de forma unánime por el sexo femenino como sujeto pasivo de la infracción penal, y donde el bien jurídico para este tipo de delito difiere del destinado a los previstos para castigar los que van contra los derechos de los trabajadores. Esto es así, pues en relación con el delito regulado en el artículo 188 CP se protege la libertad sexual y la dignidad de la víctima, como bien jurídico individual y personal²⁸.

No podemos obviar, más allá de la cuestión jurídico penal, que en la sociedad española actual –a la fecha de esta monografía– se ha planteado qué hacer con esta actividad, siendo reciente la proposición de ley del grupo parlamentario PSOE, que perseguía la abolición de la prostitución y eliminar toda forma de proxenetismo, si bien no fue definitivamente votada.

²⁶ SAP (sección 2.^a) de Valencia 127/2012 de 30 de enero (rec. 731/2013)

²⁷ STS 1471/2005, de 12 de diciembre, (rec. 1941/2004).

²⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Trata de personas y explotación sexual», Estudios de Derecho Penal y criminología. Comares, Granada. 2006. Obra colectiva).

Volviendo a lo que es objeto de estudio en este capítulo, queremos resolver la duda sobre cómo reacciona el derecho penal cuando junto a los delitos estudiados en este capítulo concurre un delito de explotación sexual. A este interrogante responde la STS 651/2006 de 5 de junio (703/2005)²⁹, que desestima el recurso de los condenados y declara la presencia de un concurso real entre los delitos previstos en el artículo 188.1 CP (determinación coactiva a la prostitución) y artículo 312.2 CP, cuya descripción se refleja con claridad en los hechos probados que transcritos en el pie de página.

3. Delito de migración fraudulenta por razones laborales (art. 313 CP)

A) PRECEPTO

Tipifica como delito el artículo 313 CP: «El que determinare o favoreciera la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior»³⁰.

B) PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL DE REFERENCIA

STS 1956/2005 de 24 de febrero (rec. 153/2005)³¹, donde se desestima el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal «a quo» que condenó por un delito contra los derechos de los trabajadores, en ese momento vigente artículo 313.2 CP (tras reforma LO 5/2010 de 22 de junio queda reducido en la transcripción que hemos realizado en la letra anterior y cuyos términos comparados son iguales) y cuyo contenido fáctico es resumido por la Sala II del TS de

²⁹ STS 651/2006 de 5 de junio (703/2005) «En dicho Club y bajo la dirección del procesado Eugenio y el control efectivo de las otras dos procesadas Eugenia y Encarna, se ejercía la prostitución lucrándose el procesado de la siguiente forma: las mujeres que el procesado utilizaba en su Club tomaban copas con los clientes y les atendían a razón de 10 euros por copa, la mitad de esa cantidad le correspondía al procesado. De la misma forma atendían, tomaban botellas de champán con los clientes por un valor de 30 euros, 15 de los cuales le correspondían al procesado, quien les exigía que a cambio se dejaran efectuar tocamientos por parte de los clientes que adquirían las botellas, esto se denominaba «pequeño champán» y en ocasiones incluía masturbar a los clientes. Finalmente en el local se mantenían relaciones sexuales completas a un precio de 50 euros de los que 25 iban a parar al procesado, lo que era denominado «gran champán» si el cliente abandonaba el local en compañía de alguna de las mujeres para tener relaciones sexuales fuera del Club debía pagar desde 60 a 180 euros, de los cuales la mitad eran para el procesado».)

³⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

³¹ STS 1956/2005, de 24 de febrero (rec. 153/2005).

la siguiente manera «consistió en la captación, mediante la oportuna promoción publicitaria difundida en Bulgaria, de ciudadanos de ese país que abonaron allí diversas cantidades de dinero por unos ofrecimientos de viaje a nuestro país donde se les facilitaría vivienda, permisos de residencia y contratos laborales. Compromisos que nunca llegarían a cumplir los condenados por la Audiencia en estas actuaciones, una vez llegados a España los perjudicados.»

Una primera aproximación pudiera hacer pensar que existe error de calificación porque de los hechos da lugar a entender que se trata de favorecer la inmigración no la emigración, Sin perjuicio de lo que se desarrollará a continuación, la propia STS 1956/2005 de 24 de febrero (rec. 153/2005) despeja esta duda al razonar que dentro de este precepto se encuentra recogido tanto «la salida del trabajador desde España a un tercer país», como «también la llegada del mismo a nuestro territorio proveniente de otro lugar».

C) CUESTIONES RELEVANTES PARA IDENTIFICAR ESTE DELITO

a) *Bien jurídico protegido.*

De los pronunciamientos del TS (STS 385/2012 de 10 de mayo, rec. 1687/2012)³² podemos extraer que coexisten y concurren varios bienes jurídicos susceptibles de protección, que pasamos a exponer: un primero colectivo y abstracto, como es la indemnidad de la relación laboral que converge para este tipo de delitos y hemos destacado al estudiar el artículo 312 CP; un segundo, también colectivo y abstracto, como es el interés social de controlar los flujos migratorios, que comparte con el artículo 318 bis CP; finalmente, un tercero, personal e individual, como es garantizar la protección al emigrante de los derechos del individuo como trabajador, sin afectar a otros derechos que le corresponden como persona.

b) *Sujeto activo y sujeto pasivo.*

A diferencia de lo que ocurre con la víctima de este delito, la determinación del sujeto activo no plantea tanta dificultad, pues será todo aquel que ejecute los actos definidos en el tipo penal, no siendo un delito de autor espe-

³² STS 385/2012, de 10 de mayo (rec. 1687/2012).

cial, esto es, no hace falta que sea el empresario final, en el caso de que finalmente exista, pues estamos ante un delito de mera actividad.

Así, en cuanto al concepto de sujeto pasivo podemos dar las siguientes pautas para su identificación:

- Puede ser nacional o extranjero.
- Casos de salida o entrada a España.
- No se puede exigir que cumpla los requisitos de ser trabajador por cuenta ajena del artículo 1.1 ET para entender realizado el delito, porque tal categoría la alcanzaría cuando aceptase la oferta de trabajo. Por tanto, «que el tipo no haga referencia a la necesidad de que la persona se dedique a una actividad asiduamente debe tener relevancia en orden a excluir la necesidad de habitualidad y también el hecho de que [...] sea típica la conducta consistente en favorecer la emigración de alguna persona a otro país»³³.

c) *Concepto de emigración laboral fraudulenta.*

1.º Emigración.

Tras la reforma operada por la LO 5/2010 de 22 de junio³⁴, que suprime al apartado 1.º del artículo 313 CP donde se hacía referencia a la «inmigración clandestina», pudiera pensarse que el tipo delictivo queda reducido en su contenido. Si bien el concepto emigración sigue conservando también los supuestos de inmigración.

Esto ya era así antes de la reforma de 2010, y fue objeto de tratamiento en la STS 1956/2005 de 24 de febrero (rec. 153/2005)³⁵ cuando entiende que dentro del concepto emigración tiene cabida tanto la salida como la entrada de España.

Tras la reforma lo ha seguido entendiendo de igual manera la Sala II TS, como desarrolla en su STS 385/2012 de 10 de mayo (rec. 1687/2012)³⁶.

³³ QUINTERO OLIVARES (Dir.)/ MORALES PRATS (Coord.), Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, Aranzadi, Navarra, 2011 // PEREZ RODRÍGUEZ, Ana Isabel, El delito de emigración fraudulenta con finalidad laboral (art. 313 CP).

³⁴ LO 5/2010 de 22 de junio, reforma el CP de 1995.

³⁵ STS 1956/2005 de 24 de febrero (rec. 153/2005) razona «Lo cierto es que, de conformidad con el Acuerdo mayoritario adoptado por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de fecha 9 de febrero del presente año, el término «emigración» que se contiene en el precepto aquí analizado, no ha de limitarse, exclusivamente, a la salida del trabajador desde España a un tercer país, sino que abarca también la llegada del mismo a nuestro territorio proveniente de otro lugar».

³⁶ STS 385/2012 de 10 de mayo (rec. 1687/2012) «Se suprime, pues, en el artículo 313 la referencia a la «inmigración ilegal» y se acude ahora a la expresión de «la emigración» ejecutada a través de medios

2.º Engaño.

Se trata de un elemento amplio que puede ir desde la simulación de un contrato, la colocación o cualquier otro medio con entidad que condicione la decisión del sujeto pasivo. De forma más precisa la doctrina incluye tanto la alteración de las condiciones de un contrato de trabajo –categoría, jornada laboral, remuneración, lugar de trabajo, ...–, como la modalidad del contrato de trabajo –indefinido, a tiempo completo, ...–³⁷. Precisamente este último elemento denota la concurrencia de dolo en su comisión.

3.º Elemento de laboralidad.

El factor emigración –entendido en sentido amplio, como hemos desarrollado– debe ir necesariamente acompañado del elemento laboralidad, esto es, en su faceta de derechos del trabajo, desconectados de otros derechos de los que el sujeto pasivo es tributario como persona. Esta delimitación resulta esencial para discernir cuándo estamos ante un tipo del artículo 318 bis CP –inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros–, o del previsto en el artículo 313 de la misma norma sustantiva penal –inmigración de trabajadores extranjeros–, siendo éste un delito específico por referirse a una esfera –la laboral– concreta de la persona perjudicada.

Dicho lo anterior, aunque se pueda pensar que la casuística dará facilidades para determinar tal diferencia, no parece ser esa la experiencia frente a la que se encuentran nuestros Tribunales. Paradigma de ello es lo que señala la STS 385/2012 de 10 de mayo (rec. 1687/2012)³⁸ cuando nos traslada que «La inmigración laboral como tipo específico debe por tanto aplicarse en los casos en que la emigración afecte a los derechos del individuo como trabajador y no afecte a los derechos que le corresponden como persona, deslinde de no fácil verificabilidad en la práctica, dada la interconexión y coimplicación que generalmente concurre entre ambas modalidades de derechos. De ahí los complejos problemas concursales que pueden aflorar en los supuestos enjuiciables».

determinados: con simulación de contrato o colocación o usando otro engaño semejante. Sin que pueda entenderse que la supresión de la palabra «inmigración» suponga su exclusión de la regulación de la norma, que simplemente se ha simplificado en su redacción, comprendiendo ahora tanto una como otra, ya que se atiende a la emigración desde la perspectiva del sujeto pasivo. Ello significa que bajo la palabra «emigración» se cobijan los supuestos en que los traslados de personas se realizan desde España o con destino a España, suprimiéndose también en el nuevo texto la referencia específica a la Unión Europea.».

³⁷ NAVARRO CARDOSO, Los delitos contra los Derechos de los Trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

³⁸ STS 385/2012, de 10 de mayo (rec. 1687/2012).

III. BREVE REFERENCIA A SIGNOS PARA DISTINGUIR DELITOS EN CONCURSO

En este punto no se va a hacer un estudio detallado de las otras infracciones penales que pueden entrar en concurso de delitos con los descritos en este tema, sino tan sólo queremos dar pequeñas pinceladas que permitan una rápida y fácil visión de signos que sirvan de guía para diferenciarlos. Por la misma razón, no vamos a detenernos en el estudio de las reglas especiales de concreción de penas cuando concurren varios de estos delitos con el mismo autor.

La existencia de posibles solapamientos entre varias de estas figuras delictivas (arts. 311 bis, 312, 312, 318 bis y 1771 bis CP) ha sido destacada por la Sala de lo Penal del TS. Así, unas veces para justificar que el fin perseguido por el legislador es no dejar zonas impunes (STS 298/2015 de 13 de mayo, rec.10815/2014)³⁹ o, en la misma línea y con otras palabras, para responder a distintas fórmulas de emigración delictiva (STS 385/2012 de 10 de mayo, rec. 1687/2012)⁴⁰.

Sentado lo anterior, vamos a dar las siguientes pautas diferenciales:

1. Diferencia entre artículo 177 bis, artículo 313 y 318 bis CP

La exposición de motivos de la LO 5/2010 de 22 de junio, que reforma el CP de 1995, es relevante al respecto, dado que resalta los defectos de técnica penal con la que se enfrentaban los operadores jurídicos ante constantes conflictos hermenéuticos a la hora de calificar los hechos constitutivos de delito. Así, la citada exposición de motivos reseña lo siguiente:

«El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos.

Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado “De la trata de seres humanos”. Así, el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los suje-

³⁹ STS 298/2015, de 13 de mayo (rec.10815/2014).

⁴⁰ STS 385/2012, de 10 de mayo (rec. 1687/2012).

tos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada.

En cambio, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.

Además de la creación del artículo 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1 y 318 bis.»

Lo anterior, como define la STS 385/2012 de 10 de mayo (rec. 1687/2012), permite distinguir tres figuras delictivas de necesaria delimitación como son, ateniendo al bien jurídico protegido, las siguientes: la inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros (art. 318 bis del C. Penal); la inmigración de trabajadores extranjeros (art. 313); y la trata de seres humanos (art. 177 bis, bajo el título VII bis: «De la trata de los seres humanos»).

De forma sintética, de esta STS podemos concluir que:

A) El artículo 177 bis CP se aplicará cuando la lesión de su bien jurídico protegido, –como es la libertad y dignidad de la víctima– sea en grado severo, llegando al nivel de explotación descrito en este precepto.

B) En cuanto al artículo 318 bis CP, persigue la defensa de un bien jurídico dual, como es, por una parte, colectiva integrada por el interés social de controlar los flujos migratorios y, de otra parte, el cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos.

C) Referente al artículo 313 CP, como ya hemos señalado, se trata de un delito específico en concurso con el contenido en el artículo 318 bis CP, pues también persigue garantizar los derechos de los extranjeros y de su dignidad de la persona, pero concretado en su dimensión laboral.

2. Diferencia entre el artículo 311 bis letra a) CP y el artículo 312.2 último inciso de la misma norma

Quizás estemos entre unos delitos que en caso de concurso su propia letra permite una sencilla subsunción y calificación. Así, el artículo 311 bis letra a) CP se refiere a dar empleo a una persona extranjera sin permiso de trabajo, y sin exigir ningún elemento más. En cambio, el artículo 312.2 CP demanda,

además de lo anterior, un perjuicio de alta intensidad en las condiciones de trabajo del sujeto pasivo.

3. Diferencia entre el tipo básico del 318 bis CP y el artículo 312.1 CP

Si observamos la letra del tipo básico del delito de inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros, previsto en el artículo 318.1 bis del C. Penal no se requiere ánimo de lucro; así: «1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con...»⁴¹; en caso de concurrir tal elemento estaríamos ante un supuesto agravado –artículo 318.2 bis CP–.

Pues bien, en esta fase básica de la infracción penal reseñada no se requiere ese interés por lucrarse, que sí se debe dar en el delito de tráfico ilegal de mano de obra⁴².

4. Distinción del artículo 312.2, segundo inciso, CP en relación con el artículo 311.1.º CP

Para mejor comprensión de lo que vamos a exponer, es útil señalar lo que dispone el artículo 311.1.º CP «Serán castigados con las penas...: 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»⁴³.

A continuación, debemos destacar que es una particular característica del sujeto pasivo del delito previsto en el artículo 312.2 segundo inciso CP –denominado como «empleo a extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones desfavorables– el que carece de licencia laboral, lo que provoca que la norma no haga uso de la fórmula «mediante engaño o abuso de situación de necesidad», que sí se recoge en el artículo 311.1 CP. Lo anterior se debe a que el legislador considera que la contratación de un trabajador extranjero sin dicho

⁴¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴² STS 678/2014, de 23 de octubre (rec. 668/2014).

⁴³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

permiso lleva incluida la actuación engañosa y el aprovechamiento por el empresario de su situación de ilegalidad para estipular condiciones laborales perjudiciales en la celebración del contrato, lo que explica la agravación de la pena (SAP de Cáceres 2/2006, de 1 de marzo)⁴⁴.

Siguiendo con este análisis, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 887/2004, de 14 de septiembre⁴⁵, marca otra diferencia entre ambos preceptos, como es que el artículo 312.2 CP menciona específicamente como sujeto pasivo del delito a «*súbditos extranjeros sin permiso de trabajo*», delimitando así su ámbito subjetivo de aplicación, mucho más estrecho que el del artículo 311.1 CP, que afecta en general al trabajador (español o extranjero) que vea perjudicado sus derechos laborales.

TEXTOS LEGALES

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Real Decreto Legislativo 5/2020, de 4 de agosto, por el que se prueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Convenio n.º 29 OIT, sobre trabajo forzoso.
- LO 5/2010, de 22 de junio, reforma el CP de 1995.

PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

— Todas las sentencias y autos citados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de las diferentes Audiencias Provinciales, se han obtenido del centro de Documentación Judicial (Cendoj), órgano técnico del Consejo General del Poder Judicial.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES OSORIO, Juan Luis; ¿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).

⁴⁴ SAP de Cáceres 2/2006, de 1 de marzo.

⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 887/2004, de 14 de septiembre.

MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013).

PÉREZ CEPEDA, ANA ISABEL. «Trata de personas y explotación sexual», Estudios de Derecho Penal y criminología. Comares, Granada. 2006. Obra colectiva).

PEREZ RODRÍGUEZ, Ana Isabel, El delito de emigración fraudulenta con finalidad laboral (art. 313 CP).

QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, Aranzadi, Navarra, 2011.

**TRATA DE SERES HUMANOS CON FINALIDAD DE TRABAJO
FORZOSO, SERVIDUMBRE Y ESCLAVITUD
(CP ART. 177 BIS)¹**

DOLORES CARRASCOSA BERMEJO

Profesora Universidad Pontificia Comillas – ICADE
(Acreditada Profesora Titular de Universidad ANECA)

SUMARIO: I. Introducción al delito de trata de seres humanos. II. La TSH «laboral» como objeto de estudio. A. Algunas estadísticas sobre persecución de la TSH laboral. III. La trata laboral en el derecho internacional de los derechos humanos. 1. Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo. A. La OIT y su conexión con el tardío Plan nacional contra el trabajo forzoso. 2. El Consejo de Europa. 3. La Unión Europea. IV. Elementos fundamentales del delito de trata de seres humanos. 1. Sujetos involucrados. A. Sujeto pasivo o víctimas de TSH. B. Sujeto activo o el tratante. 2. Las finalidades de trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud y figuras afines. A. Trabajo o servicios forzados. B. Servidumbre. C. Esclavitud. D. Prácticas similares a la esclavitud. 3. Acciones o conductas típicas. 4. Medios comisivos. A. Engaño. B. Violencia o intimidación. C. Abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. D. Entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de quien posee el control sobre la víctima. V. Concurrencia del delito de TSH con otros delitos. A. Concurrencia del delito de TSH con el delito de inmigración ilegal. B. Concurrencia del delito de TSH «laboral» con los delitos contra los derechos de los trabajadores. C. Concurrencia del delito de TSH con finalidad no «laboral» con los delitos contra los derechos de los trabajadores. Bibliografía.

¹ Este capítulo es parte de los resultados de los siguientes proyectos de investigación: el financiado por el MCIU-Proyectos de investigación no orientada titulado «El régimen jurídico del transition Law y su impacto sobre los derechos de los trabajadores en mares y océanos» (ref. GIU 21/014) y el proyecto PID2021-122254OB-100, «La incidencia del Derecho de la UE en las futuras reformas laborales» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER)»

I. INTRODUCCIÓN AL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

Este capítulo analiza el tipo básico del delito doloso² de trata de seres humanos (en lo sucesivo delito de TSH), castigado con una pena de cinco a ocho años de prisión, contenido en el Código Penal artículo 177 bis, que conforma en solitario el Título VII bis. La inclusión de este tipo, a través de la LO 5/2010, permitió cumplir ciertos compromisos internacionales adquiridos por España, principalmente, los derivados del denominado Protocolo de Palermo de Naciones Unidas de 15 de diciembre de 2000, en el marco de la lucha contra el crimen organizado y el Convenio de Varsovia sobre la TSH del Consejo de Europa de 16 de mayo de 2005. El delito de TSH fue modificado por la LO 1/2015 para adaptarlo a la Directiva 2011/26/UE, recientemente modificada por la Directiva (UE) 2024/1712, (ver sobre sus novedades infra apdo. III.3). Todas estas organizaciones, junto con la Organización Internacional del Trabajo (OIT), realizan grandes esfuerzos para acabar con esta lacra, aprueban además de normas jurídicas, planes estratégicos y de acción que van más allá de la necesaria pero insuficiente tutela penal.

El objeto de estudio se centra en la TSH que tiene como finalidad «la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre (...)»³. Aunque el CP utilice el calificativo de forzados, su definición, como se verá, ha quedado circunscrita a la del trabajo forzoso conforme a lo establecido por la OIT desde 1930⁴, siendo este el término que se utilice en este trabajo.

Aunque se mencionarán y a veces se entremezclan⁵, quedan fuera del análisis el resto de las finalidades listadas exhaustivamente en el artículo 177 bis del CP, tanto la que tiene como fin la mendicidad como la explotación sexual, la finalidad más perseguida penalmente y asociada a la prostitución y pornografía coactiva. Tampoco se analizan otras finalidades más minoritarias como la que pretende la realización de actividades delictivas, la extracción de órganos corporales o la celebración de matrimonios forzosos. De futuro, se sumarán nuevos fines como «la explotación de la maternidad subrogada o

² No existe la TSH imprudente de quien no conoce o no quiere realizar los elementos objetivos del tipo.

³ CP artículo 177 bis. 1.a)

⁴ Convenio OIT n.º 29. Como se verá, esa definición al trabajo forzoso está plenamente vigente, como confirmó la propia OIT en un Protocolo de 2014 a dicho Convenio que también fue ratificado por España.

⁵ Ver TS Penal 26-4-23, n.º 301/2023 Rec 301/2023 en un caso de TSH con finalidad de imposición de prácticas similares a la esclavitud y la explotación para realizar actividades delictivas (CP artículo 177 bis. a) y c)

la adopción ilegal» enunciadas en la reciente modificación de la Directiva (UE) 2011/36, que recoge unas causas mínimas de explotación a considerar por las normas nacionales de transposición, pero no un listado exhaustivo como la norma española⁶. Aunque alguna de estas finalidades, como elemento subjetivo del injusto, definitorio del delito de TSH, ha de concurrir, eso no significa que deban llegar a materializarse para que concurra el tipo de TSH que es un delito de resultado cortado o de mera intención asociada a ese elemento teleológico. Al analizar el elemento subjetivo, se mostrará el posible impacto de la futura aprobación del Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos⁷ (ALOITEX en lo sucesivo) que propone la inclusión de nuevos delitos de trabajo forzoso (no forzado), servidumbre y esclavitud en el Título dedicado a la TSH, (ver infra epígrafe IV.2).

Junto con la finalidad o elemento subjetivo teleológico, han de confluir dos elementos objetivos relevantes para configurar el delito de TSH y que son comunes a todas las posibles finalidades. Por un lado, unas conductas típicas o acciones a realizar por los tratantes y, por otro lado, unos medios comisivos de presencia ineludible en la trata de adultos⁸.

El primer elemento objetivo del tipo de TSH se refiere a la concurrencia de alguna o varias de las siguientes acciones o conductas típicas recogidas en el artículo 177 bis del CP y que describen un proceso de sometimiento o desarraigo de las víctimas que comienza con su captación, continúa con su transporte, traslado o acogimiento y recepción, incluido el intercambio o transferencia de control de las víctimas, siempre con la finalidad de explotación. En principio, la persecución penal del delito, de acuerdo con el tipo, exige que alguna de estas acciones deba haber ocurrido en España, que puede no ser el destino final de las víctimas⁹, pues España sigue siendo destino y tránsito de la trata internacional¹⁰. No obstante, la jurisdicción española podrá conocer

⁶ Nuevo art. 2.3 de la Directiva (UE) 2011/36 modificada por la Directiva (UE) 2024/1712.

⁷ <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20Org%C3%A1nica%20Trata%20TAIP.pdf>

⁸ Los medios comisivos no deben concurrir en relación con víctimas menores de edad, las más vulnerables, cuya trata se vincula a penas adicionales (CP artículo 177 bis.1, in fine, y apartado 2).

⁹ La TSH a la que se refiere el CP artículo 177 bis.1 es la perseguida «en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella».

¹⁰ Informe GRETA (Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings). «Evaluation Report Spain. Third Evaluation round. Access to justice and effective remedies for victims of trafficking in human beings». GRETA 2023.10 Published 12-6-2023. Council of Europe p.9. De acuerdo con el Ministerio del Interior esto se debe «entre otros factores, a su disposición geográfica y cercanía con África, así como a los lazos culturales mantenidos con Latinoamérica, lo que la sitúa como un nodo relevante para las redes de trata y explotación de seres humanos.» <https://www.interior.gob.es/opencms/gl/servicios-al-ciuda->

del delito de TSH por hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, cuando se cumplan ciertos requisitos¹¹. La Audiencia Nacional tiene competencia para investigar los aparatos de captación que se desarrollan en el extranjero o aquellas redes que poseen ramificaciones en España, y en las que el destino de las personas objeto del tráfico ilícito es España¹². Además, debe tenerse en cuenta que el ALOITEX ha suprimido toda referencia geográfica. En todo caso, debe subrayarse, que la TSH puede ser netamente doméstica, afectar a nacionales españoles y no incurrir en ningún elemento de transnacionalidad¹³. Sin embargo, en la práctica, desde el punto de vista del sujeto pasivo, el 98% de las víctimas de TSH en España son extranjeras,¹⁴ incluidas las comunitarias. Entre las extracomunitarias, más de las dos terceras partes son peticionarias de protección internacional o están en situación administrativa irregular¹⁵, lo que muestra cierta conexión entre la TSH y las políticas migratorias¹⁶. Desde el punto de vista del sujeto activo, es un delito común que puede ser cometido por cualquiera, pero está previsto un tipo agravado para cuando los responsables sean grupos criminales internacionales como ya se

dano/trata/situacion-en-espana/#:~: text=A%20lo%20largo%20del%202023,109%20grupos%20u%20organizaciones%20criminales.

¹¹ LOPJ artículo 23.4.d

¹² CP artículo 570 quater.3 y LOPJ artículo 65.1.e). Siguiendo lo establecido en la Decisión Marco 2008/841/JAI. Ver Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don Álvaro García Ortiz. Madrid. 2023. p. 505 y 541. Ver cuadro resumen de las 5 actuaciones de cooperación judicial en caso de TSH p. 529 https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS23.pdf

¹³ POMARES CINTAS, E. «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n.º 13-15/2011, p. 7. Así se deduce del tipo y se constata en una de las escasas sentencias sobre TSH laboral sobre un caso de trata asociada al trabajo forzoso en Galicia en el que los sujetos activos y pasivos son españoles: TS Penal de 24 de marzo de 2017, n.º 196/2017, Rec. 10655/2016.

¹⁴ No es una circunstancia tan común. En Estados de la UE como Estonia, Hungría, Bulgaria, Rumanía y Eslovaquia todas o casi todas las víctimas tenían la ciudadanía de esos mismos Estados. Ver Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre los progresos realizados en la lucha contra la TSH (cuarto informe) COM (2022) 736 final p. 4

¹⁵ Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don Álvaro García Ortiz. Madrid. 2023. Introducción p. XXV s. https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS23.pdf

En la UE el 53% de las víctimas eran ciudadanos de la UE y el 43% nacionales de un tercer Estado, existiendo un 4% con nacionalidad no determinada. Ver Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre los progresos realizados en la lucha contra la TSH (cuarto informe) COM(2022) 736 final p. 6. Las víctimas comunitarias eran mayoritariamente rumanas, francesas, italianas, búlgaras y polacas. Las víctimas extracomunitarias provenían de Nigeria, China, Moldavia, Pakistán y Marruecos.

¹⁶ SEDANO GARCIA, T. *La detección, identificación y protección de las víctimas de trata de seres humanos*. Reus. Madrid. 2021, p. 9.

preveía en el Protocolo de Palermo. Grupos que operan para obtener, a través de la explotación de las víctimas de TSH, ingentes beneficios económicos¹⁷. Motivo por el que cada vez más voces se alzan señalando que para combatir la trata se debe incidir en la reducción o eliminación del mencionado lucro económico intrínseco. Proponiéndose desde el ámbito penal la aplicación de medidas, hasta ahora poco utilizadas, como el decomiso de los activos ilícitos, la imposición de sanciones pecuniarias, la persecución del blanqueo de capitales y la responsabilidad de las personas jurídicas¹⁸. Estas últimas a las que actualmente se les impone la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido¹⁹, y nuevas sanciones según la nueva directiva²⁰, podrían utilizar programas de *compliance* para exonerarse o reducir su responsabilidad penal que tendrían que contemplar toda su cadena de suministro, también la internacional (ver infra apartado III. C). Todo ello sin olvidar el necesario resarcimiento del daño infringido a las víctimas²¹, la responsabilidad civil *ex delicto* que suele imponerse especialmente en relación con la TSH por explotación sexual²², olvidándose, en ocasiones, el resarcimiento del importante daño moral²³. Los elementos internacionales mencionados, presentes en los sujetos activos y pasivos del delito, no solo conectan la TSH con las políticas migratorias, también exigen de cooperación y coordinación entre los numerosos profesionales involucrados en la compleja persecución de la TSH con la

¹⁷ *Ibidem* p. 166. Ver también las cifras que maneja TORRES FERRER, C. «La trata de seres humanos como criminalidad económica: análisis jurisprudencial» Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo LXXVI. 2023, p. 371-404. Premio Susana Huerta.

¹⁸ Ver un análisis sobre la aplicación de las medidas mencionadas en 128 sentencias penales españolas dictadas desde 2012 a 2022 sobre TSH asociada a todo tipo de finalidades en TORRES FERRER, C. «La trata de seres humanos como criminalidad económica...», *op. cit.* pp. 383 y s.

¹⁹ CP artículo 177 bis.7 donde también se prevé la aplicación de las penas recogidas en el CP artículo 33.7 letras, b) a g), para estos delitos cometidos por representantes legales o administradores de las personas jurídicas en nombre o por cuenta de estas.

²⁰ Previéndose la exclusión del derecho a recibir prestaciones o ayudas públicas o el acceso a financiación pública, incluidos los procedimientos de contratación pública, las subvenciones, las concesiones y las licencias (ver art. 6 de la Directiva (UE) 2011/26 tras su modificación por la Directiva (UE)2024/1712).

²¹ Sobre la necesidad de enfocar en el resarcimiento de las víctimas considerando, por ejemplo, el impago de salarios ver SKRIVANKOVA, K. «Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation». Joseph Rowntree Foundation. p. 2.

²² Ver TORRES FERRER, C. «La trata de seres humanos como criminalidad económica...» *op. cit.*, p. 394 s. que subraya que la trata sexual es la más tutelada en ese sentido y añade que las indemnizaciones de cuantía más baja, aunque se consiga su fijación en sede judicial, son difícilmente ejecutables.

²³ Destacando su importancia ver ARRIETA IDIAKEZ, F. «Protección ofrecida por el Derecho del trabajo a las víctimas de trata con fines de explotación laboral» Entrada en el Foro de Labos de 28-5-2024, descargado en esa fecha, p. 6 <https://www.elforodelabos.es/2024/05/proteccion-ofrecida-por-el-derecho-del-trabajo-a-las-victimas-de-trata-con-fines-de-explotacion-laboral/>

finalidad de trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud, tanto a nivel nacional²⁴ como internacional.²⁵

El segundo elemento objetivo del tipo implica que el tratante, respecto de las víctimas adultas,²⁶ debió utilizar ciertos medios comisivos, que la norma enumera: la violencia, intimidación o engaño, o abuso de una situación de superioridad o incluso del estado de necesidad o de vulnerabilidad de la propia víctima. La propia norma aclara que este último medio concurre cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso. Además, la reforma operada por la LO 1/2015, añadió como medio comisivo «la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima» que ha desaparecido del ALOITEX. La concurrencia de estos medios comisivos, cuando las víctimas no son menores, es crucial, pues permiten el control de las víctimas, anulando o limitando la libertad de elección, colocándolas en una situación de máxima vulnerabilidad²⁷, en el que el consentimiento, al estar viciado, resulta irrelevante²⁸.

El delito de TSH, dejando al margen las finalidades específicas de explotación a las que se asocia, protege, según la exposición de motivos de la ley que lo implantó (la LO 5/2010) la protección de la «dignidad²⁹ y la libertad de los

²⁴ Ver, los resultados de las entrevistas realizadas a los mismos por VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Dificultades en la persecución de la trata de seres humanos para explotación laboral». InDret.2/2022 pp. 163-202, <https://indret.com/dificultades-en-la-persecucion-penal-de-la-trata-de-seres-humanos-para-explotacion-laboral/>.

Sobre los problemas en la detección de las víctimas y su protección cuando son extranjeros en situación irregular ver MULAS, N. «Anteproyecto de Ley Integral contra la trata: encarando la explotación de la desesperación humana». Estudios Penales y Criminológicos. 2023, n.º 43, p. 19. La mera presencia, concurrente y necesariamente coordinada, de tantos sujetos, mayoritariamente públicos, como los que se mencionan a continuación, ya supone una dificultad: Magistrados de lo penal, Fiscalía especializada en TSH y extranjería, abogados involucrados, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Policía nacional, autonómica, Guardia Civil), Inspección de Trabajo (también de la Oficina de Lucha contra el Fraude) –con un papel en la detección de las víctimas–; pero también interlocutores sociales (asociaciones empresariales y sindicatos), sin olvidar a las ONG que asisten y ayudan a las víctimas.

²⁵ Ahí encontramos, por ejemplo, la colaboración de la Autoridad Laboral Europea con la Europol en 2021 sobre la situación en el sector temporero agrícola o la promoción de la Plataforma multidisciplinar europea sobre delincuencia organizada EMPACT, a la que la Comisión atribuye la protección de más de 1.400 víctimas de TSH y de abuso de menores. Promoción en la que está participando la Autoridad Laboral Europea agencia de reciente creación dedicada a la movilidad internacional de trabajadores y al trabajo no declarado, <https://www.europol.europa.eu/crime-areas-and-statistics/empact>

²⁶ No es necesario la concurrencia de tales medios cuando las víctimas de TSH son menores CP artículo 177 bis.2.

²⁷ VALVERDE CANO, A. B. «Reexaminando la definición de la trata de seres humanos del Protocolo de Palermo: la trata como forma de explotación». Estudios de Deusto n.º 67/2. 2019, p. 18.

²⁸ CP artículo 177 bis.3

²⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*. Aranzadi. Navarra. 2011. P.598. Hay autores a los que la dignidad, como objeto

sujetos pasivos que la sufren». La protección de estos mismos bienes jurídicos, el primero mencionado en el artículo 10 de la Constitución, ha sido considerada indiscutible por la jurisprudencia, cuando se traslada a las víctimas, se las desarraiga y genera indefensión, cosificándolas y comercializándolas con el fin de explotación, y obtención de un beneficio económico³⁰. En efecto, se admite expresamente que la TSH despoja a las víctimas de su dignidad humana para esclavizarlas, incluso comprarlas y venderlas³¹. También se ha mencionado la integridad moral³² de las víctimas, aunque el delito de trata está precisamente en el Título anterior al dedicado a los delitos asociados a la vulneración de ese derecho fundamental protegido por la Constitución artículo 15. Esta posibilidad se ha entendido concurrente, sin duda, en la denominada «trata abusiva» en la que se instrumentaliza a la víctima que se humilla y envilece³³. También se ha señalado que el delito de TSH trataría de defender a las víctimas de formas múltiples e interseccionales de discriminación y violencia, entre otros, por motivos de género, edad, raza, discapacidad, origen étnico, cultura y religión, así como de origen nacional o social u otra condición, incluida la situación migratoria, pues estas formas de discriminación pueden por sí mismas fomentar la trata de personas³⁴. Finalmente, se podría considerar que la TSH por las finalidades de trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud podría impactar indirectamente en la indemnidad de las condiciones laborales de los trabajadores, especialmente en determinados sectores en riesgo, pues la falta de libertad y voluntariedad asociada a la explotación de las víctimas que se quiere imponer, desde luego, no favorece el trabajo decente.

Por el contrario, se debe precisar que no parece que el delito de TSH pretenda la protección de las fronteras de los Estados que parece más propio

de protección directo, plantea problemas, pues no deja de ser «un valor superior que informa al ordenamiento jurídico y que, además se tutela mediante los bienes jurídicos personalísimos» BERASALUCE GERRIKAGOITIA, L., «Delimitación conceptual del bien jurídico en el delito de trata de seres humanos sen el tipo básico recogido en el artículo 177 bis CP contra mayores de edad: entre la dignidad, la integridad moral, la libertad y la pluriofensividad». Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Núm 24-32. Sin embargo, el ALOITEX vuelve a aludir a la dignidad como bien jurídico protegido.

³⁰ TS 26-4-23, n.º 301/2023 Rec 10698/2022 reiterando TS Penal 24-7-19, n.º 396/2019.

³¹ *Ibidem*.

³² El Convenio de Varsovia del Consejo de Europa de 2005 considera que la trata es un atentado contra «la dignidad y la integridad de las personas como bienes protegidos».

³³ BERASALUCE GERRIKAGOITIA, L. «Delimitación conceptual del bien jurídico en el delito de trata de seres humanos sen el tipo básico recogido en el artículo 177 bis CP contra mayores de edad: entre la dignidad, la integridad moral, la libertad y la pluriofensividad». Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Núm 24-32, p. 13.

³⁴ Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 12 de julio de 2023 53/9 sobre Trata de personas, especialmente mujeres y niños.

de delitos específicos como el CP artículo 318 bis³⁵ con el que puede concurrir, como se prevé expresamente en el tipo³⁶.

En el apartado siguiente se alude al tipo de trata elegido como objeto de estudio, mostrando brevemente que las condenas por el necesario tipo penal de TSH «laboral» son llamativamente escasas y claramente insuficientes para frenar un problema de envergadura creciente. A continuación, se analiza el origen internacional del delito, enfocando en el Derecho de la UE, y destacando, en cada caso, las medidas adoptadas en España para su erradicación (apartado III). En el apartado IV profundizamos un poco más en los elementos configuradores del delito de TSH analizando principalmente la finalidad elegida, poniéndola en relación con los nuevos tipos propuestos por el ALOI-TEX. Finalmente, en el apartado V se analiza la concurrencia del delito de TSH con otros delitos como el de emigración ilegal, prestando más atención a la condena simultánea por aquellos que atentan contra los derechos de los trabajadores.

II. LA TSH «LABORAL» COMO OBJETO DE ESTUDIO

El objetivo de este capítulo es aproximar al lector al delito de «trata laboral» o TSH «para explotación laboral»³⁷, aunque esta finalidad no está listada expresamente entre los objetivos del tipo penal y adolezca de una definición normativa unívoca. En este último sentido, de acuerdo con la doctrina, entendemos que la explotación laboral está configurada como un «continuum» que abarca desde donde acaba el trabajo decente y que puede llegar, siempre pasando por la coacción y las limitaciones a la libertad de las personas, hasta la esclavitud³⁸. En medio encontramos incumplimientos de la normativa laboral, más o menos graves, hasta llegar a situaciones como el trabajo forzoso impuesto, donde ya no existe la voluntariedad caracterizadora de la

³⁵ PARDO MIRANDA, M. *El delito de trata de seres humanos. Un estudio político-criminal*. Dykinson. 2023, p. 181.

³⁶ CP artículo 177 bis.9, ver apdo. V. A de este trabajo.

³⁷ Ver, por ejemplo, en el propio Plan nacional contra el trabajo forzoso donde la expresión «trata laboral» se recoge en 6 ocasiones. Permalink ELI: [https://www.boe.es/eli/es/res/2021/12/20/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/res/2021/12/20/(2)) o la propia Directiva 2011/36 que en el punto tercero de su preámbulo se refiere a la TSH «con fines de explotación laboral, por ejemplo, en el sector de la construcción, en la agricultura o en el servicio doméstico». Esa finalidad, también se utiliza por la doctrina española, ver citando muchos trabajos internacionales referidos a «labour exploitation» el propio título del trabajo de VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Dificultades en la persecución de la trata de seres humanos...», *op. cit.*

³⁸ SKRIVANKOVA, K. «Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation». Joseph Rowntree Foundation, p. 16 s.

relación laboral, o la propia servidumbre en la que la libertad de las víctimas se va difuminando hasta desaparecer en la esclavitud. La explotación laboral podría entenderse también como el punto de partida, pues todas las formas contemporáneas de esclavitud implican un grado de aprovechamiento injusto de las personas, que incluso puede ser coincidente en situaciones en las que los grados de coacción y falta de libertad difieran sustancialmente³⁹. La tutela también va de menos a más: soluciones en el marco del Derecho laboral, incluidas las sanciones administrativas de la Ley de infracciones y sanciones del orden social, la LISOS⁴⁰, reservándose el Derecho Penal, lógicamente, para los casos más graves de explotación laboral. En efecto, la explotación laboral sería una realidad creciente y transversal tutelada por diversas disciplinas según su gravedad. Debiéndose tener en cuenta que, por supuesto, cabe la existencia de un delito de TSH, sin materializarse la explotación o, viceversa, delitos asociados a trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud⁴¹ sin TSH. Incluso, en un plano más teórico, en una servidumbre o esclavitud sin maltrato o abuso, aunque la mera privación de la libertad de las víctimas resulte completamente reprobable⁴².

En los casos de explotación más severa, asociada a las finalidades escogidas (de trabajo forzoso, la servidumbre o la esclavitud), existe lo que podría considerarse un «lapsus tipificador» relevante, que ha sido denunciado desde todos los ámbitos⁴³. En efecto, el CP «solo contempla el delito medio, esto es la trata, no hace alusión al delito fin, la propia explotación, pese a que ésta y el beneficio económico de ella derivado constituyen la razón de ser de todo el proceso»⁴⁴. A la espera de que prospere el ALOITEX, no existen

³⁹ VALVERDE-CANO, A. B. Más allá de la trata: el Derecho Penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados Tirant lo Blanch 2023, p. 284.

⁴⁰ 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. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2000/08/04/5/con>

⁴¹ Ver el supuesto de hecho, en el que la víctima llega a firmar un contrato de esclavo Tribunal Supremo (Penal), 30 de junio de 2000, n.º 995/2000, Rec. 3947/1998

⁴² La esclavitud no implica un requisito de trato inhumano. Como ha declarado el Tribunal de Justicia de ECOWAS los esclavos pueden estar bien alimentados, vestidos y alojados, pero «No existe una esclavitud benevolente. Una servidumbre involuntaria, incluso atemperada por un tratamiento humanitario, es, en todo caso, esclavitud» (Sentencia 27 de octubre de 2008 Caso H. Mani v Niger), RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. «La libertad de trabajo y la interdicción del trabajo forzoso» Relaciones Laborales n.º 1 enero/ 2021. Editorial, p. 3.

⁴³ Esta reforma del CP se solicitaba desde el Plan Nacional contra el Trabajo Forzoso aprobado a finales de 2021, pero mucho antes fue respaldada por la doctrina científica penal de forma unánime. Destacando tal consenso ver

⁴⁴ MULAS, N. «Anteproyecto de Ley Integral contra la trata: *op.cit.*, p. 19. Destacando esta laguna previamente VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación...*, *op.cit.*, p.336 y VALVERDE CANO, A. B. «Ausencia de un delito esclavitud, servidumbre y trabajos forzados en

delitos de trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud cuando se materializa la explotación asociada a la denominada «TSH laboral». En esos casos de explotación laboral resulta todavía más controvertida tal denominación, pues en ninguno de los tres supuestos podría existir una relación laboral por ausencia de la voluntariedad, definitoria del contrato de trabajo, pretendiéndose «una disponibilidad inmoderada de su fuerza de trabajo»⁴⁵. En efecto, la explotación más severa quedaría al margen del Derecho del Trabajo que solo resulta aplicable «a los trabajadores 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»⁴⁶. Notas definitorias que deben concurrir incluso en el marco del trabajo penitenciario en España, el único regulado como derecho fundamental de primer nivel en la Constitución artículo 25.2, y que tiene una finalidad rehabilitadora⁴⁷.

A diferencia de otras notas caracterizadoras de la relación laboral, o de la propia situación administrativa del trabajador extranjero⁴⁸, la ausencia de voluntariedad no podrá ser obviada, al vulnerar importantes derechos humanos, convirtiendo lo que podría ser una relación laboral en un delito, como la propia TSH que condujo a tal explotación.

Sorprendentemente, al menos para un laboralista, cuando en ese tipo de TSH «laboral» se materializa la explotación, su tutela se ha venido realizando a través de los delitos contra los derechos de los trabajadores del Título XV del CP (art.311.1⁴⁹ y 312.2, último inciso), cuyo ámbito de aplicación está asociado a una relación laboral. Estos delitos han suplido la

el Código penal español» /EN/VVAA *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2017, pp. 426-445.

⁴⁵ Preguntándose sobre la exclusión de estas situaciones de explotación tan graves de la propia relación laboral voluntaria y del propio concepto de explotación laboral ver BONET PÉREZ, J. «La trata de seres humanos con fines de explotación laboral: una aproximación jurídica internacional diferenciada» / en/ VVAA Blasco, P. L. (coord.) *Trata de seres humanos. Inmoralidad e injusticia*. Prensas de la Universidad de Zaragoza. 2023, p. 88.

⁴⁶ Estatuto de los Trabajadores ET artículo 1.1 Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/com>

⁴⁷ De modo que solo habría trabajo forzoso cuando se imponga este «como pena asimilada a la comisión de un delito, los que consistan en la utilización del recluso en el interior o exterior del centro penitenciario, como mano de obra productiva y no remunerada al servicio del Estado «TC 116/2002. En ese sentido, RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. «La libertad de trabajo y la interdicción del trabajo forzoso», *op. cit.* p. 5.

⁴⁸ La ausencia de autorización para trabajar no invalida los contratos laborales como incorporó la LO 2/2009 expresamente en la ley de extranjería LO 4/2000 artículo 36.5 y había reconocido previamente la jurisprudencia social, ver, entre otras, TS Social 9-6-03, Rec 4217/2002).

⁴⁹ Nos referimos al tipo básico, pues es cierto que este delito en su tipo agravado, asociado a la violencia y la intimidación, puede estar también sorprendentemente conectado con el propio trabajo forzoso, careciendo asimismo de voluntariedad.

ausencia de delitos específicos de trabajo forzoso, servidumbre o la propia esclavitud, cuando se produce la explotación asociada a la TSH «laboral»⁵⁰. Nos referimos a casos en que las víctimas se han visto abocadas a situaciones de explotación asociadas a trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud, caracterizadas por la falta de voluntariedad, aunque simultáneamente se aprecien incumplimientos muy graves de la normativa laboral con relevancia penal⁵¹. Aunque nadie desea que tales incumplimientos queden impunes, la aplicación concurrente de los delitos contra los derechos de los trabajadores podría considerarse una práctica conceptualmente cuestionable, por la inexistencia de relación laboral y referirse, por tanto, a situaciones ajenas al propio campo de aplicación de estos delitos que, como se verá, incluso concurren con la TSH sexual asociada a prostitución coactiva ajena al alterne.

Esta concurrencia conflictiva de los delitos contra los derechos de los trabajadores y la TSH laboral, entendemos que se solucionará si prospera el mencionado ALOITEX⁵² y sus nuevos tipos específicos de trabajo forzoso, servidumbre y esclavitud. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la doctrina penal,⁵³ si la tipificación de los nuevos delitos propuestos no es revisada, se pueden generar problemas de concurrencia conflictiva con la TSH con finalidad sexual o la mendicidad que ya tienen tipos, más o menos afortunados, asociados a la propia explotación (ver más ampliamente, infra apartado V.C).

A pesar de todo lo expuesto en los párrafos anteriores sobre la ausencia de laboralidad, pensamos que este complejo delito de TSH⁵⁴, al igual que los nuevos asociados a la explotación propuestos por el ALOITEX, no deberían escapar de la atención de los laboristas y conformar un capítulo de este libro. Las razones son múltiples, pero principalmente radican en la necesidad de mostrar las notas que permitan identificar la TSH, así como la explotación la-

⁵⁰ En este sentido se señala que, en situaciones de cosificación y negación de la persona, no es posible sancionar penalmente la finalidad de explotación por la vía de los delitos laborales, aunque se resalta la falta de delitos específicos por la que califica de una «clamorosa e incomprensible laguna de punición» GIL NOBAJAS, M. S. «Respuesta penal a la criminalidad empresarial en supuestos de explotación laboral» /en/ VV. AA. (BENITO SÁNCHEZ, D. y GÓMEZ LANZ, J.). *Sistema penal y exclusión social*. Aranzadi. Madrid. 2020. P. 181.

⁵¹ Ver, por todas, la reciente sentencia TS Penal 27 de febrero de 2024, Rec 10509/2023 n.º 172/2024.

⁵² <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20Org%C3%A1nica%20Trata%20TAIP.pdf>

⁵³ VALVERDE-CANO, A. B. «Lo bueno, lo malo y lo feo de los futuros delitos de esclavitud» Diario la Ley n.º 10272, Sección Tribuna, 21 de abril de 2023 p. 5.

⁵⁴ Reclamando esa atención, ver RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. «La libertad de trabajo, *op. cit.* p. 5.

boral más severa que nos aleja del objetivo de desarrollo sostenible asociado al trabajo decente. Prácticas contrarias al ODS n.º 8⁵⁵ que generan un daño profundo en las víctimas e impactan en el mercado de trabajo, degradando las condiciones laborales en general y favoreciendo la competencia desleal de las empresas involucradas⁵⁶. No debe olvidarse que el respeto de los derechos humanos y las propias normas laborales no solo buscan la protección de los trabajadores si no también unificar las reglas de juego entre las empresas eliminando ciertas ventajas competitivas⁵⁷. En suma, es preciso que también los laboristas sean capaces de detectar los supuestos de TSH y clarificar qué nivel de explotación laboral existe en una determinada situación. La lucha contra la TSH no puede estar dividida en áreas de conocimiento del Derecho, ni en actuaciones de profesionales, con muy diferentes competencias, se hace necesaria una visión holística.

A. ALGUNAS ESTADÍSTICAS SOBRE PERSECUCIÓN DE LA TSH LABORAL

Resulta interesante subrayar la llamativa escasez de sentencias condenatorias por TSH «laboral». Así, durante el año 2022, de acuerdo con las estadísticas de la Fiscalía General del Estado⁵⁸: «se incoaron 194 procedimientos judiciales por delitos de trata de seres humanos, lo cual supone un leve incremento, del 3,74%, respecto del año 2021», y una vuelta a los niveles prepandémicos. Los expedientes gubernativos de seguimiento, o diligencias de seguimiento, de las causas por delito de TSH fueron 110, los mismos que en 2021⁵⁹. Solo el 22% de los mismos era por explotación laboral, es decir, 24 casos, frente a los 83 casos por explotación sexual que

⁵⁵ Ver sobre los ODS VV. AA. (BLAZQUEZ AGUDO, E.) *Los ODS como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino* Dykinson. 2018. P. 224.

⁵⁶ Ver en este sentido el Preámbulo del Protocolo 2014 al Convenio n.º 29 de la OIT donde se reconoce expresamente que la erradicación de la TSH impactaría en el mercado de trabajo, contribuyendo a «garantizar la competencia leal entre los empleadores, así como la protección de los trabajadores», pues este tipo de prácticas ilegales no fomentan, desde luego, el trabajo decente.

⁵⁷ En este mismo sentido, se ha señalado que «es interés de los sindicatos y de las asociaciones empresariales mantener un marco social de respeto a la legalidad, a los derechos de los trabajadores y a la competencia libre y leal entre las empresas, sin distorsiones y desequilibrios propiciados por incumplimientos en materia laboral que, en sus formas más extremas, pueden incluir el trabajo forzoso» NÚÑEZ-GARCÍA BADA, A. «El plan de acción nacional contra el trabajo forzoso y la inspección de trabajo» *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*. N.º 35 (2.º trimestre 2023) p. 265.

⁵⁸ Página 711 Memoria del Ministerio Fiscal presentada en 2023 con datos de 2022, p. 711. https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS23.pdf

⁵⁹ *Ibidem*. La Memoria del Ministerio Fiscal de 2023 aclara que «Esta cifra se corresponde con causas judiciales incoadas en 2022 o en años anteriores, ya que la incoación judicial y la apertura de diligencias de seguimiento no siempre es simultánea, y no todo atestado da lugar necesariamente a un seguimiento»

supone el 76,1%. Aun así, la TSH laboral ha aumentado más de un 5% en relación con el año anterior, estimándose que esa tendencia alcista va a persistir. Respecto de las 49 sentencias dictadas en relación con el delito de TSH⁶⁰ solo 6 fueron sobre explotación asociada a trabajo forzoso: 3 con carácter condenatorio, 2 que condenaron por otros delitos descartando la TSH y una absolutoria. Esas seis sentencias afectaron a 42 víctimas (27 hombres y 15 mujeres), mayoritariamente marroquíes (27) y rumanos (10). Por su parte, los sujetos activos condenados fueron en su mayoría hombres (21 de 26), la mayoría españoles (12), nicaragüenses (6) rumanos (4) y marroquíes (3).

En los años previos las condenas dictadas por TSH «laboral» se califican de anecdóticas conforme al diagnóstico del Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso⁶¹. Aunque estas cifras sobre tutela penal de la TSH lógicamente son la punta del iceberg del fenómeno⁶², siguen resultando un poco decepcionantes si se consideran las asociadas a diligencias de seguimiento de la Fiscalía⁶³ y o los datos del propio Ministerio del Interior respecto de las investigaciones de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado⁶⁴, que muestran un crecimiento indiscutible de la TSH para trabajo forzoso. De hecho, en la UE, donde también existe una estrategia específica para la lucha contra la

⁶⁰ *Ibidem* p. 717.

⁶¹ Es verdad, que las estadísticas no incluían los órganos unipersonales penales, pero hasta 2016 solo se encontraron dos casos de condena por TSH laboral, por prácticas análogas a la esclavitud, sin contar una tercera relativa a mendicidad. De 2016 a 2021 de las 162 sentencias sobre TSH y solo se registraron 3 condenas por finalidad laboral (de nuevo sin contar 2 casos de mendicidad y otra de explotación para realizar actividades delictivas). Plan de Acción contra el trabajo forzoso p. 16221 Permalink ELI: [https://www.boe.es/eli/es/res/2021/12/20/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/res/2021/12/20/(2))

⁶² En el informe GRETA del Consejo de Europa sobre España de 2023 ya se mencionaba que incluso las cifras del Ministerio del Interior, más elevadas, no reflejaban la verdadera escala del fenómeno de la trata en España, debido a la ausencia de un enfoque omnicompreensivo que detecte todas las formas de trata y porque la identificación de las víctimas permanece bajo la responsabilidad de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y continúa vinculada precisamente a los procedimientos judiciales. Informe GRETA (Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings. «Evaluation Report Spain. Third Evaluation round», *op.cit.*, p. 9, párrafo 16.

⁶³ En el diagnóstico del Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso de 2013 a 2020 se contabilizan 15 diligencias de seguimiento del delito de TSH de la fiscalía con finalidad laboral solo representan un 11,06% del total, siendo el mayor número de ellas (861) de TSH con una finalidad sexual. Los sujetos activos son en muchos casos organizaciones criminales (42 de esas 115). Las víctimas son mayoritariamente hombres (488 frente 269 mujeres), siendo mayoritariamente de nacionalidad rumana, pakistana, portuguesa o búlgara, aunque había de todas las nacionalidades y en los últimos años se incrementó la trata de nicaragüenses, rusas y marroquíes. En la mayoría de los casos el medio comisivo es una mezcla de engaño con abuso de situación de patente necesidad.

⁶⁴ Conforme a datos recientes del Ministerio del Interior, se confirma la tendencia de crecimiento de la denominada trata laboral detectada a nivel mundial, por la Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito de Naciones Unidas, que la equipara a la trata sexual. «Concretamente, en 2023 se llevaron a cabo 207 operaciones policiales y se desarticularon 28 organizaciones y grupos criminales dando como resultado la detención de 336 personas (82 por trata y 254 por explotación). Se identificó a 807 víctimas

■ LOS DELITOS LABORALES

TSH para el período 2021-2025⁶⁵, precisamente en 2021 se detectaron aproximadamente 7.109 víctimas, de las que un 28% eran de trata para explotación laboral lo que supone un incremento del 13% respecto al período 2017-2018, no computándose el período 2019-2020 distorsionado por la pandemia del COVID-19. De hecho, se considera que la laboral es la forma predominante de trata en Bélgica, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Polonia y Eslovaquia. Afecta a un 66% de hombres, por lo que no está tan feminizada como la trata con fines de explotación sexual que afecta a un 87% de mujeres (entre ellas un 27% de niñas)⁶⁶.

Además, según todos los informes, incluido el Plan nacional, los sectores económicos de riesgo para la TSH laboral serían: el agrícola de temporada (47,82 % –de duración breve y en zonas rurales o aisladas–; el trabajo doméstico (17,39%), especialmente en relación con las internas⁶⁷ y, en menor medida, la hostelería y restauración (6,95%)⁶⁸. Los mismos identificados como prioritarios en la UE⁶⁹. y

de ambos delitos (195 por trata y 612 por explotación), en su mayoría de origen marroquí y colombiano. Del total de víctimas, cinco eran menores de edad.»

	2019	2020	2021	2022	2023
Atestados por trata laboral.	17	20	13	29	39
Detenidos por trata laboral.	52	55	31	41	82
Víctimas de trata laboral.	192	99	51	89	195
Atestados por explotación laboral.	82	85	85	105	168
Detenidos por explotación laboral.	142	216	193	219	254
Víctimas de explotación laboral.	394	548	514	516	612

<https://www.interior.gob.es/opencms/gl/servicios-al-ciudadano/trata/situacion-en-espana/#:~:text=A%20lo%20largo%20del%202023,109%20grupos%20u%20organizaciones%20criminales>

⁶⁵ COM (2021)171 final.

⁶⁶ Ver Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre los progresos realizados en la lucha contra la TSH (cuarto informe) COM(2022) 736 final p. 5.

⁶⁷ Que propicia el aislamiento de las víctimas y es invisible al control de las autoridades LOUSADA AROCHENA, J. F. «Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: La ONU y la OIT», Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, núm. 39, 2018.

⁶⁸ Coincidentes con los recogidos en el reciente informe GRETA (Group of Expert son Action against Trafficking in Human Being). Evaluation Report Spain. Third Evaluation round. Access to justice and effective remedies for victims of trafficking in human beings. Greta (2023) 10 Published 12-6-2023. Council of Europe, p. 9.

⁶⁹ Junto al trabajo doméstico, la agricultura de temporada, la silvicultura, también se menciona la construcción, la transformación de alimentos, las líneas de montaje, la industria hotelera, el comercio al por menor, los lavaderos de coches y los servicios de limpieza y belleza. Ver Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre los progresos realizados en la lucha contra la TSH (cuarto informe) COM (2022) 736 final, p. 5.

sobre los que ponen el foco algunas ONG⁷⁰. En esos sectores, según el Plan Nacional se detectan situaciones de explotación que atentan a sus derechos fundamentales, como privación de documentación, aislamiento del entorno, vigilancia constante que dan fe de su situación de trabajo forzoso, pero también explotación laboral relacionada con la ausencia de salario, jornadas extenuantes y alojamiento indigno⁷¹. Sobre este último elemento, conviene aclarar, por la importancia que le otorgan las sentencias penales consultadas, que la normativa heterónoma laboral española, con carácter general, no impone la obligación de ofrecer alojamiento a los trabajadores contratados. Como excepción puede mencionarse el caso de extranjeros temporeros traídos a España desde terceros Estados a través de contingentes, al amparo de la Directiva 2014/36 y su normativa de transposición. Normativa que, desafortunadamente, no protege a los ciudadanos comunitarios que, por ejemplo, prestan servicios como temporeros en explotaciones agrícolas.

III. LA TRATA LABORAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En los siguientes epígrafes se ofrece una selección de hitos en la lucha contra la TSH en el Derecho internacional, intentando enfocar en las finalidades escogidas⁷², y mostrando su impacto en el Derecho español. Comenzamos con algunas de las medidas adoptadas por Naciones Unidas, sin olvidar la labor que ha realizado en su seno la OIT. En el ámbito europeo se analiza, por un lado, la labor del Consejo de Europa, organización dedicada a la protección de los derechos humanos, y, por otro lado, la actividad desarrollada por la Unión Europea que también pretende ser su garante, deteniéndonos en los aspectos más novedosos.

⁷⁰ Ver CARITAS *Vulneraciones de derechos laborales en el sector agrícola, la hostelería y los empleos del hogar*. Caritas Española Editores. 2020. P. 86 <https://www.caritas.es/producto/vulneraciones-de-derechos-laborales-en-el-sector-agricola-la-hosteleria-y-los-empleos-del-hogar/>

⁷¹ Plan de Acción contra el trabajo forzoso, p. 1621. Permalink ELI: [https://www.boe.es/eli/es/res/2021/12/20/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/res/2021/12/20/(2))

⁷² Ver más ampliamente con ese enfoque, el capítulo IV de la tesis de BERASALUCE GERRIKAGOITIA, L. «Trata de seres humanos con fines de explotación laboral y protección de las víctimas: con especial atención al fenómeno en el ámbito del servicio doméstico» 2020, p. 405-447 <http://hdl.handle.net/10810/48606>. GARCIA COSO, E. «Las iniciativas multinivel para combatir la trata de seres humanos y el crimen organizado transnacional: la protección de las víctimas por el TEDH» *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Migraciones Internacionales*. N.º 135/2018, pp. 19-49.

1. Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo

El artículo 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos recuerda que «nadie estará sometido a esclavitud⁷³ ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas»⁷⁴. Esa interdicción de la esclavitud se reitera, junto con la prohibición de la servidumbre y el trabajo forzoso en el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966⁷⁵.

En el año 2000, en el marco de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada⁷⁶, se aprueba el Protocolo de Palermo de 15 de diciembre de 2000,⁷⁷ enfocado especialmente en mujeres y niños, que definió la TSH con el objeto de combatirla, criminalizarla, proteger a las víctimas y promover la cooperación entre los Estados en la lucha contra la TSH transnacional y la delincuencia organizada. Ese Protocolo es el origen de la tipificación del delito de TSH en el Código Penal español una década después. Precisamente, en 2010, Naciones Unidas aprobaría un primer Plan de Acción Global para luchar contra la trata⁷⁸.

Más recientemente, la UNDOC en su informe global sobre la Trata publicado en 2022 muestra que, en 2020, seguramente por el impacto de la pandemia, la trata sexual se igualó con la de trabajo forzoso (bajando 0,2 % la laboral y un 11% la sexual)⁷⁹ superando a la sexual posteriormente⁸⁰. En la

⁷³ La prohibición de esta ya se contemplaba en la Convención sobre la esclavitud, 1926, y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956, referida a la abolición de la servidumbre por deudas y la servidumbre de la gleba.

⁷⁴ <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

⁷⁵ <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

⁷⁶ Con 192 Estados parte de la Convención y 147 ratificaciones, https://treaties.un.org/pages/View-Details.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&clan

⁷⁷ Ver página 35 de la Resolución 55/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 15 de noviembre de 2000. https://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525s.pdf Para facilitar su aplicación nacional uniforme, principalmente en el plano penal, se aprobó un modelo de Ley contra la TSH en 2009. <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/unodc-model-law-against-trafficking-in-persons/>

⁷⁸ Resolución Asamblea General 64/293 <https://undocs.org/en/A/RES/64/293> Una introducción a este Plan en GARCIA COSO, E. «Las iniciativas multinivel para combatir la trata de seres humanos y el crimen organizado transnacional: la protección de las víctimas por el TEDH» y Editorial al número monográfico que coordinó sobre TSH de la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Migraciones Internacionales. N.º 135/2018, pp. 25-28.

⁷⁹ UNODC (United Nations on Drugs and Crime) «Global Report on Trafficking in Persons 2022». United Nations publication, Sales no.: E.23. IV.1 https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2022/GLOTiP_2022_web.pdf

⁸⁰ *ibidem* p. 23. De hecho, según los datos aportados más recientes supera en un punto a la trata sexual. La trata para explotación laboral alcanza un 38,8 %, la sexual un 38,7%, la explotación mixta (sexual-laboral) alcanza un 10,3%, la criminalidad forzada llega a 10.2. Siendo más marginal la TSH que

Resolución aprobada el 12 de julio de 2023 por el Consejo de Derechos Humanos n.º 53/9 sobre TSH, especialmente respecto de mujeres y niños, de nuevo vuelven a combinarse medidas de protección de las víctimas de trata con medidas dirigidas a evitar la explotación, especialmente laboral, prestándose atención al sector agrícola considerado de alto riesgo⁸¹. En abril de 2024 se lanzó una nueva acción global para combatir la TSH (human trafficking) y lo que España denominamos tráfico de personas (migrant smuggling)⁸², términos que, a veces, han generado errores legislativos asociados a una mala traducción⁸³.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, contempla entre sus metas el Objetivo de Desarrollo Sostenible ODS n.º 8 enfocado al trabajo decente y establece en su punto 7 como objetivos «adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas contemporáneas de esclavitud y la trata de personas y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados, y, de aquí a 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas»⁸⁴. Estos objetivos, según las estimaciones mundiales de la OIT en 2021 sobre la esclavitud moderna y el trabajo forzoso a nivel mundial, son de difícil consecución porque el problema sigue creciendo y en torno a 27,6 millones de personas se encontraban en tal situación (3,5 personas de cada mil personas del mundo), el informe, que incluye la explotación sexual, muestra que las mujeres y las niñas representan 11,8 millones del total de personas en situación de trabajo forzoso. Más de 3,3 millones de los niños en situación de trabajo forzoso no están escolarizados⁸⁵. De nuevo, hay que tener presente que la trata parece impactar, principalmente, en la población migrante en situación administrativa irregular, como factor que hace a las víctimas más vulnerables.

responde a la finalidad de matrimonios forzados 0,9%; mendicidad 0,7%; adopción ilegal 0,3% y para el tráfico de órganos 0,2%.

⁸¹ <https://documents.un.org/access.nsf/get?OpenAgent&DS=A/HRC/RES/53/9&Lang=S>

⁸² <https://www.unodc.org/unodc/en/press/releases/2024/April/unodc-launches-new-action-to-combat-human-trafficking-and-migrant-smuggling.html>

⁸³ Que vincula ese error a la persecución inicial de la trata a través del CP art. 318 bis. CALLEJAS ESTELLÉS, M. «El delito de la trata de seres humanos en el derecho penal español» /en/ VVAA BLASCO, P. L. (coord.) *Trata de seres humanos. Inmoralidad e injusticia*. Prensas de la Universidad de Zaragoza. 2023 pp. 239-252.

⁸⁴ <https://estrategia2030.es/objetivo-8-trabajo-decente-y-crecimiento-economico/> También conviene mencionar el ODS 16.2 relativo a «Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños».

⁸⁵ <https://www.ilo.org/es/media/370811/download>

A. LA OIT Y SU CONEXIÓN CON EL TARDÍO PLAN NACIONAL CONTRA EL TRABAJO FORZOSO

La OIT, como organización de Naciones Unidas, de conformación tripartita, y especializada en el mundo laboral, pretende erradicar el trabajo forzoso u obligatorio, desde su fundamental Convenio n.º 29 de 1930⁸⁶, muy exitosa dada su ratificación casi unánime⁸⁷. Tras ese Convenio, se aprobaron otros muchos, afectando algunos a sectores que se han considerado de riesgo para la trata laboral, como el del trabajo doméstico⁸⁸ o el agrícola⁸⁹, especialmente cuando tiene corta duración, esto es, el trabajo de temporada. También se puede mencionar el Convenio n.º 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999⁹⁰ de ratificación unánime.

Con la intención de impulsar el cumplimiento del Convenio n.º 29 se aprobaría en 2014 un Protocolo, ratificado por España en 2017, que requería tomar medidas relativas a la prevención, protección e indemnización para dar efecto al propio Convenio. Ese mismo año se aprobó la Recomendación número 203 sobre el trabajo forzoso (medidas complementarias). España, tardíamente, prestó por fin más atención al delito de TSH con finalidad de trabajo forzoso aprobando el 24-12-2021 un Plan nacional contra el trabajo forzoso, relaciones laborales obligatorias y otras actividades humanas forzadas⁹¹. Este plan presidido por la Inspección de Trabajo (OEITSS) ha supuesto la creación de un grupo interminis-

⁸⁶ https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO:P12100_ILO_CODE:C029

Ver sobre este convenio GONZÁLEZ DEL RIO, J. M.^a «Trabajo Forzoso» /en/ VV. AA. GARCIA MURCIA, J. (DIR), *La influencia de los convenios y recomendaciones de la OIT en la legislación social española*. BOE 2024 p. 59-82

⁸⁷ Solo quedan 6 países por ratificarlo entre los que llama poderosamente la atención que se encuentren Estados Unidos, junto a Afganistán, Islas Marshall, Palau, Tonga y Tuvalu. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11310:0:NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312174:NO Estados Unidos tampoco ha suscrito el Convenio n.º 138 sobre la edad mínima de acceso al trabajo de 1973. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11310:0:NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312283:NO

⁸⁸ Ver el Convenio n.º 189 sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos de 2011 ratificado por España el 28-2-2023. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO:P12100_ILO_CODE:C189

Convenio que se acompaña de la Recomendación n.º 201 sobre ese mismo tema. Ver sobre el mismo PEREZ AGULLA, S. «Trabajo doméstico» /en/ VV. AA. GARCIA MURCIA, J. (DIR), *La influencia de los convenios... op. cit.*, p. 315-370.

⁸⁹ Un análisis de todos estos Convenios y Recomendaciones en MATORRAS DIAZ-CANEJA, A. «La OIT y las relaciones laborales en el sector agropecuario» /en/ VV. AA. GARCIA MURCIA, J. (DIR), *La influencia de los convenios y recomendaciones de la OIT en la legislación social española*. BOE 2024 pp. 837- 876.

⁹⁰ https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO:P12100_ILO_CODE:C182.

⁹¹ Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/res/2021/12/20/2>

terial con representantes de 11 departamentos de diferentes Ministerios⁹², y la participación de los interlocutores sociales, lo que es una muestra más de la cantidad de perspectivas a considerar ante esa realidad. Este Plan se inicia con un difícil diagnóstico, por la falta de datos fiables, en el que se concluía quizás de una forma algo imprudente que, «en todo caso, el trabajo forzoso no es un fenómeno extendido en España ni siquiera en aquellos sectores que tradicionalmente asocian un mayor riesgo de este tipo de prácticas»⁹³. El Plan por tres años, culmina a finales de 2024, bebe también de medidas adoptadas en el ámbito europeo y, mientras se decide sobre su continuidad, está dando sus frutos. Sobre todo en lo que se refiere a la cooperación entre Administraciones, incluida la participación activa de la Inspección de trabajo en la fase fundamental de detección y su contacto con las ONG especializadas que hasta ahora no se había producido. Se trata de un paso importante, pues estos funcionarios, con mucha experiencia de campo, pueden generar más confianza que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y facilitar su protección y persecución de la trata. También debe mencionarse el propio Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Trata y la Explotación o ALOITEX, una aproximación transversal al fenómeno, todavía en tramitación⁹⁴, que normativiza muchas de las previsiones del Plan empezando por la tipificación de los delitos de explotación asociados a la trata laboral escogida en este trabajo: los de trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud.

La tutela frente a la TSH se centró en la finalidad de explotación sexual, que sigue siendo la más importante, para luego enfocar en la TSH por trabajo forzoso y finalmente adoptar un enfoque más transversal como muestra el Plan Estratégico Nacional contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos en general 2021-2023 lanzado por el Ministerio del Interior que vuelve a incidir en la coordinación de los diferentes intervinientes⁹⁵ y que es trasversal como el propio ALOITEX.

⁹² 1. Ministerio de Trabajo y Economía Social (MITES); 2. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSM). 3. Ministerio del Interior (MINT); 4. Ministerio de Justicia (MJU); 5. Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). 6. Fiscalía General del Estado (FGE). 7. Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación (MAEUEC). 8. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. 9. Ministerio de Igualdad (MIGUALDAD). 10. Ministerio de Educación y Formación Profesional (MEFP) y 11. Ministerio de Hacienda (MH)

⁹³ Ver criticando esta aproximación POMARES CINTAS, E. ¿es anecdótico el trabajo esclavo en España? A propósito del plan de acción nacional contra el trabajo forzoso y las víctimas olvidadas. *Estudios Penales y Criminológicos*, 42 P. 1-36, 2022. <https://doi.org/10.15304/epc.42.8226>

⁹⁴ <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20Org%C3%A1nica%20Trata%20TAIP.pdf>

⁹⁵ https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2021/220112_Plan_nacional_TSH_PENTRA_FINAL_2021_2023.pdf

2. El Consejo de Europa

El Consejo de Europa, sin duda influido por Naciones Unidas y el Convenio n.º 29 de la OIT, en el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), aprobado en 1950, prohíbe la sumisión a la esclavitud o servidumbre y a que nadie sea constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio⁹⁶. España, además, ratificó en 1980 la Carta Social de Turín de 1961 y recientemente, en 2021, la Carta Social revisada de 1996, ambos instrumentos del Consejo de Europa establecen en su artículo 1.2 que las Partes, para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, se comprometen «a proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido». Reiterando su primer principio inspirador que «toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido»⁹⁷.

Respecto de la TSH hay que mencionar al denominado Convenio de Varsovia de 16 de mayo de 2005, ratificado por España cuatro años después⁹⁸. Como destaca unánimemente la doctrina, este Convenio y su propio seguimiento a través de un Grupo de expertos, aunque sigue el esquema del Protocolo de Palermo, han enfocado en la identificación y tutela de las víctimas, con independencia de su intervención como testigos penales, y en la reparación del daño recibido como muestra el interesante informe del GRETA sobre España⁹⁹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como se verá, también ha influido en la delimitación conceptual de las finalidades elegidas, con sentencias muy interesantes, especialmente sobre servidumbre y trabajo doméstico y ha impulsado a los Estados miembros a intervenir¹⁰⁰.

⁹⁶ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>

⁹⁷ <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1934.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1934>

⁹⁸ Permalink ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/2005/05/16/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2005/05/16/(1))

⁹⁹ Informe GRETA (Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings. Evaluation Report Spain, *op.cit.*, p. 9.

¹⁰⁰ Ver un análisis de estas sentencias en GARCIA COSO, E. «Las iniciativas multinivel para combatir la trata de seres humanos y el crimen organizado transnacional: la protección de las víctimas por el TEDH» y Editorial al número monográfico que coordinó sobre TSH de la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Migraciones Internacionales. N.º 135/2018 último apartado. Una visión más iuslaboralista en OLARTE ENCABO, Sofía «La doctrina del Tribunal Europeo de derechos humanos sobre esclavitud, servidumbre y trabajo forzado: Análisis crítico desde la perspectiva laboral» Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social. 2018 y RIVAS VALLEJO, P. «Aproximación Laboral a Los Conceptos De Esclavitud, Trabajo Forzoso y Explotación Laboral en los Tratados Internacionales». REJLSS 2021, 99-135.

3. La Unión Europea

La interdicción del CEDH respecto de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso se reitera en el artículo 5 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) aprobada en Niza en el año 2000¹⁰¹. Ese texto adaptado tras el proceso de aprobación del Tratado de Lisboa de 2009, cobró idéntico valor jurídico que los propios Tratados de la UE, siendo considerada Derecho originario vinculante para las instituciones, órganos y organismos de la UE y los propios Estados miembros cuando apliquen Derecho de la UE¹⁰².

El trabajo de la UE contra la trata comenzó antes, con la Acción común 97/154/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños¹⁰³ que dio lugar a la importante Decisión Marco 2002/629/JAI, aunque su aplicación práctica práctica irregular e insuficiente generó un tránsito un tránsito a la directiva como fuente reguladora. En 2010 se aprobó el Programa de Estocolmo como plan de trabajo de la UE en el espacio de libertad, seguridad y justicia, con referencia expresa a la TSH¹⁰⁴.

La Directiva de trata, la Directiva 2011/36/UE es una muestra más de las contradicciones internas de la propia UE que se debate entre la protección de los derechos humanos y la protección del mercado único, su razón de ser, incluyendo la política migratoria. Los temas de extranjería relacionados con la TSH quedan en manos de la Directiva 2004/81/CE. En todo caso, debe destacarse que, junto a la criminalización del fenómeno y su persecución de oficio, también avanza en la prevención y protección de las víctimas de explotación en un sentido amplio, haciendo hincapié en la cooperación de todas las instituciones y organizaciones implicadas. Esta directiva ha sido reformada recientemente por la Directiva (UE) 2024/1712 publicada el 26-4-2024. Entre sus novedades, aparte de más medidas de coordinación y búsqueda de datos estadísticos sobre esta realidad esquiwa, conviene destacar algunas cuestiones:

1. Reconoce expresamente al inicio de su Preámbulo que la TSH tiene diferentes causas últimas poniendo en primer término la pobreza¹⁰⁵. Busca un

¹⁰¹ https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

¹⁰² Ver artículos 51 a 54 de la propia CDFUE <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12016P%2FTXT>

¹⁰³ Ver DO L 63 de 4-3-1997, p. 2.

¹⁰⁴ <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/the-stockholm-programme.html>

¹⁰⁵ «La pobreza, el conflicto, la desigualdad, la violencia de género, la ausencia de oportunidades de empleo viables o de apoyo social, la crisis humanitaria y la discriminación se hallan entre los principales

equilibrio entre una visión holística y otra separada por tipos de explotación y víctimas.

2. Se incluyen expresamente nuevas formas de explotación como la explotación de la maternidad subrogada, el matrimonio forzoso –presente ya en nuestra normativa nacional– y la adopción ilegal. Afronta el uso de las nuevas tecnologías en la explotación como agravantes. Se trata de medios como internet, las redes sociales utilizados en la captación, pero que emergieron también como forma de explotación sexual con los confinamientos de la pandemia.

3. La Directiva 2004/81/CE preveía para las víctimas de trata extranjeras en situación administrativa irregular, un período de reflexión durante el que se garantiza que no serán expulsados y tendrá cierta asistencia social y médica. Esta situación interina podía dar lugar a posteriores permisos de residencia que se relacionan con la propia colaboración de las víctimas con las autoridades. Estas medidas se plasmaron en la Ley de extranjería¹⁰⁶ en la que sería la primera norma española en torno a la TSH. Implementándose una autorización de residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de TSH por un período inicial de 90 días asociado al tiempo de restablecimiento y reflexión¹⁰⁷. Normativa que prevé la exención de las sanciones administrativas asociadas a la inmigración ilegal siempre que haya la necesaria colaboración con la policía encargada de la dificultosa identificación de la víctima¹⁰⁸. Aunque se pensaba que la reforma de la Directiva 2024 iba a ir más lejos, finalmente, se estableció que, sin perjuicio de lo establecido en la Directiva sobre extranjería 2004/108/CE y en la normativa nacional sobre esa materia, «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la asistencia y el apoyo a la víctima no se supediten a la voluntad de esta de cooperar en la investigación penal, la instrucción o el juicio»¹⁰⁹.

Obviamente, las víctimas comunitarias no necesitan de autorizaciones de residencia, pero sí de las medidas asistenciales asociadas a su estado de necesidad y vulnerabilidad, cuya ausencia se ha criticado, especialmente respecto de víctimas varones, lo que, entre otras cuestiones, ha dificultado la persecución penal de los delitos¹¹⁰. De hecho el legislador preveía esta extensión a las víctimas comunitarias de las medidas asistenciales en el propio Reglamento de

factores que contribuyen a hacer a las personas, en especial a las mujeres, los menores y los miembros de colectivos marginados, vulnerables a la trata y la explotación.» Ver punto 2.º de su exposición de motivos.

¹⁰⁶ LO 4/2000 artículo 59 bis.d)

¹⁰⁷ Ver Capítulo IV del Reglamento de extranjería arts. 140 a 146 del RD 557/2011 Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2011/04/20/557/co>

¹⁰⁸ *Ibidem* ver artículos 141 y 143.

¹⁰⁹ Ver artículo 11.3 de la Directiva (UE) 2011/26 modificada por la Directiva (UE) 2024/1712.

¹¹⁰ Ver infra apdo. IV.1.B.

extranjería¹¹¹. En este sentido debería avanzar la aplicación Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que protege con independencia de la situación administrativa de la víctima¹¹².

En todo caso, téngase en cuenta que la situación administrativa regular de las personas afectadas no garantiza la ausencia de TSH, ni de explotación laboral, sobre todo en sectores depauperados como el de los trabajadores agrarios de temporada en la propia Unión Europea¹¹³. Trabajo que se desarrolla en zonas rurales, a veces aisladas, y de forma puntual, esto es, por períodos muy cortos, por lo que suelen escapar del control de las autoridades, de la inspección. Así, puede haber supuestos de TSH cuyas víctimas sean ciudadanos comunitarios que gozan del derecho a la libre circulación (TFEU artículo 45)¹¹⁴. Tampoco se libran de la TSH, o de la mera explotación laboral, los trabajadores de cualquier nacionalidad, legalmente desplazados en el marco de una prestación de servicios (Directiva 96/71)¹¹⁵. Esas mismas situaciones pueden reproducirse respecto de extracomunitarios traídos a Europa a través de los contingentes previstos en la Directiva 2014/36/UE¹¹⁶ que facilita la denominada emigración circular

¹¹¹ Ver RD 557/2011 disposición adicional única en relación con su propio artículo 140 Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2011/04/20/557/con>

¹¹² Ver el artículo 1 que define su ámbito subjetivo de aplicación al margen de tal cuestión. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/04/27/4/con>

¹¹³ Ver ejemplos de explotación grave en el sector agrícola temporero en la UE (en Italia, relacionada con el fenómeno del «caporalato» asociado a la mafia) en los informes de la Comisión Europea 2021 y 2023 sobre trabajo de temporada, especialmente en el sector agrícola: <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=27033&langId=en>

Ver ejemplos de explotación agraria grave en Alemania, Países Bajos y Suecia <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/are-agri-food-workers-only-exploited-in-southern-europe>. También en Alemania: Saisonarbeit in der Landwirtschaft Bericht 2022. Initiative Faire Landarbeit. <https://igbau.de/Binaries/Binary18586/InitiativeFaireLandarbeit-Saisonbericht2022-A4-web.pdf>. Ver la situación en Reino Unido: «They treat you like an animal»: How British farms run on exploitation» The bureau of investigative journalism 2023 <https://www.thebureauinvestigates.com/stories/2023-03-27/they-treat-you-like-an-animal-how-british-farms-run-on-exploitation>. Asimismo, ver problemas incluso de TSH, en la denominada zona de la Raya entre Portugal y España, mostrando la situación el documental <https://www.youtube.com/watch?v=01RnMbtTmdo> También en la siguiente noticia <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=27033&langId=en>

¹¹⁴ Ver respecto de ciudadanos rumanos, objeto de trata, dentro de España, por sus propios compatriotas en Andalucía, para trabajo forzoso, servidumbre agrícola en concurso medial con explotación laboral TS 27-2-24, Rec 10509/2023 n.º 172/2024.

¹¹⁵ Ver sobre la regulación del desplazamiento intracomunitario y los problemas en el sector agrícola con el desplazamiento de trabajadores extracomunitarios por ETT españolas a los campos franceses CARRASCOSA, D. y CONTRERAS, O. «Posted Workers from and to Spain. Facts and Figures. Posting-Stat Research Project. KULeuven. 2022. P. 74 s. <https://hiva.kuleuven.be/en/news/docs/posted-workers-from-and-to-spain-facts-and-figures.pdf> ver en castellano <https://zenodo.org/records/6543222>

¹¹⁶ Ver una visión crítica de esta Directiva de trabajadores de temporada en MEDLAND, L. «Misconceiving 'seasons' in global food systems: The case of the EU Seasonal Workers Directive». *European Law Journal* 2017 DOI: 10.1111/eulj.12235. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/eulj.12235> y PASSALACQUA V. Has the seasonal workers directive missed its target? Evidence from Italy during the pandemic. *European Law Open*. 2022;1(3):690-698. doi:10.1017/elo.2022.42

hacia la UE y proveer de mano de obra a sectores sin demanda interna, como el agrícola¹¹⁷. Incluso en el marco de este último procedimiento, tan regulado,¹¹⁸ también se pueden encontrar prácticas fraudulentas que conectan seguro con la explotación y con la TSH si se llegara a admitir la finalidad de trabajo forzoso¹¹⁹. Todas estas vías confluyen en preocupantes prácticas abusivas en torno a las condiciones laborales, que empujan a buscar a los más vulnerables entre quienes provienen de entornos laborales de muy baja o nula tutela, lo que facilita su imposición. Hay muchas contradicciones, el necesario control de la emigración no impide que haya bolsas de personas en situación irregular que, a su vez, trabajan irregularmente en condiciones preocupantes, mientras crecen las vacantes sin cubrir no solo en España, sino en toda Europa¹²⁰. En efecto, existe una mezcla explosiva de personas en situación administrativa irregular, residentes de facto en la UE o traídas a través de la TSH, una presión a la baja en los precios de los productos agrarios que dejan escaso margen a los productores, que puede generar que haya empresarios que asuman el alto riesgo de contratar trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular, estableciendo, en ocasiones, condiciones abusivas. Así en el ámbito de la UE la solución se ha encaminado a encontrar un equilibrio en los precios, en la cadena que va desde el agricultor al comercio¹²¹ y en la llamada condicionalidad social, esto es, el necesario cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social, por los perceptores de las ayudas de la Política Agraria Común¹²².

¹¹⁷ MOLINERO-GERBEAU, Y. (2020). «La creciente dependencia de mano de obra migrante para tareas agrícolas en el centro global. Una perspectiva comparada. Estudios Geográficos, n.º 81(288)/2020. <https://doi.org/10.3989/estgeogr.202046.026>

¹¹⁸ Ver sobre el contingente de este año: <https://www.inclusion.gob.es/w/aprobada-la-nueva-orden-gecco-que-regula-la-contratacion-en-origen-para-2024>

¹¹⁹ Sobre una situación todavía imprejuizada, ver la siguiente noticia que considera la existencia de una organización criminal desarticulada por la Guardia Civil y liderada por empresarios agrícolas que trajeron a España, engañados con falsas promesas, más de 300 trabajadores de Marruecos y Senegal que pagaban por ser seleccionados en el contingente y pero que luego eran explotados por 200 euros al mes MORCILLO, C. «Los ‘Kunta kinte’ de los campos de fruta de Albacete». ABC 6-7-2024 <https://www.abc.es/espana/kunta-kinte-campos-fruta-albacete-20240705035915-nt.html>

En un sentido similar, en Reino Unido, respecto de cuidadores indios, ver la noticia Kiran Stacey and Poonam Joshi «‘He didn’t have a contract for me’: the Indian careworkers who paid agents to work in Britain» The Guardian 2-6-2024. <https://www.theguardian.com/society/article/2024/jun/02/he-didnt-have-a-contract-for-me-the-indian-careworkers-who-paid-agents-to-work-in-britain>

¹²⁰ Fundación BBVA-IVIE «Los empleos sin cubrir en España marcan un récord en 2023 al aumentar un 44% desde antes de la pandemia y ya suponen un coste de más de 8.000 millones para el PIB» Esenciales N.º 03/2024 https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2024/06/esenciales_03-2024-vacantes-espana.pdf

¹²¹ Atendiéndose también a la caída de los precios a través de la Directiva (UE) 2019/633 relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario.

¹²² Ver sobre la condicionalidad social MATORRAS DIAZ-CANEJA, A. «La OIT y las relaciones laborales en el sector agropecuario» /en/ VV. AA. GARCIA MURCIA, J. (DIR), *La influencia de los convenios y*

4. Se refuerza el enfoque en el uso consciente de servicios prestados a través de TSH, criminalizándolo. Además se pretende erradicar una tendencia avanzada en la propia directiva de trata original junto a otras normas comunitarias¹²³, en concreto, la actual cultura de impunidad, también desde la formación y la sensibilización. La nueva directiva, es de mínimos, por lo que caben medidas nacionales más estrictas, más tuitivas, aun así entiende que «la infracción no debe aplicarse a los clientes que adquieran productos fabricados en condiciones de explotación laboral, ya que no son los usuarios de un servicio»¹²⁴. Con la intención de prevenir el problema del consumo, este mismo año 2024, el Consejo y el Parlamento Europeo alcanzaron un acuerdo provisional sobre el Reglamento por el que se prohíben en el mercado de la UE la introducción y comercialización de productos industriales de todo tipo fabricados con trabajo forzoso; así como la exportación desde el mercado de la UE de todo producto fabricado a través de dicho trabajo forzoso¹²⁵.

5. Como se ha señalado, el delito de TSH es de los que permite la responsabilidad de las personas jurídicas¹²⁶, también prevista en la propia Directiva sobre TSH pero reforzada tras su modificación en 2024¹²⁷. En ese contexto, las empresas, que podrían intentar reducir su responsabilidad a través de programas de *compliance*¹²⁸ que sería lógico y, en breve obligatorio (al menos, para las grandes empresas), que tuvieran también en cuenta toda la cadena de suministro asociada incluso a nivel internacional considerando la globalización¹²⁹. Así lo prevé, en cierta manera, la denominada Directiva 2024/1760 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad aprobada

recomendaciones de la OIT en la legislación social española op. cit. P. 853 s.

¹²³ La Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, que otorga relevancia penal a la contratación ilícita (dolosa) de extranjeros en situación administrativa irregular, cuando entre otras razones, se «hace uso del trabajo o los servicios» del extranjero que es víctima de TSH, conociendo esa situación. En un sentido semejante, incidiendo en la demanda, la Directiva de trata, la Directiva 2011/36/UE proponía aplicar sanciones a los usuarios de los servicios de una persona a sabiendas de que es víctima de la trata, concretamente, tipificar también la conducta de quienes emplean a inmigrantes legales y ciudadanos de la UE víctimas de la trata de seres humanos.

¹²⁴ Ver el apartado 26 de la Exposición de motivos de la Directiva (UE) 2024/1712.

¹²⁵ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7542-2024-INIT/en/pdf>

¹²⁶ CP art 31 bis.

¹²⁷ Ver artículos 5 y 6 de la Directiva (UE) 2011/26 tras su modificación por la Directiva (UE) 2024/1712.

¹²⁸ Programas que deberían incluir, entre otras medidas, acciones de formación de los trabajadores y sensibilización frente a la TSH, códigos de conducta y acciones de supervisión y vigilancia constantes.

¹²⁹ Desde un punto de vista más general, sobre la necesidad de enfocar en las cadenas globales de suministro para conseguir avanzar hacia el trabajo decente, ver más recientemente, SANGUINETI RAYMOND, W. «Las cadenas de producción y la constitución de un Derecho del Trabajo sin fronteras» /en/ VVAA *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT. XXIX Congreso anual de la AEDTSS*. Ministerio de Trabajo Migraciones y Seguridad Social. Madrid. P. 25-77. CORREA CARRASCO, M. «El trabajo decente en

por el Consejo el 24 de mayo de 2024, y publicada el 5 de julio de 2024, al cierre de este trabajo, con un plazo de transposición de dos años¹³⁰. Esta Directiva obligará a las grandes empresas afectadas¹³¹, a adoptar e implantar un sistema basado en el riesgo para supervisar, prevenir o reparar los perjuicios a los derechos humanos o al medio ambiente que identifica la Directiva a lo largo de su cadena de actividades, por lo que tendrá efectos indirectos positivos en las PYMES con las que contrate. Las empresas deben prevenir los incumplimientos y, si estos se materializan, mitigar, eliminar o minimizar los efectos adversos derivados de sus propias actividades, las de sus filiales y las de sus socios comerciales en su cadena de actividades, pudiendo ser declaradas responsables de los daños causados, debiendo indemnizar íntegramente a las víctimas. Entre los derechos humanos protegidos el propio Consejo en su propuesta negociadora mencionaba, de una forma muy amplia, «la prohibición de todas las formas de esclavitud y de la trata de esclavos, incluidas las prácticas análogas a la esclavitud, la condición de siervo u otras formas de dominación u opresión en el lugar de trabajo, como la explotación económica o sexual extrema y la humillación, o la trata de seres humanos, interpretada en consonancia con el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», mencionando en primer término tales situaciones cuando las víctimas son menores¹³². El ALOITEX incluye un artículo 20 sobre diligencia debida en materia de derechos humanos que no impone obligaciones, pues solo pretende promoverla, de hecho, como señala en su propia exposición de motivos se puede entender como una llamada de atención a la futura ley de diligencia debida. Así se sugiere desde dicho preámbulo del ALOITEX que esa futura ley debería incluir obligaciones empresariales para garantizar la ausencia de trata de las empresas que operen en España, considerando toda su cadena de suministro, así como un sistema de incentivos para alentar a las empresas al cumplimiento de tal deber de diligencia. En este mismo contexto conviene destacar

el ámbito de las cadenas globales de suministro. Documentación Laboral». ISSN 0211-8556, núm.º 128, 2023, pp. 15-33.

¹³⁰ Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859.

¹³¹ La recién aprobada Directiva de Diligencia Debida de Sostenibilidad Corporativa (CSDDD), afectará escalonadamente a grandes empresas siguiendo un calendario. En tres años desde su entrada en vigor a las empresas con más de 5.000 empleados y un volumen de negocios de 1.500 millones de €; en cuatro años a las que tengan 3.000 empleados y un volumen de negocios de 900 millones de € y finalmente, en cinco años después de la entrada en vigor de la Directiva, a las empresas con más de 1.000 empleados y un volumen de negocios de 450 millones de €. En un enfoque de aplicación escalonada, la ley eventualmente obligará a las empresas de la UE con 1.000 empleados o más y una facturación de al menos 450 millones de €.

¹³² Ver puntos 11, 12 y 13 de la Parte I del Anexo I «sobre derechos humanos a los que se refiere el artículo 3.c) de la Directiva (UE) 2024/1760.

la denominada «Directiva whistleblowing», la Directiva (UE) 2019/1937, que permite proteger al informante de delitos, como el de TSH, y que ha sido incorporada al Derecho español a través de la Ley 2/2023¹³³, instrumentos que son objeto del capítulo tercero de esta obra.

IV. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DEL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

A continuación, se analizan algunos aspectos de los sujetos activos y pasivos del delito de trata. Así como los elementos configuradores del tipo básico de TSH, enfocando en el elemento subjetivo teleológico asociado a la finalidad escogida y su conexión con los nuevos delitos propuestos en el ALOI-TEX respecto al trabajo forzoso, la servidumbre y la esclavitud. Finalmente se enfoca en la concurrencia del delito de TSH con otros delitos, especialmente aquellos que atentan contra de los derechos de los trabajadores.

No se analiza la exención de pena a la víctima por infracciones penales que pudiera haber cometido la víctima durante la explotación sufrida «siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado» (CP artículo 177 bis.11). Esta previsión, con origen en la normativa internacional ya estudiada¹³⁴, es el elemento central de una reciente y muy interesante sentencia del TS asociada a la TSH para la comisión de actividades delictivas¹³⁵, no parece especialmente relevante para la finalidad escogida, por lo que remitimos a otros trabajos¹³⁶.

¹³³ Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2023/02/20/2/con>

¹³⁴ Ver, por ejemplo, artículo 26 de la Convención de Varsovia del Consejo de Europa o el artículo 8 de la Directiva 36/2011/CE.

¹³⁵ TS Penal 21-12-23, Rec 7441/21 n.º 960/23 que no aplica la exención, condenando por un delito contra la salud pública, a una mujer peruana que fue captada por una organización dedicada al tráfico internacional de drogas que se aprovechó de su situación de extrema vulnerabilidad (era madre de un bebé prematuro de cuatro meses y vivía en extrema pobreza y estado de necesidad) le ofreció la cantidad de 4.000 euros por trasladar bolas de cocaína en el interior de su cuerpo a España, haciéndose cargo la organización de la obtención del pasaporte y el billete de avión. Después de suministrarle medicación para facilitar la ingesta y el mantenimiento de las «bolas» en el interior de su cuerpo, éstas fueron ingeridas en presencia de quienes la habían captado, transportándola al aeropuerto y diciéndole que a la llegada del destino la estaría esperando una persona. La mujer fue detenida en el aeropuerto del Prat de Barcelona. Este caso que claramente, no se trata de un caso de trata laboral, sino de trata dirigida a la comisión de un delito. Se muestra de un supuesto, a mi modo de ver controvertido, como pone de manifiesto el interesante voto particular disidente que acompaña a la sentencia poniendo de relieve sus contradicciones intrínsecas.

¹³⁶ Ver exhaustivamente sobre esta exención GÓMEZ LANZ, J. «La exención de pena para delitos cometidos por víctimas de trata de seres humanos.» /en/ VV. AA. (BENITO SÁNCHEZ, D. y GÓMEZ LANZ,

1. Sujetos involucrados

En los epígrafes siguientes se analizan algunas cuestiones que se han considerado relevantes en relación con los sujetos pasivos y activos del delito por la finalidad elegida.

A. SUJETO PASIVO O VÍCTIMA DE TSH ¹³⁷

Las víctimas no tienen ninguna característica esencial, su nacionalidad es irrelevante, aunque se ya se ha señalado, que en España son mayoritariamente extranjeros y en situación administrativa irregular que puede ser un criterio de vulnerabilidad ¹³⁸. Cuando las víctimas son menores de edad, se modificó el tipo agravándose la pena e imponiéndose en todo caso, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior 6 y 20 años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta ¹³⁹.

El número de víctimas es muy relevante, pues habrá tantos delitos de TSH como personas afectadas por la TSH, conforme con un criterio mantenido en el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo penal del TS de 31-5-2016 ¹⁴⁰. En efecto, al proteger un bien jurídico de «naturaleza personalísima –la propia personalidad de la víctima– se cometerán tantos delitos de trata de seres humanos como víctimas hayan sido tratadas, aunque todas ellas lo fueran en una acción conjunta» ¹⁴¹. En suma, en el delito de TSH cada víctima constituye un sujeto pasivo individual, por lo que deben sancionarse tantos

J.). *Sistema penal y exclusión social*. Aranzadi. Madrid. 2020, p. 235 a 260.

¹³⁷ Sin desconocer que existen dificultades técnicas para entender que ambos términos en el ordenamiento penal sean exactamente sinónimos, ver GÓMEZ LANZ, J. «La exención de pena para delitos cometidos por víctimas de trata de seres humanos.» /en/ VV. AA. (BENITO SÁNCHEZ, D. y GÓMEZ LANZ, J.). *Sistema penal...*, *op. cit.*, p. 237 s.

¹³⁸ Conforme a los datos de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía publicados en las sucesivas Memorias, desde el año 2018 hasta el 2022, solo un 0,9% de las víctimas de trata consideradas como tal en escritos de calificación, eran de nacionalidad española y solo un 0,8 % de las estimadas en sentencia. Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don Álvaro García Ortiz. Madrid. 2023, p. 1155.

¹³⁹ CP artículo 177 bis.4 incluido por LO 8/2021 disp. Final 6.ª17.

¹⁴⁰ Donde se consideró que «el delito de trata de seres humanos definido en el artículo 177 bis del Código Penal, reformado por LO 1/2015, de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a la norma que regula el concurso real».

¹⁴¹ AP Sevilla 26-11-2021, n.º 494/2021, Rec. 4798/2021. Ver, por ejemplo, imponiendo 10 delitos de TSH por ser este el número de víctimas TS Penal 27-2-24, n.º 172/2024 Rec 10509/2023.

delitos como víctimas afectadas, conforme a la normativa que regula el curso real¹⁴².

La declaración de la víctima puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia en delitos como la trata de seres humanos, incluso si es la única prueba disponible, siempre que se valore cuidadosamente tal testimonio y su corroboración a través de otros elementos¹⁴³. Efectivamente, es necesario que el órgano jurisdiccional haga una valoración cualitativa de verosimilitud, a efectos de suficiencia indiciaria, de las declaraciones, también de los testigos protegidos. No es adecuado que realice una mera «valoración superficial, epidérmica, de la información obtenida» pero si así sucede, el resultado no puede ser el archivo de las actuaciones por falta de justificación¹⁴⁴. La propia Sala 2.^a admite que las víctimas por su perfil y el trauma vivido son testigos poco consistentes que incurren fácilmente en errores, inexactitudes y contradicciones¹⁴⁵.

Las víctimas de TSH y sus causahabientes tienen derecho a la justicia gratuita, al margen de todo control de recursos¹⁴⁶. Además, los letrados y procuradores involucrados, salvo cancelación, no pueden contar con antecedentes penales por delitos de TSH¹⁴⁷. En casos de situación de necesidad se prevé su acceso a la asistencia social y expresamente al denominado Ingreso Mínimo Vital si estuvieran en estado de necesidad. Con carácter general se suavizan los requisitos de residencia o conformación de unidad de convivencia en el caso de víctimas de TSH¹⁴⁸, sin embargo, solo se excluye de cumplir requisitos con requisitos de edad o trámites de separación o divorcio, a las mujeres víctimas de trata y explotación sexual, siendo este mismo colectivo el beneficiario de servicios residenciales permanentes¹⁴⁹. Las víctimas masculinas, predominantes en el tipo de TSH objeto de este capítulo,

¹⁴² TSJ Aragón (Civil y Penal), sec. 1.^a, S 24-02-2022, n.º 10/2022, Rec. 97/2021.

¹⁴³ Ver sobre prueba preconstituida TS Penal 27-2-24, n.º 172/2024 Rec 10509/2023. Sobre el valor de la declaración de las víctimas en casos de TSH sexual, extrapolables a la laboral, ver TS Penal 29-3-2017, n.º 214/2017 Rec 10521/2016 y TS Penal 14-05-2020, n.º 146/2020, Rec. 10572/2019. También en un caso de TSH con finalidad de mendicidad AP Cantabria, sec. 3.^a, S 28-12-2020, n.º 387/2020, Rec. 24/2020.

¹⁴⁴ En un caso de TSH laboral siendo los testigos las víctimas extranjeras en situación administrativa irregular (AP Barcelona, sec. 6.^a, A 21-03-2022, n.º 196/2022, Rec. 115/2022

¹⁴⁵ Ver en un caso de TSH laboral siendo las víctimas rumanas TS 27-2-2024, n.º 172/2024 Rec 10509/2023.

¹⁴⁶ Ley 1/1996 artículo 2.h). Perdiéndose tal beneficio tras la firmeza de la sentencia absolutoria, o del sobreseimiento definitivo o provisional por no resultar acreditados los hechos delictivos, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1996/01/10/1/con>

¹⁴⁷ RD 141/2021 art.32.1.e) Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2021/03/09/141>

¹⁴⁸ Ley 19/2021 artículo 10.1.

¹⁴⁹ Ley 19/2021 artículo 4.

tienen más difícil acceso a recursos asistenciales, lo que puede tener repercusiones procesales. Así la Fiscalía puede verse obligada a recurrir a la denominada prueba preconstituida por la dificultad de mantener en condiciones dignas a las víctimas mientras se espera el juicio. En la Memoria del Ministerio Fiscal 2022 se subraya por parte de la Fiscal delegada de Castellón la carencia de un sistema de protección y de recursos de acogida para varones víctimas de trata laboral, que son obligados a permanecer en albergues municipales en espera de soluciones ¹⁵⁰. En algunos casos la desprotección obliga a las víctimas, por ejemplo, a los temporeros, a marcharse, perdiéndose el rastro. Si no hay prueba preconstituida, su marcha aboca al archivo del procedimiento.

B. SUJETO ACTIVO O EL TRATANTE

El Protocolo de Palermo enfocaba en la TSH cometida por organizaciones criminales, sin embargo, en el tipo español podría ser cualquiera, como demuestra la mera existencia del tipo agravado asociado precisamente a tal situación (CP artículo 177 bis. 6) ¹⁵¹. El propio concepto penal de organización criminal resulta problemático como muestra una reciente sentencia del TS que reserva tal denominación a grupos con mayor complejidad en su estructura organizativa. Descartándola respecto de un grupo familiar de padres e hijos convivientes, en su mayoría rumanos, que fueron los tratantes de sus compatriotas y que, aunque se distribuyeran ciertos roles, no eran una organización criminal ¹⁵². Esta agravación también se produce cuando los sujetos involucrados se hayan prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, no habiéndose encontrado ninguna sentencia de TSH por las finalidades elegidas con tal condena agravada ¹⁵³.

Además, como se señaló, está prevista la responsabilidad de las personas jurídicas que reciben penas específicas de multa en relación con el beneficio

¹⁵⁰ Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don Álvaro García Ortiz. Madrid. 2023.

¹⁵¹ Ver en este sentido TS Penal 13-5-15, Rec 10815/2014 n.º 298/2015 FJ 5. B-2 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3a50947dcf1b6868/20150529>

¹⁵² TS Penal 27-2-24, n.º 172/2024 Rec 10509/2023. Ver otro caso en que se niega la existencia de organización criminal reconocida por una de las imputadas y se considera que hay una mera «codelinuencia» FJ 11.º de AP Sevilla, sec. 1.ª, S 26-11-2021, n.º 494/2021, Rec. 4798/2021.

¹⁵³ CP artículo 177 bis. 5.

obtenido, pudiéndose imponer penas adicionales¹⁵⁴. Esta posibilidad tampoco parece frecuente en las sentencias nacionales por TSH laboral consultadas, por lo que tampoco se han podido analizar sus alegaciones en relación con programas de *compliance* y su virtualidad para atenuar o exonerar de responsabilidad penal.

Finalmente, conviene reseñar que en la misma norma que agravó la pena cuando los sujetos pasivos eran menores, entre las medidas adoptadas para la protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, se prevé que los condenados por TSH, sea cual sea su finalidad¹⁵⁵, aunque también por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, no puedan acceder al ejercicio de profesiones, oficios y actividades, remuneradas o voluntarias, con independencia de su duración, que impliquen contacto habitual con personas menores de edad. Es preciso por tanto que los empleadores comprueben tal circunstancia exigiendo que los empleadores lacomprueben a través de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales que, de nuevo, parece estar enfocado en la TSH con finalidad sexual.

2. Las finalidades de trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud y figuras afines

Como ha reiterado la jurisprudencia el delito de TSH es un delito de tendencia o «de resultado cortado» asociado a la intención o propósito de alguna de las finalidades expresadas por el legislador de forma exhaustiva, aludiendo a formas de explotación de la propia persona de la víctima o de su actividad. Esta posición ha sido criticada por parte de la doctrina que entiende que pueden existir otras finalidades diferentes a las expresadas, pudiendo ser una opción la mera referencia genérica a formas graves de explotación genérica. En ese marco cabría considerar incluida la explotación laboral grave, no solo la severa asociada a trabajo forzoso, servidumbre y esclavitud, sin contravenir el marco normativo internacional y ni siquiera el principio de lesividad¹⁵⁶. La propia Directiva 2011/36/UE sobre TSH alude en el punto 3.º de su exposición de motivos al concepto amplísimo de trabajos y servicios forzosos que incluiría no solo la ex-

¹⁵⁴ Ver CP artículo 31 bis, solo aplicable a determinados delitos como la trata. Ver también CP art.177 bis.7 «... Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33»

¹⁵⁵ LO 8/2021 artículo 32, 57 a 60 Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/con>

¹⁵⁶ Ver, extensamente, TERRADILLOS BASOCO, J. M.³ «Trabajo forzoso, servidumbre, esclavitud: ¿ag-giornamento de la respuesta penal a la explotación laboral grave)? Revista Sistema Penal Crítico. Vol 5/2024, pp. 1-31

plotación laboral, la sexual e incluso la mendicidad forzosa, realidades bien distintas que permiten estrategias comunes pero también diferenciadas por cada finalidad o incluso sector involucrado (agricultura, servicio doméstico)¹⁵⁷. Lo que es claro es que es un listado que va creciendo y así en el futuro el CP artículo 177 bis deberá recoger las recién añadidas finalidades que deberán ser incorporadas al tipo vigente por imperativo de la reforma de la Directiva aprobada en 2024 (explotación de la maternidad subrogada, o la adopción ilegal).

Su configuración como delito de tendencia supone que basta la concurrencia de ese elemento teleológico para su consumación «sin que sea necesario realizar las conductas de explotación descritas que podrán dar lugar en su caso a otros tipos delictivos»¹⁵⁸ (ver infra apdo. V)¹⁵⁹. No obstante, parece evidente que si las finalidades no llegan a consumarse la prueba de su concurrencia no siempre será sencilla ¿Cómo se demuestran los objetivos del tratante si no se consumaron con la víctima concreta u otras anteriores?

Los hechos probados de las pocas sentencias dictadas sobre «TSH laboral» muestran que la misma se descubre una vez que la que la finalidad de explotación se ha materializado¹⁶⁰. El análisis que realizan los tribunales supone que el denominado elemento subjetivo sea tratado en la práctica como si fuera objetivo, a la vista de los actos de los tratantes y no su intención. En efecto, estando ya la TSH en fase de explotación no se detienen en la intención, simplemente observan si la situación de la víctima se pudiera encuadrar en las definiciones de trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud ofrecidas desde la norma internacional. Así, por ejemplo, se aprecia su concurrencia en un caso en el que los acusados nacionales rumanos captaron, transportaron y acogieron a las víctimas también rumanas, con engaños y en condiciones de precariedad extrema, las coaccionaron y despojaron de sus documentos de identidad, trasladándolas hacinadas, a viviendas insalubres, sin acceso a condiciones básicas de habitabilidad. Además, como se acredita que los acusados obligaban a las víctimas a trabajar largas jornadas, se les retenía parte de sus ingresos y se les imponían deudas ficticias, todo bajo un control y vigilancia constante por parte de los acusados y sus familiares, se entiende que tales acciones reflejan una clara intención de explotación laboral y abuso de la situación de vulnerabilidad

¹⁵⁷ Ver exposición de motivos de la Directiva apartados 3, 11 y 25.

¹⁵⁸ CP artículo 177 bis.9.

¹⁵⁹ Ver TS Penal 18-5-16, sentencia n.º 420/16, doctrina reiterada en múltiples ocasiones, ver, por ejemplo, TSJ Extremadura (Civil y Penal) 16-4-24, n.º 20/2024, Rec 17/2024 FJ 8.º

¹⁶⁰ Ver DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El delito de Trata de Seres Humanos*. Tirant lo Blanch. Valencia 2013. P. 90 y Memorias de la Fiscalía General del Estado, Memorias de 2020, p. 863.

de las víctimas, lo que cumple con el requisito de la finalidad de trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud asociado al delito de TSH ¹⁶¹.

En sentido contrario, se deniega la existencia de TSH en un caso en que ciudadanos búlgaros residentes en España captaban en una zona de Bulgaria a personas en situación de necesidad económica para traerlas a España considerando que estos no estaban sometidos a trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud, como si fueran de su propiedad. Entiende, además, que no concurren coacciones, ni amenazas y gozan de libertad deambulatoria, aunque les hubieran retenido la documentación, sin valorar el engaño, pues también ofrecían condiciones de trabajo muy tentadoras considerando los ingresos y las condiciones en que supuestamente vivirían, siendo todas falsas. No obstante, se considera acreditado que prestaban servicios en condiciones de explotación laboral abusiva (excesivos horarios, retención de salarios por deudas impuestas) y la sentencia impone un delito contra los derechos de los trabajadores valiéndose del engaño y del abuso de la situación de necesidad ¹⁶².

Como ya se ha mencionado, ha sido criticado desde todas las instancias que sorprendentemente no existan todavía en nuestro CP los delitos de trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud, a diferencia de lo que sucede con otras finalidades. En el marco de la TSH de explotación sexual sí cabría imputar el delito de TSH, junto el de prostitución coactiva, del CP artículo 188, si la explotación sexual se materializa. Esa relevante carencia puede subsanarse si prospera el Anteproyecto de Ley orgánica integral (ALOITEX) que introduce en el Título de la TSH un capítulo II en el que incorpora –de menos grave a más grave–, como escalones de la propia explotación, los siguientes tipos que he recogido en un cuadro ¹⁶³. Aunque buena parte de la doctrina también ha intentado conceptualizar estas situaciones a la luz de la normativa internacional ¹⁶⁴, partiremos de las definiciones propuestas para ayudarnos a conocer el

¹⁶¹ Ver AP Sevilla, sec. 3.ª, S 22-07-2022, n.º 318/2022, Rec. 1276/2022 y en un caso muy similar TSJ Andalucía (Granada) (Civil y Penal), sec. Apelación penal, 08-02-2023, n.º 37/2023, Rec. 347/2022 que fue luego confirmado por el TS, se constata que se les imponían deudas a las víctimas por gasolina, comida, tabaco. Deudas que no saldaban por el trabajo por el que no recibían salario o uno claramente inadecuado. Además, se restringió su libertad de movimientos, retirándoles la documentación y los teléfonos móviles.

¹⁶² Ver imponiendo el delito del CP art.311.1 y rechazando la existencia de TSH AP Valencia 12-03-2019, n.º 140/2019, Rec. 73/2018).

¹⁶³ Los tipos propuestos por el ALOITEX se parecen llamativamente a los sugeridos en su propuesta de lege ferenda por VALVERDE-CANO, A. B., «La ausencia de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en España: el porqué y el cómo de una propuesta de lege ferenda» /en/ VV. AA. RODRÍGUEZ VÁZQUES, J. R. (coord.), V Congreso Jurídico Internacional sobre formas contemporáneas de esclavitud Veinte años después del Protocolo de Palermo. Tomo I, Organización Internacional del Trabajo, Lima, 2022, pp. 361-362.

¹⁶⁴ Ver por ejemplo RIVAS VALLEJO, P. «Aproximación Laboral a Los Conceptos De Esclavitud, Trabajo Forzoso Y explotación Laboral En Los Tratados Internacionales». REJLSS 2021, pp. 99-135.

■ LOS DELITOS LABORALES

propio contenido de las finalidades objeto de este capítulo. No obstante, la exigencia futura de probar todas las notas incluidas en la definición para entender concurrentes las finalidades requeridas puede dificultar la condena por TSH ¹⁶⁵.

Delitos en el ALOITEX	Tipo	Penas
Trabajo forzoso. (ALOITEX artículo 177 ter.1)	Quien, ejerciendo sobre una persona un poder de disposición o control y empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, la obligue a realizar cualquier trabajo o servicio (incluyendo prestaciones o actividades de naturaleza sexual, la mendicidad y la realización de actividades delictivas).	5 a 8 años
Servidumbre. (ALOITEX artículo 177 ter.2)	Quien, mediante los procedimientos descritos en el apartado anterior, determine a una persona a habitar en un lugar, o restrinja su libertad de movimientos, manteniéndola en un estado de dependencia y sometimiento respecto de quien obliga a realizar trabajos o servicios.	6 a 9 años
Esclavitud. (ALOITEX artículo 177 ter.3)	Quien, con los medios ya reseñados, someta o mantenga a una persona en una situación de absoluta disponibilidad sobre ella y sus esferas de libertad personal.	a 12 años

A. TRABAJO O SERVICIOS FORZOSOS

Según el primer escalón de los tipos propuestos por el ALOITEX la finalidad de trabajo o servicios forzoso supondría la intención de obligar a realizarlos, de imponerlos. El punto de partida del tipo propuesto es que sobre la víctima hay quien posee poder de disposición y control al haber sufrido los medios comisivos típicos del delito de TSH sobre adultos que reitera casi en su totalidad: violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima (ver infra apdo. IV.4. C).

¹⁶⁵ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», Estudios penales y criminológicos, vol. 41 (2021), p. 51.

No se menciona «la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima» que desaparece del tipo de TSH en el ALOITEX, pues ante tal transferencia de control parecería que nos encontraríamos más ante un siervo o un esclavo.

La definición del tipo no es del todo coincidente con el concepto de trabajo forzoso contenido en el Convenio OIT n.º 29 de 1930 como «todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.» Comparando el tipo propuesto y la definición clásica faltarían los dos siguientes elementos:

a) La amenaza de una pena asociada a la exigencia del trabajo o servicio que se ha entendido en un sentido muy amplio, dejando al margen ciertas exclusiones.¹⁶⁶

b) La ausencia de ofrecimiento voluntario a realizar el servicio o el trabajo.

La ausencia de una amenaza de una pena resulta relevante, pues, como ha señalado la doctrina, es el elemento que tradicionalmente marca la diferencia con la mera explotación laboral voluntaria, al conectar con la coacción física o mental de la víctima, aunque pueda ser sutil¹⁶⁷. En efecto, la víctima sabe que si se niega es evidente que su situación empeorará sustancialmente, lo que le obliga a realizarlo. Así, el trabajo forzoso se diferenciaría de la explotación laboral (en sus estadios iniciales) en que en esta sí concurre la voluntariedad y no hay amenaza de pena asociada a la negativa de obedecer y realizar el trabajo o abandonarlo, incluso cuando las condiciones laborales sean denigrantes. Sin la amenaza de pena, si la persona acepta la prestación del servicio no habría trabajo forzoso sino una «transacción de explotación»¹⁶⁸. Si se negara, la consecuencia solo sería la pérdida de recibir la contraprestación ofrecida que puede ser un pago, un salario, muy por debajo de los estándares legales o convencionales.

La diferencia entre trabajo forzoso y explotación laboral, aunque sea severa, no es baladí, en el trabajo forzoso se impone el trabajo, mientras en la

¹⁶⁶ La OIT en su convenio n.º 29 excluye en su artículo 2 del concepto de trabajo forzoso: a) el servicio militar; b) las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos; c) los trabajos impuestos por sentencia judicial bajo la vigilancia de las autoridades públicas (posibilidad, como ya dijimos, excluida del Derecho Penal español); d) los exigidos en casos de fuerza mayor, es decir, guerras, siniestros o amenazas de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias u otras situaciones que pongan en peligro o amenacen la vida o condiciones normales de existencia de toda o parte de la población.

¹⁶⁷ VALVERDE-CANO, A. B. «It's all about control: el concepto de trabajos forzados». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 22 (julio de 2019), p. 274.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

explotación laboral, concurre voluntariedad, pero se imponen condiciones por debajo de los estándares laborales. Aunque lo normal es que el trabajo forzoso incluya condiciones de explotación, esta distinción es relevante porque en el marco de la legislación vigente se ha decidido excluir la finalidad de mera explotación laboral del tipo de TSH y solo se aceptan las más graves, esto es, las constitutivas de trabajos forzados, servidumbre, esclavitud o prácticas similares que ahora el ALOITEX tipifica ¹⁶⁹.

B. SERVIDUMBRE

La servidumbre carece de una definición internacional normativa clarificadora a diferencia del trabajo forzoso definido por la OIT. Se trata, en definitiva, de una situación intermedia entre el trabajo forzoso y la esclavitud, el siervo ya no aparece como una persona libre, sino dependiente de quien le obliga a trabajar o prestar servicios. Esa dependencia deriva de restricciones relevantes a su libertad de movimientos y residencia que la hacen más dependiente y sometida a quien le impone el trabajo forzoso. Esta definición de servidumbre se alinea con la mantenida por el TEDH ¹⁷⁰ que, a su vez, conectaba con las denominadas prácticas similares a la esclavitud que, en muchas ocasiones, podrían entenderse referidas a la propia servidumbre (ver infra apartado D).

El tipo propuesto por el ALOITEX señala que la víctima es determinada a habitar en un determinado lugar por lo que, aunque se plantea como una situación alternativa, en realidad, ya no tiene libertad completa de movimientos que es la segunda nota clarificadora. De nuevo se imponen en el tipo de servidumbre el empleo de los medios comisivos propios de la TSH y ya listados en el tipo propuesto de trabajo forzoso, los que mantienen la situación de control.

C. ESCLAVITUD

En la propuesta de delito esclavitud, contenida en el ALOITEX, el esclavo ya carece de capacidad de decidir, pues está sometido o mantenido en una

¹⁶⁹ Ver RAMON RIBAS, E. ¿Es constitutiva de delito de trata de seres humanos la trata de personas realizada con fines de explotación laboral? /En/ VVAA *Un modelo integral de Derecho penal: libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. BOE. Madrid.2022. p. 1370.

¹⁷⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Siliadin c. Francia, 26 de octubre de 2005, Solicitud núm. 73316/01 https://compendium.itcilo.org/es/compendium-decisions/tribunal-europeo-de-derechos-humanos-siliadin-c-francia-26-de-octubre-de-2005-solicitud-num-73316-01/at_download/attachedfile

situación de absoluta disponibilidad para el tratante, por lo que carece de esferas de libertad personal, de nuevo impuestas por los medios comisivos propios de la TSH, sin especificarse elementos adicionales que pudieran conducir a tal resultado de esclavitud.

En el delito propuesto no son tan evidentes las notas de cosificación que sí se mencionan en diferentes normas internacionales que conectaban con el concepto original de TSH y esclavitud en que se admitía la propiedad de otro. En cualquier caso, en la esclavitud contemporánea la propiedad ya no es jurídica, si no de facto, y deriva precisamente de la disponibilidad absoluta para el tratante y la carencia de libertad de la víctima que es tratada realmente como mera mercancía, aunque ya no haya un título de propiedad, tras su abolición formal. En este sentido define la esclavitud el CP en su artículo 607 bis, relativo a los delitos de lesa humanidad, incorporados en 2003, como «la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla prestarla o darla en trueque». En efecto, esta última definición al contemplar esa esclavitud de facto, amplía el concepto ofrecido por la antigua Convención sobre la esclavitud de 1926 cuya definición parecía tener un punto de vista más jurídico, aunque ya solo se hiciera referencia a los atributos del derecho de propiedad y no al derecho de propiedad de la persona¹⁷¹. En ese contexto primitivo, además, se entendía como trata «todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo adquirido para venderlo o cambiarlo y, en general, todo acto de comercio de transporte de esclavos»¹⁷². En esta misma línea de cosificación y derecho de propiedad se mantuvo la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956 que resulta relevante para conocer las prácticas similares a la esclavitud¹⁷³.

D. PRÁCTICAS SIMILARES A LA ESCLAVITUD

El tipo actual menciona las practicas similares a la esclavitud que no han sido definidas en el CP y que desaparecen en el nuevo tipo de TSH propuesto

¹⁷¹ Definía esclavitud como «el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos».

¹⁷² Convención sobre la Esclavitud de 24 de septiembre de 1926, Ginebra, 1926. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/slaveryconvention.aspx>

¹⁷³ <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/supplementaryconventionabolitionofslavery.aspx>

por el ALOITEX, circunscrito a los tres delitos de explotación que tipifica. Para definir estas conductas afines, la doctrina penalista¹⁷⁴ acude mayoritariamente al Derecho Internacional. Concretamente a la ya mencionada Convención Suplementaria de 1956 que se refiere a varios supuestos muy específicos detectados en la práctica¹⁷⁵. Entre ellos destaca, a nuestros efectos, los siguientes tipos de servidumbre que, como ya se ha señalado, ocupan un lugar intermedio entre el trabajo forzoso y la esclavitud:

Por un lado, la denominada «servidumbre por deudas» que vincula la prestación de los servicios al pago de esta «si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios». Siguiendo la interpretación de Naciones Unidas la doctrina diferencia dos tipos¹⁷⁶:

a) «La primera modalidad de servidumbre transforma el trabajo de la víctima en una garantía de pago quedando la misma sometida a saldar una cuantía desconocida y que, al no establecerse el importe, se convierte impagable.»

b) «En la segunda forma, se incumple el acuerdo establecido por lo que el deudor queda sometido a saldar la deuda de por vida.»

Por otro lado, la se denomina «servidumbre de la gleba» relativa a «la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición.»

En un reciente caso, se describe lo que parece una situación intermedia entre servidumbre y esclavitud, aunque se condene por TSH con la «finalidad de imposición de prácticas similares a la esclavitud y la explotación para realizar actividades delictivas.» Se trataba de un grupo criminal organizado, dedicado al cultivo de marihuana a gran escala en naves industriales, el condenado captó en España a tres ciudadanos asiáticos mediante engaño y abusando de su indigencia, que fueron trasladados a las zonas de Castellón y Valencia

¹⁷⁴ Ver, por ejemplo, SEDANO GARCIA, T. *La detección, identificación y protección de las víctimas de trata de seres humanos*. Reus. Madrid. 2021. P.

¹⁷⁵ *Ibidem*, junto a la servidumbre por deudas y la servidumbre de la gleba, también se mencionaban como prácticas similares a la esclavitud, algunas relativas al matrimonio forzoso, con cesión de la mujer a título oneroso o por herencia; así como la cesión por padres o tutores de un menor de 18 años, con remuneración o sin ella, para la explotación de su persona o su trabajo.

¹⁷⁶ Tesis doctoral de BERASALUCE GERRIKAGOITIA, L. *Trata de seres humanos con fines de explotación laboral y protección de las víctimas: con especial atención al fenómeno en el ámbito del servicio doméstico* p. 64. <http://hdl.handle.net/10810/48606>

donde estaban dichas naves. Allí eran encerrados y conminados o coaccionados a cuidar los cultivos ilegales, «debiendo residir ‘sine die’ en condiciones indignas, aislados de comunicación con el mundo exterior salvo con sus dominadores, atemorizados y en régimen de explotación semejante a la servidumbre»¹⁷⁷.

3. Acciones o conductas típicas

Como ya se señaló en la introducción a este trabajo, el tipo básico de TSH configurado en el CP artículo 177 bis alude, como elemento objetivo constitutivo a una serie de acciones que, como señala el propio TS¹⁷⁸ reflejan algunas de las sucesivas fases típicas de captación y traslado, aunque en la práctica sea en la fase de explotación, que no forma parte de la conducta típica, cuando normalmente la TSH es descubierta¹⁷⁹. Basta con la existencia alternativa de alguna de las acciones típicas, que se mencionan a continuación, para que haya TSH: captar, transportar, trasladar, acoger, o recibir, incluyéndose también intercambiar o transferir el control de las víctimas¹⁸⁰. En efecto, puede haber TSH si concurre al menos una de tales acciones¹⁸¹.

Como señala el TS, con la fase de captación o reclutamiento comienza la TSH de la víctima que se atrae para controlar su voluntad con fines de trabajo forzoso. En esta fase inicial de acercamiento directo e indirecto es cuando se utiliza como medio comisivo principal el engaño (por ejemplo, ofertas de trabajo legítimo muy atractivas), para conseguir su «enganche» o aceptación de la propuesta, al que luego se suele unir la coacción. No obstante, hay ocasiones, en las que la violencia empieza en la propia captación, con acciones que podría entenderse como un rapto con violencia que quizás hubiera debido considerarse un delito concurrente, aunque tal vez pudiera plantear una infracción

¹⁷⁷ TS Penal 26 de abril de 2023, n.º 301/2023 Rec10698/2022.

¹⁷⁸ Ver TS Penal 30 de octubre de 2020, n.º 565/2020 o TS Penal 23 de julio de 2020, n.º 422/2020 o TS Penal 29 de marzo de 2017, n.º 214/2017 sobre TSH sexual. Ver también TS Penal 23-11-23, n.º 867/2023 Rec 10253 en un caso de TSH por mendicidad citando TS Penal 22 de marzo de 2018, n.º 144/18

¹⁷⁹ Ver supra Apdo IV.2

¹⁸⁰ TS Penal 24 de julio de 2019, n.º 396/19 o TS Penal 21 de abril de 2021, n.º 324/2021 donde se señala «como se desprende sin dificultad de la descripción típica, el delito puede cometerse en varios momentos, desde la captación hasta el alojamiento, pudiendo concurrir cualquiera de los elementos exigidos, es decir, la violencia, la intimidación, el engaño o el abuso de cualquiera de las situaciones mencionadas, en cualquiera de los citados momentos temporales, siempre que conste la finalidad típica ...».

¹⁸¹ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Trata de seres humanos» /en/ VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA F. J., y GONZÁLEZ CUSSAC J. L., *Comentarios a la reforma Penal de 2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 210.

del *bis in idem*¹⁸². En esta primera fase son relevantes las falsas ofertas incluidas «on line» en las redes sociales a través de internet.

La segunda fase es su traslado, consiste en mover a una persona de un lugar a otro utilizando cualquier medio disponible, incluso a pie. El traslado no ha de ser a lugares lejanos, uno de los pocos casos de trata de trabajo forzoso se refiere a trata de nacionales españoles dentro de Galicia, es decir, que basta con cambiar de zona, aunque lo normal es el cruce de fronteras, que, sin duda, producirán un desarraigo más importante, cuando no se conozcan las costumbres, el idioma... En todo caso, el objetivo es tratar de separar a la víctima del lugar donde vivía, se había criado, y tiene redes de apoyo o vínculos afectivos (familia, amistades, vecinos...) y redes de apoyo¹⁸³. Precisamente, cuando se llega al destino final la víctima es normalmente despojada, con mucha frecuencia, de sus documentos de identidad¹⁸⁴ y viaje, así como de otras pertenencias, como los móviles, lo que permite aislarlas y evitan que se relacionen con sus familiares u otras relaciones. También comete delito de trata quien aloja a la víctima, con conocimiento de su introducción en España, tras una captación con destino a la explotación¹⁸⁵.

4. Medios comisivos

Como se mencionaba en la introducción a este capítulo en el caso de que las víctimas sean mayores de edad es preciso que concurren ciertos medios comisivos abusivos que se enumeran en el CP artículo 177 bis.1: violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la

¹⁸² Así sucede cuando se demuestra que una de las víctimas que dormía en la calle en un saco de dormir, es llevado dentro de él por la fuerza a un vehículo y trasladado fuera de la ciudad donde residía y conducido a una zona rural dentro de Galicia donde es explotado (TS Penal de 24 de marzo de 2017, n.º 196/2017, Rec. 10655/2016)

¹⁸³ En el caso de la «TSH laboral doméstica» producida en Galicia las redes de apoyo de los indigentes afectados podían ser, por ejemplo, vecinos del lugar donde ejercían la mendicidad o las propias voluntarias de la Cruz Roja que tramitaban a uno de los indigentes afectados una pensión de jubilación. Esas personas son las que propiciarían su liberación ver TS Penal 24 de marzo de 2017, n.º 196/2017, Rec. 10655/2016.

¹⁸⁴ Ver, por ejemplo, TS Penal 27 de febrero de 2024, n.º 172/2024 Rec 1059/2023 sobre TSH de ciudadanos rumanos con finalidad de explotación laboral en el sector agrario.

¹⁸⁵ Ver en casos de TSH sobre explotación sexual TS Penal 9 de abril de 2015, n.º 191/2015, Rec. 10674/2014 y TS Penal 4 de febrero de 2014, n.º 53/2014, Rec. 10576/2013, sin que se haya encontrado sentencias semejantes sobre TSH laboral.

persona que poseyera el control sobre la víctima¹⁸⁶. El uso de tales medios como el propio tipo reconoce convierte un posible consentimiento viciado de la víctima en irrelevante. En los siguientes puntos intentamos entender un poco más cada uno de estos elementos que permiten el control sobre las víctimas de TSH.

A. ENGAÑO

El engaño, medio comisivo también exigible en el marco de otros delitos, a veces concurrentes como el tráfico de personas¹⁸⁷, consiste en que los tratantes utilizan un ardid, un fraude, aportando «datos total o parcialmente falsos para hacer creer a la víctima algo que no es cierto y que generalmente se traduce en ofertas de trabajo legítimo, bien en el servicio doméstico, bien en establecimientos fabriles o comerciales, o incluso como modelos, y en general en ofrecer a personas desvalidas unas mejores condiciones de vida»¹⁸⁸. El engaño tiene que proyectarse directamente sobre la víctima, no sobre terceros. Motivo por el que no se considera concurrente cuando para facilitar la entrada de la víctima en España el condenado engañó a las autoridades españolas, simulando un parentesco inexistente, en la carta de invitación lo que le permitió obtener un visado turístico¹⁸⁹, pero no engañó a la víctima.

En la finalidad de TSH que nos concierne el engaño es muy relevante, pues suele enmarcarse en falsas promesas de simplemente «trabajo lícito remunerado y alojamiento»¹⁹⁰ o un buen puesto de trabajo en España, que desaparece al llegar y se convierte en muchos casos en una deuda descomunal que solo pueden «solventar aceptando realizar trabajos en condiciones abusivas e indignas (jornadas agotadoras, obligación de reembolso de los gastos exagera-

¹⁸⁶ CP artículo 177 bis.3.

¹⁸⁷ Así sucede contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (CP artículo 318 bis), cuando el condenado que les atraía con ofertas laborales falsas en empresas inexistentes, cobrando sumas de dinero a cambio. Sobre entrada de ciudadanos marroquíes en España. TS Penal 10 de mayo de 2012, Rec 1687/2011, n.º 385/2012. También forma parte del tipo recogido en el CP artículo 313 relativo al determine o favorezca «la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante.»

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/93e2bedac99c9af9/20120531>

¹⁸⁸ Ver TS Penal 18-5-16, n.º 420/16, doctrina reiterada en múltiples ocasiones, por ejemplo, TSJ Extremadura (Civil y Penal) 16 de abril de 2024, n.º 20/2024, Rec 17/2024 FJ 8.º

¹⁸⁹ Se trata de un supuesto en el que se descarta la concurrencia de TSH básicamente por no admitirse la finalidad de explotación sexual que quedó limitada a un episodio de agresión sexual. Ver en este sentido TS Penal 13-5-15, Rec 10815/2014 FJ 5. B-2 [https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocu](https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3a50947dcf1b6868/20150529)

¹⁹⁰ TS 26-4-2023, n.º 301/2023 Rec 10698/2022.

dos de manutención, alojamiento en condiciones infrahumanas, remuneraciones prácticamente inexistentes, etc.)»¹⁹¹. La magnitud del engaño se muestra cuando se compara la mentira con la situación de explotación laboral en la que se sitúa a la víctima.

B. VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN

Conecta con las conductas propias del delito de coacción tipificado en el CP artículo 172. Implica fuerza, violencia física y también alternativamente intimidación de tipo psíquico o amenaza (*vis compulsiva*) ambas pueden recaer sobre la víctima o sus familiares, pero siempre con el objetivo de asustar a las víctimas para que acepten las condiciones impuestas, doblegando su voluntad. Los tratantes para coaccionar recurren a diferentes elementos generadores: la amenaza de ejercer un daño directo y personal a la víctima o la de afectar a sus familiares o allegados que se quedan en el país de origen es una de las más frecuentes¹⁹². También en el caso de extranjeros se suele sustraer y retener la documentación de identidad y viaje necesaria, como los pasaportes y también los móviles¹⁹³.

Es importante destacar que el TS reconoce que la coacción no ha de ser constante y pueden haber momentos puntuales de relajación siempre que se constate que sigue la situación de sojuzgamiento y servidumbre asociada a una deuda que se incrementaba progresivamente por los gastos de manutención. Admitiéndose incluso cierta libertad ambulatoria permitiéndoseles cortos desplazamientos, en muchas ocasiones, acompañados de los tratantes¹⁹⁴.

¹⁹¹ AP Sevilla, sec. 1.ª, S 26 de noviembre de 2021, n.º 494/2021, n.º 298/2015 Rec. 4798/2021; en el mismo sentido mintiendo sobre los posibles salarios a percibir y creando una servidumbre por deudas imposibles de resarcir por las víctimas, ver TS Penal 27 de febrero de 2024, n.º 172/2024 Rec 10509/2023.

¹⁹² «Las víctimas como resultado de la coacción y miedo que, frecuentemente, implica la seguridad de sus familiares que permanecen en el país de origen, y que las determina a permanecer en las condiciones de abuso y esclavitud en la que viven, sin acudir en la mayoría de las ocasiones a denunciar la citada situación por miedo a ser sancionadas, repatriadas o sufrir graves represalias por parte de sus tratantes o explotadores» Memoria de la Fiscalía 2023. P. 1156 https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS23.pdf En los casos de trata de mujeres nigerianas con objetivo de explotación sexual se usa también el vudú, ver TSJ Castilla y León (Burgos) (Civil y Penal) 23 de octubre de 2023, n.º 85/2023, Rec. 30/2023. Táctica que bien podría valer para la explotación laboral de ciertas personas de esa nacionalidad.

¹⁹³ Ver un caso de TSH laboral agrícola en el que las víctimas y los tratantes son rumanas (TS Penal 27 de febrero de 2024, n.º 172/2024 Rec 10509/2023)

¹⁹⁴ Ibidem FJ 6.17 Señalándose que «no es incompatible con la situación de trata que sus víctimas pudieran participar de alguna celebración familiar de ellos acusados; al fin y al cabo, todos eran compatriotas y compartían alojamiento, y esa relajación puntual era conforme a la racionalidad delictiva, al contri-

Cuando los límites a la libertad ambulatoria de las víctimas de TSH son extremos, no solo por estar las víctimas encerradas físicamente, sino también por ser incapaces de huir por el temor a las represalias y miedo a desoír la presión ejercida por los tratantes, se ha condenado por un delito de coacciones agravado (CP artículo 172.2) descartándose la concurrencia del delito de detención ilegal ¹⁹⁵.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que hay un tipo agravado cuando se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito ¹⁹⁶. Puesta en peligro, que de nuevo no exige una materialización del riesgo que puede, no obstante, producirse en las tres fases del proceso.

C. ABUSO DE UNA SITUACIÓN DE SUPERIORIDAD O DE NECESIDAD O DE VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA

La trata abusiva se refiere a supuestos en los que el sujeto activo de la TSH abusa de su situación de superioridad o poder respecto de las víctimas o de la propia necesidad o vulnerabilidad de estas. El legislador aclara, que se entiende que las víctimas están en una situación de necesidad o vulnerabilidad «cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso» CP artículo 177 bis.1 in fine. De manera, que para que concurra este medio comisivo no basta la vulnerabilidad ¹⁹⁷, por ejemplo, la condición de extranjero en situación administrativa irregular, o el estado de necesidad o indigencia de la víctima, sino que es preciso un abuso por parte del tratante, al que el tratante no se puede resistir. El abuso es el elemento que permite entender que la víctima sufre las situaciones requeridas. Por ejemplo, el caso de un indigente asiático, en situación administrativa irregular captado para el cuidado de plantaciones de marihuana, que una vez encerrado en las naves, bajo llave y amenaza de muerte, «comprendió y asumió el peligro que suponía su oposición, dada la magnitud de la instalación y del cultivo, así

buir a disminuir las tensiones entra ambos grupos y mostrar la «buena disposición» de los tratantes con sus víctimas».

¹⁹⁵ Realizándose una interesante disquisición sobre la diferencia entre el delito de detención ilegal y el de coacciones que finalmente imponen considerando el supuesto una situación límite entre ambos (TS Penal 26- de abril de 2024, n.º 301/2023 Rec 10698/2022).

¹⁹⁶ CP artículo 177 bis.4.a).

¹⁹⁷ Sobre las enormes dificultades para delimitar este término y su posible interpretación en el CP pero también en las normas internacionales ver BENITO SÁNCHEZ, D. «La delimitación de la expresión ‘abuso de una situación de vulnerabilidad’ en el delito de trata de personas» /en/ VVAA (BENITO SÁNCHEZ, D. y GÓMEZ LANZ, J.). *Sistema penal y exclusión social*. Aranzadi. Madrid. 2020, pp. 205-233.

como de las personas que controlaban la instalación, doblegar su voluntad a las exigencias y condiciones impuestas y accedió al cuidado de la plantación de marihuana bajo el temor de represalias hasta que fue puesto en libertad por la Policía nacional»¹⁹⁸.

Aunque faltaría el abuso por parte del tratante, el legislador ha previsto la agravación de la pena en casos de especial vulnerabilidad de la víctima, situación que asocia a dos tipos de supuestos. Por un lado, a la enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad (CP art.177 bis.4.b). Dejando al margen la críptica referencia a «situación personal» el resto de las razones de vulnerabilidad coinciden con causas prohibidas de discriminación como son la enfermedad, el sexo que conecta directamente con la situación de embarazo exclusiva de las mujeres, la discapacidad o la propia edad (ver Ley 15/2022). No se mencionan otras muchas causas de discriminación que intrínsecamente suponen vulnerabilidad, tampoco la situación socioeconómica de la víctima¹⁹⁹, que tal vez quede subsumida en el propio estado de necesidad, que es una constante, pues la trata enfoca en las personas pobres²⁰⁰. La jurisprudencia no siempre lo considera, salvo casos muy extremos²⁰¹, aunque a veces subraya la indigencia sin calificarla expresamente como factor de necesidad o vulnerabilidad²⁰². Por otro lado, desde el 22 de diciembre de 2022, atendiendo a la invasión de Ucrania, se añadió como elemento de vulnerabilidad de la víctima «la originada o agravada por el desplazamiento derivado de un conflicto armado o una catástrofe humanitaria» (CP art. 177 bis.4.c). A pesar de las acciones realizadas y el volumen de ucranianos recibidos²⁰³, el número de víctimas de TSH identificadas asociadas al conflicto se ha calificado por la propia Fiscalía como insignificante²⁰⁴.

¹⁹⁸ TS Penal 26-4-2024, n.º 301/2023 Rec 10698/2022.

¹⁹⁹ Ver artículo 2 de la Ley 15/2022 Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/07/12/15/con>

²⁰⁰ Ver por ejemplo la búsqueda de indigentes con discapacidad en el caso de TSH doméstica descrita en la sentencia del TS Penal 24-03-2017, n.º 196/2017, Rec. 10655/2016.

²⁰¹ Ver en un caso de TSH sexual TS Penal 09-03-2022, n.º 224/2022, Rec.10511/2021.

²⁰² Ver recalando la situación de indigencia de las víctimas TS Penal 26-4-2024, n.º 301/2023 Rec 10698/2022. Asimismo, en un caso de TSH sexual TS Penal 13-11-19, n.º 554/2019.

²⁰³ En la práctica para cooperar contra los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, el 13 de marzo de 2022 se firmó un Memorándum de Entendimiento (MoU) entre las Fiscales Generales de Ucrania y España. Además, la Unidad coordinadora de trata de seres humanos y extranjería de la Fiscalía «creó un grupo de trabajo identificado con el nombre de «Ucrania» que respondía a la preocupación existente por procurar una detección temprana y prevenir posibles situaciones de trata entre el numeroso grupo de refugiados ucranianos a los que se ha concedido protección internacional en nuestro país, en particular mujeres y menores». Téngase en cuenta que la Oficina de Asilo y Refugio concedió, durante ese año 2022, 161.037 solicitudes de protección temporal a desplazados por la invasión. Ver, Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don Álvaro García Ortiz. Madrid. 2023. Introducción p. XX s. https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS23.pdf

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 22.

Respecto del grado de abuso necesario para que en una situación de vulnerabilidad exista un sometimiento a trabajo forzoso, la doctrina considera que «debe ser equivalente a la violencia o la amenaza en términos de limitación de la libertad», so pena de negar capacidad de decidir a las personas vulnerables²⁰⁵.

D. ENTREGA O RECEPCIÓN DE PAGOS O BENEFICIOS PARA LOGRAR EL CONSENTIMIENTO DE QUIEN POSEE EL CONTROL SOBRE LA VÍCTIMA

También es un medio comisivo pagar ciertas cantidades o beneficios a un tercero para lograr que transfiera el control sobre la víctima a la que se cosifica como un esclavo. Aunque se venía entendiendo que el traslado también incluía la transferencia de dominio o control²⁰⁶, la inclusión tardía de este medio comisivo en el tipo²⁰⁷, resultó clarificador, pues explicitaba una forma común de lograr el control utilizada en los casos de TSH²⁰⁸. A pesar de su utilidad, desaparece del tipo de TSH propuesto por el ALOITEX que, no obstante, mantiene como acción típica la transferencia de control que, obviamente, irá asociada a un beneficio económico. La doctrina ha alertado que esta eliminación puede ser problemática para la concurrencia del tipo cuando no se aprecia ningún otro de los medios comisivos exhaustivamente citados²⁰⁹.

V. CONCURRENCIA DEL DELITO DE TSH «LABORAL» CON OTROS DELITOS

Como se prevé expresamente las penas impuestas por un delito de TSH pueden confluir con el delito de inmigración ilegal tipificado en el CP ar-

²⁰⁵ Como explica VALVERDE-CANO, A. B. *Más allá de la trata: el Derecho Penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*. Tirant Lo Blanch. Valencia 2023. P. 514 «El empresario debería tener un control casi absoluto de la situación o una certidumbre rayana en la certeza de que esa es la única opción que realmente tienen. Y, aunque a nivel abstracto uno puede pensar que la penuria económica es determinante para «consentir» cualquier tipo de trabajo, a nivel micro esta determinación debe traducirse en una compulsión concreta por parte del empresario equivalente a amenazar creblemente a los trabajadores con que, si no siguen trabajando para él, sus familiares van a morir.»

²⁰⁶ Circular 5/2011 de la Fiscalía especializada en materia de extranjería o inmigración.

²⁰⁷ LO 1/2015.

²⁰⁸ En la sentencia TS de 27 de febrero de 2024, n.º 172/2024 Rec 10509/2023 sobre víctimas rumanas que pasan de unos tratantes rumanos a otros se insinúa la posibilidad de que haya habido un pago intermedio que no ha quedado acreditado.

²⁰⁹ Ver PARDO MIRANDA, M. *El delito de trata de seres humanos... op. cit.* p. 242.

título 318 bis, y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación²¹⁰. Como se verá, a la espera de la aprobación de los nuevos tipos asociados a la TSH «laboral» propuestos por el ALOITEX, se analizará críticamente la concurrencia del delito de trata con los delitos contra los derechos de los trabajadores. Por supuesto, el delito de TSH laboral también puede confluir con otros delitos como, por ejemplo, el de coacciones²¹¹, lesiones²¹² o el de blanqueo de capitales, asociado a una actividad delictiva, no solamente ilícita²¹³, que puede verse agravado con la pertenencia a una organización criminal²¹⁴.

A. CONCURRENCIA DEL DELITO DE TSH «LABORAL» CON EL DELITO DE INMIGRACIÓN ILEGAL

El delito de inmigración ilegal o tráfico de personas (*smuggling* en inglés), tipificado principalmente²¹⁵ en el CP artículo 318 bis, puede concurrir con el de TSH (*trafficking*)²¹⁶. Ese delito relacionado con los derechos de los ciudadanos extranjeros se aborda específicamente en el capítulo 7 de esta obra y estuvo, hasta 2010²¹⁷, entremezclado con el delito de TSH. Sin embargo, existen importantes diferencias que se mencionan a continuación y se resumen en un cuadro final:

1. Empezando por los bienes jurídicos protegidos, a diferencia del delito de TSH que protege la dignidad, la libertad de las personas o incluso

²¹⁰ CP artículo 177 bis. 9.

²¹¹ Ver TS Penal 26-4-23, n.º 301/2023 Rec 301/2023 en un caso de TSH con finalidad de imposición de prácticas similares a la esclavitud y la explotación para realizar actividades delictivas [CP artículo 177 bis. a) y c)].

²¹² Ver TS Penal de 23 de noviembre de 2023, n.º 867/2023 Rec 105323/23 en un caso de TSH dirigida a la mendicidad.

²¹³ CP artículo 301. 1 y 2. El tipo de blanqueo no consiste en el simple hecho de adquirir, poseer o utilizar los beneficios adquiridos sino, como precisa el tipo, en realizar estos u otros actos cuando tienden a ocultar o encubrir el origen ilícito de las ganancias. La pertenencia a organización criminal con la finalidad de comisión de delitos graves que requieren la agrupación de dos o más personas con el propósito de cometer delitos con carácter estable y con un reparto de tareas (CP artículo 570 bis.1 y 3). Ver, desechando su concurrencia en un caso sobre explotación laboral asociada al alterne AP Burgos, sec. 1.ª, S 29 de febrero de 2024, n.º 84/2024, Rec. 11/2021.

²¹⁴ Ver TS Penal de 29 de abril de 2015, n.º 265/15.

²¹⁵ Ver el tipo del CP artículo 314 aplicable a quien determine o favorezca «la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante» que se asemeja al tipo de TSH elegido aunque no se establecen medios, ni acciones típicas.

²¹⁶ Hay múltiples casos, ver, por ejemplo, imponiendo la autoría, conforme al artículo 28 CP, de cuatro delitos de TSH por la finalidad elegida, y de un delito de inmigración ilegal en su modalidad de ayuda a la entrada del artículo 318 bis.1 CP (AP Sevilla, 26 de noviembre 2021, n.º 494/2021, Rec. 4798/2021 FJ 12.^a)

²¹⁷ Ver sobre esa etapa y su contexto GORTAZAR ROTAECHE, C; GARCIA COSO, E. y OBREGON GARCÍA, A. «Capítulo 9. Trafficking and Smuggling of Human Beings in Spain» /en / VV. AA. (edited by

su integridad moral²¹⁸ o su libertad, el delito de inmigración ilegal protege el control migratorio, la integridad de las fronteras españolas, el interés del Estado en controlar los flujos migratorio²¹⁹. Bien colectivo que podría conducir a la imposición de un único delito con independencia del número de víctimas²²⁰.

2. Como se ha señalado, el delito de trata ni precisa el cruce de fronteras (TSH interna o doméstica), ni tiene por qué afectar a ciudadanos extranjeros, de hecho, afecta a ciudadanos españoles o comunitarios, principalmente rumanos, beneficiarios del derecho a la libre circulación²²¹. Obviamente, el delito tipificado en el CP artículo 318 bis es siempre transnacional y solo tiene sentido respecto de nacionales de terceros Estados en situación administrativa irregular²²².

3. Ambos delitos van dirigidos a seres humanos, sus destinatarios no han de ser trabajadores. Además, la finalidad del delito de inmigración ilegal no ha de ser la explotación «laboral» del sujeto involucrado, cosificándolo, tal y como sucede en el marco de la TSH. De hecho, en el marco del delito de inmigración clandestina ilegal, se admite, por un lado, una finalidad altruista, de auxilio humanitario, respecto de la que no cabe pena alguna²²³, pero, por otro lado, si concurre ánimo de lucro se prevé una agravación de la pena²²⁴.

4. En el delito de TSH por los medios comisivos involucrados el consentimiento de la víctima es irrelevante. En el delito tipificado en el CP artículo 318 bis, el extranjero suele consentir, desea entrar en España y existe cierta connivencia con los inculpados.

5. La pena para delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros es muy inferior a la fijada en el caso del delito de TSH. Como destaca la jurisprudencia, en caso de un concurso no descartable del delito de TSH con los

GUILD, E. and MINDERHOUD, P.) *Immigration and Criminal Law in the European Union: The legal measures and social consequences*. Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings. MartinusNijhoff Publishers. The Netherlands, pp. 271-324.

²¹⁸ Ver supra apdo. I de este trabajo.

²¹⁹ Ese bien jurídico que subsidiariamente, a veces, se combina con la protección de la libertad y la seguridad de los extranjeros afectados Ver en este sentido TS Penal de 10 de mayo de 2012, Rec 1687/2011, n.º 385/2012 FJ 5.º.3

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/93e2bedac99c9af9/20120531>

²²⁰ Ver en ese sentido NÚÑEZ-GARCIA BADA, A. «El plan de acción nacional contra el trabajo forzoso y la inspección de trabajo», Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum. N.º 35 (2.º trimestre 2023) p. 260.

²²¹ Ver en este sentido TS Penal de 10 de mayo de 2012, Rec 1687/2011, n.º 385/2012 FJ 5.º.2.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/93e2bedac99c9af9/20120531>

²²² *Ibidem*.

²²³ CP artículo 318 bis.1.2.º «Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate».

²²⁴ CP artículo 318 bis.1.3.º.

■ LOS DELITOS LABORALES

delitos contenidos en el CP artículo 313 y 318 bis «la punición podría verse acentuada de forma desproporcionada»²²⁵.

Delitos tipo básico	Bienes jurídicos protegidos	Sujeto pasivo extranjero	Acciones típicas	Medios comisivos específicos	Finalidad	Pena
Delito TSH. CP artículo 177 bis.	Dignidad. Libertad y lesión grave de su integridad moral.	No necesariamente extranjero ni trabajador. El consentimiento es irrelevante.	La trata puede ser interna y desarrollarse totalmente en España.	En TSH de adultos: violencia, intimidación o engaño, o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. También abono de cantidades para transferencia del control. Doloso.	Trabajo forzoso, esclavitud, aunque no se lleguen a materializar.	5 a 8 años de prisión. Hay tipos agravados.
Delito de tráfico o contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. CP artículo 318 bis.	Integridad de las fronteras. En segundo término, la libertad y la seguridad de las personas.	Necesariamente extranjero, no trabajador. Voluntad concorde del migrante.	Entrar. Transitar ilegalmente por España (cruce de fronteras).	Doloso.	No tiene por qué tener una finalidad de trabajo forzoso, ni siquiera laboral ²³⁴	Multa de 3 a 12 meses o prisión de 3 meses a 1 año. Hay tipos agravados.

Tabla n.º 1 elaboración propia.

²²⁵ TS Penal de 10 de mayo de 2012, Rec 1687/2011, n.º 385/2012.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/93e2bedac99c9af9/20120531>, FJ 5.º2 in fine.

²²⁶ TS Penal de 17 de marzo de 2005, Rec. 512/2004, n.º 372/2005.

B. CONCURRENCIA DEL DELITO DE TSH «LABORAL» CON LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Aunque el delito de TSH no prevé su confluencia con los delitos contra los derechos de los trabajadores contenidos en el Título XV del CP (art. 311 al 318), objeto de otros capítulos de esta obra, encontramos múltiples supuestos en los que se imponen ambos tipos de delitos²²⁷. Como ya se ha señalado, sorprende la aplicación de estos delitos, asociados al escurridizo concepto de explotación laboral «voluntaria», necesariamente ajena a las finalidades de trabajo forzoso, servidumbre y esclavitud cuya materialización nunca daría lugar a una relación laboral que no puede ser impuesta. Como recuerda la doctrina, los delitos contra los trabajadores «girán en torno al establecimiento de condiciones de la prestación de trabajo que contradice la normativa laboral, pero no a la imposición «de las prestaciones mismas» que es lo que sucede en tales situaciones²²⁸.

Los delitos contra los derechos de los trabajadores, necesitados de una profunda revisión sistematizadora²²⁹, se reservan a los incumplimientos más graves de la normativa sociolaboral, conforme a los principios de legalidad e intervención mínima que guían el Derecho Penal. Estos delitos, comúnmente dolosos²³⁰, se reservan a aquellos supuestos en los que la tutela administrativa laboral, la establecida en la LISOS²³¹, resulta insuficiente. Conviene subrayar, de acuerdo con la Sala II del TS, están diseñados para que el sujeto pasivo sea un trabajador por cuenta ajena²³² y el

²²⁷ Ver, por ejemplo, la reciente imposición de 10 delitos de TSH en concurso medial con un delito de explotación laboral del CP artículo 311 en un caso de TSH «laboral» la TS Penal 27-2-24, n.º 172/2024 Rec 10509/2023. Ver, un supuesto muy similar en AP Sevilla, sec. 1.ª, S 26-11-2021, n.º 494/2021, Rec. 4798/2021 donde se impusieron 5 delitos de TSH (CP artículo 177 bis.1.a), en concurso ideal-medial del artículo 77.1 y 3, con un delito de explotación laboral del artículo 312.2 CP.

²²⁸ POMARES CINTAS, Esther. «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral». Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2011, núm. 13-15, p. 15:26 <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf> Citando sobre esta cuestión a ARROYO ZAPATERO, L. «Los delitos contra los derechos de los trabajadores (Especial consideración del artículo 499 bis, CP)», Revista española de Derecho del Trabajo, n.º 15, 1983, p. 366.

²²⁹ Ver Capítulo III.3 de la Memoria de la Fiscalía General del Estado 2020 https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html

²³⁰ Salvo el «discutible caso» de la comisión imprudente de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales del CP art.316. Ver en ese sentido, TS Penal 5-4-17, n.º 247/2017 que se reitera en la TS Penal de 28- de septiembre de 2017, n.º 639/2017 sobre privación del descanso semanal. Ver también, por ejemplo, TS Penal de 17 de mayo de 2017, n.º 348/2017, relativa a la imposición de jornadas diarias de 15 horas, ausencia de descanso semanal, falta de vacaciones e incluso retribución en caso de enfermedad, entre otras.

²³¹ 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. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2000/08/04/5/con>

²³² ex Estatuto de los Trabajadores, artículo 1.1, Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>

sujeto activo un empresario que impusiera condiciones laborales perjudiciales que supriman o restrinjan los derechos reconocidos a tales trabajadores por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual²³³. En el tipo básico del artículo 311.1.º CP, castigado con las penas de prisión de 6 meses a 6 años y multa de 6 a 12 meses, el empresario ha de imponer las condiciones laborales perjudiciales con algunos de los medios comisivos que ya conocemos de la TSH: mediante engaño (uso de algún ardid), o abuso de una situación de necesidad del trabajador. Como ha señalado la Sala II, la necesidad debe ir más allá de la propia desigualdad intrínseca, entre trabajador y empresario, presente en toda relación laboral²³⁴. Todo ello sin olvidar que existe un subtipo agravado que alude al empleo de violencia e intimidación en la imposición de las citadas condiciones laborales peyorativas (CP artículo 311.5.º). El segundo inciso del CP artículo 312.2. Sin mayores exigencias, respecto de los medios comisivos, aunque la jurisprudencia exija, a veces, de forma paralela al anterior delito, el recurso al engaño o al abuso de necesidad, impone una pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses 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 norma de extranjería para evitar la desprotección de este colectivo ya estableció que la carencia de autorización administrativa no invalidaba el contrato de trabajo respecto de los derechos de estos trabajadores, ni limitaba la responsabilidad de los trabajadores, solo excluyéndose expresamente en materia de protección social su derecho al desempleo, pues, aunque quiera, no puede trabajar quedando incluido en el sistema de Seguridad Social, por falta de autorización²³⁵.

La aplicación concurrente de estos delitos laborales, en buena medida, obedece a la falta de tipificación de los delitos específicos de explotación que pretende solucionar el mencionado ALOITEX con su propuesta de nuevos tipos asociados al trabajo forzoso, servidumbre y esclavitud. Poniéndose fin a lo que la doctrina consideraba unánimemente «una defectuosa técnica legislativa que conculca el principio de proporcionalidad de las penas en el delito de trata»²³⁶. La aplicación de los delitos contra los derechos de los trabajadores a la TSH laboral resultaba inidóneo porque generaba que la explotación laboral tuviera menos pena que la propia TSH consistente en el «mero desplazamien-

²³³ Ver TS Penal 5-4-2017, n.º 247/2017, Un interesante comentario de esta en SEMPERE NAVARRO, A. V., «El delito laboral (art. 311.1.º CP) y la STS 247/2017», Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2017, p. 17.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ Ver artículo 36.5 de la LOEX LO 4/2000.

²³⁶ *Ibidem* p. 15:25.

to o traslado de las personas orientados a ese fin»²³⁷. En efecto, se penaba más la propia trata (delito por cada víctima) que la explotación laboral asociada a penas inferiores. Además, aunque se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto del delito de TSH, no existe esta posibilidad respecto de los delitos contra los derechos de los trabajadores²³⁸. Pudiéndose dar la paradoja de que una empresa que emplee víctimas de TSH en condiciones de esclavitud, sin haber participado en la trata (que conoce) no podría ser declarada responsable y en cambio la persona jurídica que hubiera realizado la captación, traslado o alojamiento de las víctimas objeto de la trata laboral sí podría ser condenada²³⁹. Finalmente, no siempre se genera un delito contra los derechos de los trabajadores por cada víctima, como sucede con los delitos de TSH que, como ya se señaló, concurren en igual número que las víctimas detectadas²⁴⁰.

La futura tutela penal a través de los nuevos delitos propuestos, ya expuestos, al margen de los delitos contra los derechos de los trabajadores, no debería reducir la protección prioritaria de las víctimas de trata. En el marco de la responsabilidad civil *ex delicto* sería posible resarcir el daño de la explotación laboral en su totalidad. Las indemnizaciones podrían cubrir no solo el daño moral asociada al proceso de TSH,²⁴¹ también los daños y perjuicios asociados a la propia explotación laboral sufrida en el nivel que sea, considerándose, entre otros elementos, el lucro cesante asociado a los «salarios» impagados y el daño emergente fruto de otros incumplimientos sufridos como la falta de descanso o las jornadas abusivas.

La valoración económica de los daños asociados a los incumplimientos laborales se podría fijar acudiendo, orientativamente, a las multas de la LISOS asociada a las infracciones tipificadas, tal y como se viene admitiendo en el

²³⁷ *Ibidem* p. 15:26.

²³⁸ En virtud del CP artículo 318 si tales delitos son realizados en el ámbito de actuación de una persona jurídica, responderán penalmente los administradores o encargados del servicio, pero no la sociedad. En un supuesto de alterne, ajeno a la TSH, Tribunal Supremo (Penal), sec. 1.ª, S 26 de marzo de 2019, n.º 162/2019, rec. 1354/2018.

²³⁹ POMARES CINTAS, Esther. «El delito de trata de seres...», *op. cit.* p. 15:28.

²⁴⁰ Ver, por ejemplo, un caso de un concurso medial de un delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros de empleo de extranjeros (art. 312.2 del CP) con varios delitos de trata de TSH con fines de explotación laboral (art. 177 bis 1.a del CP) en un supuesto en el que se demostró que las acusadas obligaban a las víctimas a realizar jornadas laborales extenuantes sin contrato de trabajo, en situación irregular en España y sin alta en la Seguridad Social, sin percibir salario alguno y bajo amenazas, lo que constituyó una explotación laboral grave que vulneraba los derechos laborales de las víctimas extranjeras. También por víctima, junto al delito de TSH se imponía de forma paralela un delito de prostitución coercitiva también concurrente (AP Toledo, sec. 2.ª, S 20 de julio de 2021, n.º 141/2021, rec. 17/2020).

²⁴¹ Relativos a daños asociados al «sufrimiento o padecimiento psíquico» asociados a la «impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, impacto emocional, incertidumbre consecuyente» Ver AP Sevilla Penal 22 de julio de 2022, n.º 318/2022 Rec 1276/2022.

orden social, siempre acompañándose de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto²⁴². En suma, estas prácticas delictivas tan graves, aparte de conllevar responsabilidad penal, nunca deberían ser rentables para los delincuentes. En estos casos de TSH asociados a explotación por trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud, no cabría reservar acciones para reclamar esos daños y perjuicios en el orden jurisdiccional social, pues, a mi modo de ver, este sería incompetente respecto de quienes hayan sido explotados por esa vía, sean víctimas de TSH o no, al no existir la reiterada relación laboral que la sitúa fuera del ámbito de aplicación de la LRJS artículo 2.a)²⁴³.

Sin embargo, como se verá en el apartado siguiente, puede que la aprobación de los nuevos tipos puede que no acabe con esta controvertida práctica, pues la aplicación de los delitos contra los derechos de los trabajadores también se está produciendo en casos en que se condena por el delito de TSH sexual, junto con el delito por prostitución coactiva. De nuevo en una situación donde tampoco parece posible que exista una relación laboral por cuenta ajena, lo que la sitúa extramuros del ámbito de aplicación de estos delitos contra los derechos de los trabajadores²⁴⁴. El origen puede encontrarse en el concepto amplio de trabajo o servicio, ajeno completamente al del contrato de trabajo, defendido en el propio tipo propuesto de trabajo forzoso en el ALOITEX.

C. CONCURRENCIA DEL DELITO DE TSH CON FINALIDAD NO «LABORAL» CON LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

En el caso de TSH con fines de explotación sexual asociada a un delito tipificado como es la prostitución coactiva (CP artículo 187), también se aplican de forma concurrente los delitos contra los derechos de los trabajadores atendiendo a la forma abusiva en que se obliga a ejercer la prostitución, horarios excesivamente largos, apropiación de beneficios, impagos etc. Hacemos referencia a supuestos en los que no existe actividad de alterne, que justificara un contrato laboral,²⁴⁵ esto es,

²⁴² Ver, por ejemplo, recientemente TS Social 8-1-2024, n.º 5/2024 Rec 2537/2021 o TS Social de 11 de junio de 2024, n.º 903/2024 Rec 472/2021.

²⁴³ Con otra aproximación, considerando posible acudir al orden social, ver ARRIETA IDIAKEZ, Francisco. «Protección ofrecida por el Derecho del trabajo a las víctimas de trata con fines de explotación laboral» Entrada en el Foro de Labos de 28-5-2024, descargado en esa fecha, p. 8 <https://www.elforodelabos.es/2024/05/proteccion-ofrecida-por-el-derecho-del-trabajo-a-las-victimas-de-trata-con-fines-de-explotacion-laboral/>

²⁴⁴ Ver, por ejemplo, recientemente TS Penal de 5 de abril de 2017, n.º 247/2017.

²⁴⁵ El alterne sí se ha considerado laboral incluso cuando concurre con la prostitución, ver, por ejemplo, casos ajenos a la TSH con finalidad sexual, de mujeres que combinan tal actividad con prostitución ejercida libremente y por cuenta propia, condenándose a los dueños del club conforme el CP ar-

en supuestos de mero ejercicio de la prostitución, que no se considera objeto lícito del contrato de trabajo, de actividad por cuenta ajena que también conecta con el delito de prostitución mencionado²⁴⁶.

Llama la atención la TS Penal n.º 554/2019²⁴⁷ que admitiendo que las víctimas de TSH prostituidas de forma coactiva no realizaban una actividad laboral libre y remunerada o incluso que los tratantes no eran los empleadores de los locales donde ejercían la prostitución, no siendo ellos los que fijaban las condiciones en que se desarrollaba tal actividad, les condena por: los delitos de TSH, prostitución coactiva, blanqueo de capitales, lesiones y delitos contra los derechos de los trabajadores (CP artículo 311.1 y 5). En un supuesto de captación de mujeres rumanas mediante falsas promesas que eran trasladadas a España para obligarlas a prostituirse, sometiéndolas con violencia física y psicológica y apropiándose de todas sus ganancias. La Sala Segunda defiende la aplicación de los delitos contra los derechos de los trabajadores reiterando doctrina reciente²⁴⁸ y mencionando ciertos precedentes²⁴⁹. En esos casos se defendía la aplicación concurrente del CP artículo 312.2 a un supuesto de prostitución coactiva, esgrimiéndose una razón tuitiva «ampliar el marco de la protección penal a las relaciones concernientes a personas que estén en situación de desprotección por más que no tuvieran las condiciones exigibles legalmente para intervenir en un contrato de trabajo. Es el caso de los inmigrantes clandestinos o el caso de determinadas actividades cuya licitud puede ser cues-

tículo 311.2.b (TSJ Cataluña Penal 15 de mayo de 2009, Rec 101/2008). Ver también TS Penal 24 de julio de 2023, n.º 642/23, confirmando TSJ Madrid Penal de 4 de noviembre de 2020 que estimó recurso de apelación del Fiscal contra la sentencia AP Madrid de 4 de julio de 2020.

²⁴⁶ Ver, por ejemplo, TS Social Pleno de 1 de junio de 2021, n.º 584/2021, Rec. 29/2019, FJ.º6.º7 in fine sobre impugnación de estatutos sindicales o la TSJ Galicia Social 10-11-2004, Rec3598/2004 que considera que «la explotación de la prostitución ajena es una forma de violencia de género, de esclavitud de las mujeres y de actividad contraria a la moral, aparte de un delito» <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d53583efa94161f1/20050113>

O, más recientemente la sentencia TSJ Cataluña Social 11 de noviembre de 2019, Rec 3647/2019 que considera que es ilícito el objeto del contrato conforme al CC artículo 1261 y 1271 a 1273 no porque el «trabajo sexual deba considerarse «contrario a la moral» ni porque dicho trabajo deba ser objeto de estigma o intrínsecamente indigno, sino porque su prestación en régimen de subordinación, con sujeción a órdenes, instrucciones sobre el con quién, cómo, cuándo y dónde de dicha prestación, sujetando a la potestad disciplinaria la desobediencia de las órdenes del empresario (art. 5c) y 20 ET), resulta contraria a la dignidad humana (art.10.1 CE)». Solo siendo posible la prostitución por cuenta propia.

²⁴⁷ TS Penal de 13 de noviembre de 2019, Rec. 10121/2019 n.º 554/2019.

²⁴⁸ TS Penal de 26 de marzo de 2019, Rec. 1354/2018 n.º 162/2019.

²⁴⁹ TS Penal de 18 de marzo 2010, n.º 208/2010, Rec. 2008/2009 o TS Penal de 17 de marzo de 2005, n.º 372/2005, Rec. 512/2004. A las que se debe añadir, aunque no las menciona, la TS Penal de 5 de junio de 2006, Rec 703/2005 y el Acuerdo adoptado por el TS Penal Pleno de 30 de mayo de 2006, donde se concluye que «cuando los hechos enjuiciados constituyan un delito del CP artículo 188 y un delito del CP artículo 312.2 segundo inciso, se producirá, ordinariamente, un concurso real de delitos». Citada en ese sentido por ARRIETA IDIAKEZ, F. J. «Protección ofrecida por el Derecho...», *op. cit.* P. 7

tionada, como las que se desarrollan en los locales de alterne» considerándose que son personas sometidas a «condiciones de trabajo contrarias a la dignidad humana y manifiestamente abusivas, y no es razonable excluirlas de la protección penal» de los delitos contra los derechos de los trabajadores. En suma, no se pueden tener menos derechos, menos tutela penal cuando no concurre la relación laboral.

En la sentencia reciente, la TS Penal n.º 554/2019²⁵⁰ usando tales argumentos, se confirma la aplicación del CP artículo 311.1 realizada en la instancia, pues es el tipo aplicable a las ciudadanas rumanas comunitarias, ajenas al CP artículo 312 reservado a extrajeras en situación administrativa irregular²⁵¹. Además, concurriendo violencia e intimidación impone la pena superior en grado, enfatizándose que el condenado por trata «utilizó violencia para la consecución de sus fines e impuso a las víctimas unas condiciones de trabajo contrarias a la dignidad humana y ajenas a cualquier condición laboral lícita y admisible. Al margen de las responsabilidades que pudieran exigirse a los dueños de los establecimientos, los servicios de las víctimas lo fueron por cuenta ajena y en el contexto de una relación de subordinación y violencia. Las mujeres debían trabajar todos los días de la semana sin descanso, debían entregar 200 euros fuera cual fuera el rendimiento de su actividad y, además, en caso de no ir a trabajar por cualquier circunstancia, debían abonar la cantidad de 200 euros, todo ello en un contexto de abuso y violencia».

En efecto, desde un punto de vista laboral, la aplicación de estos delitos contra los derechos de los trabajadores solo sería factible en el caso de víctimas de trata prostituidas que también se dedicaran al alterne y pudieran tener un contrato de trabajo, tal y como señala doctrina judicial penal²⁵². Obviamente, en el caso de ciudadanas extracomunitarias en situación administrativa irregular practicando el alterne, se aplicaría el tipo específico del CP artículo 312.2, pues, como ya se reseñó, la ausencia de autorización para trabajar, no invalida sus contratos laborales como señala expresamente la ley de extranjería²⁵³.

²⁵⁰ TS Penal 13 de noviembre de 2019, n.º 554/2019, Rec. 10121/2019.

²⁵¹ Concluye que «la conducta de quien determina a otro al ejercicio de la prostitución y, además, le obliga a una prestación continuada por cuenta ajena, en el contexto de una relación de subordinación o dependencia y, además, le obliga unas condiciones de prestación contrarias a la dignidad humana, que, en este caso, eran cercanas a la esclavitud, incurre también en el delito tipificado en el artículo 311 del Código Penal.»

²⁵² Ver, por ejemplo, un caso donde se descarta la actividad de alterne por falta de pruebas, y la imposición del delito, a pesar de que las Subinspectoras de trabajo dieran a la trabajadora de alta considerando sus manifestaciones, las cuales no fueron corroboradas en la vista en las que no estuvieron presentes las víctimas (AP Burgos, sec. 1.ª, S 29 de febrero de 2024, n.º 84/2024, Rec. 11/2021):

²⁵³ Ver Ley Orgánica de extranjería LO 4/2000 artículo 36.5

Esta compleja amalgama de delitos²⁵⁴ que permite la aplicación de delitos contra los derechos de los trabajadores a quienes no pueden serlo, pone en evidencia una regulación penal fraccionada, necesitada de una visión más holística. La situación descrita se puede agravar con la aprobación de los nuevos delitos propuestos en el ALOITEX sobre trabajo forzoso, servidumbre y esclavitud. En efecto, la concurrencia conflictiva también podría producirse con los nuevos tipos que definen con gran amplitud lo que se debe entender por trabajo y servicio, afectando a los sexuales, a la propia mendicidad o incluso la realización de actividades delictivas como ya se vio. Como ha señalado experta doctrina penal, los nuevos tipos «coinciden casi por completo con las que ya describen los delitos de imposición de condiciones laborales mediante violencia o intimidación o los delitos de prostitución coactiva castigados con una pena sensiblemente inferior»²⁵⁵.

En el caso de la TSH con finalidad de mendicidad parece algo diferente a lo expuesto sobre la TSH sexual. Pues no concurren delitos contra los derechos de los trabajadores cuando se condena por TSH con fines de mendicidad en concurso medial con el propio delito de mendicidad del CP artículo 232, aunque este solo impone una pena de 6 meses a un año. Ese tipo parece claramente insuficiente para ser considerado el delito de explotación asociado a los terribles casos de TSH con tal finalidad y circunscrito a supuestos en el que el sujeto pasivo es un menor o una persona con discapacidad. Además, la pena, sin duda, excesivamente baja, solo se incrementa (hasta prisión de 1 a 4 años), por el uso de violencia o intimidación, o suministro de sustancias perjudiciales para la salud a la víctima²⁵⁶. En efecto, cuando se condena por TSH y mendicidad no se está aplicando de forma concurrente los delitos contra los derechos de los trabajadores pese a acreditarse prácticas abusivas que nos son familiares: horarios infernales, falta de descansos, apropiación de lo recaudado, que podrían entenderse asociadas al trabajo forzoso impuesto, que nunca podrá ser un trabajo laboralmente hablando²⁵⁷. De nuevo, podrán existir problemas de concurrencia entre el tipo de mendicidad con los nuevos tipos propuestos por el ALOITEX de forma semejante a lo ya expuesto en torno al delito de prostitución coactiva.

²⁵⁴ Ver, por ejemplo, la mareante calificación del Ministerio Fiscal reproducida al final del FJ.º 2.º de la AP Burgos, sec. 1.ª, S 29 de febrero de 2024, n.º 84/2024, Rec. 11/2021.

²⁵⁵ VALVERDE-CANO, A. B. «Lo bueno, lo malo y lo feo de los futuros delitos de esclavitud» *op. cit.* p. 5 y 8

²⁵⁶ Ver CP artículo 232.1.

²⁵⁷ Tampoco se aplican los delitos contra los derechos de los trabajadores cuando se impone una actividad delictiva que supone someter al trabajador a una situación rayana a la servidumbre o esclavitud, ver TS Penal de 26 de abril de 2023, n.º 301/2023 Rec 10698/2022.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRIETA IDIAKEZ, Francisco. «Protección ofrecida por el Derecho del trabajo a las víctimas de trata con fines de explotación laboral» Entrada en el Foro de Labos de 28-5-2024 <https://www.elforodelabos.es/2024/05/proteccion-ofrecida-por-el-derecho-del-trabajo-a-las-victimas-de-trata-con-fines-de-explotacion-laboral/>
- BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. «La delimitación de la expresión ‘abuso de una situación de vulnerabilidad’ en el delito de trata de personas» /en/ VV. AA. (BENITO SÁNCHEZ, Demelsa y GÓMEZ LANZ, Javier). Sistema penal y exclusión social. Aranzadi. Madrid. 2020, pp. 205-233.
- BERASALUCE GERRIKAGOITIA, Leire. «Delimitación conceptual del bien jurídico en el delito de trata de seres humanos en el tipo básico recogido en el artículo 177 bis CP contra mayores de edad: entre la dignidad, la integridad moral, la libertad y la pluriofensividad». Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Núm. 24-32, p. 1-28. <http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-31.pdf>
- *Trata de seres humanos con fines de explotación laboral y protección de las víctimas: con especial atención al fenómeno en el ámbito del servicio doméstico*, p. 618 (tesis) <http://hdl.handle.net/10810/48606>
- BONET PÉREZ, Jordi. «La trata de seres humanos con fines de explotación laboral: una aproximación jurídica internacional diferenciada» /en/ VV.AA. BLASCO, Pedro Luis (coord.) *Trata de seres humanos. Inmoralidad e injusticia*. Pressas de la Universidad de Zaragoza. 2023, pp. 83-107,
- CALLEJAS ESTELLÉS, Mariano. «El delito de la trata de seres humanos en el derecho penal español» /en/ VV. AA. BLASCO, Pedro Luis (coord.) *Trata de seres humanos. Inmoralidad e injusticia*. Pressas de la Universidad de Zaragoza. 2023, pp. 239-252.
- CÁRITAS *Vulneraciones de derechos laborales en el sector agrícola, la hostelería y los empleos del hogar*. Cáritas Española Editores. 2020, p. 86 <https://www.caritas.es/producto/vulneraciones-de-derechos-laborales-en-el-sector-agricola-la-hosteleria-y-los-empleos-del-hogar/>
- CARRASCOSA BERMEJO, Dolores y CONTRERAS HERNÁNDEZ, Óscar. «Posted Workers from and to Spain. Facts and Figures. Posting-Stat Research Project. KULeuven. 2022. P. 113 <https://hiva.kuleuven.be/en/news/docs/posted-workers-from-and-to-spain-facts-and-figures.pdf> También en castellano <https://zenodo.org/records/6543222>
- Fiscal General del Estado (Excmo. Sr. Don Álvaro García Ortiz). Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el. Madrid. 2023. https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS23.pdf
- GARCIA COSO, Emiliano. «Las iniciativas multinivel para combatir la trata de seres humanos y el crimen organizado transnacional: la protección de las víctimas por

- el TEDH» y Editorial al número monográfico sobre TSH que coordinó en la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Migraciones Internacionales. N.º 135/2018 pp. 9-15 y 19-49.
- GIL NOBAJAS, María Soledad. «Respuesta penal a la criminalidad empresarial en supuestos de explotación laboral» /en/ VV. AA. (BENITO SÁNCHEZ, Demelsa y GÓMEZ LANZ, Javier). *Sistema penal y exclusión social*. Aranzadi. Madrid. 2020, pp. 173-203.
- GÓMEZ LANZ, Javier. «La exención de pena para delitos cometidos por víctimas de trata de seres humanos.» /en/ VV. AA. (BENITO SÁNCHEZ, Demelsa y GÓMEZ LANZ, Javier). *Sistema penal y exclusión social*. Aranzadi. Madrid. 2020, pp. 235-260.
- GONZÁLEZ DEL RIO, José María. «Trabajo Forzoso» /en/ VV.AA. GARCIA MURCIA, J. (DIR), *La influencia de los convenios y recomendaciones de la OIT en la legislación social española*. BOE 2024, pp. 59-82.
- GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina; GARCIA COSO, Emiliano y OBREGON GARCÍA, Antonio. «Capítulo 9. Trafficking and Smuggling of Human Beings in Spain» /en / VV. AA. (edited by GUILD, E. and MINDERHOUD, P.) *Immigration and Criminal Law in the European Union: The legal measures and social consequences. Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*. MartinusNijhoff Publishers. The Netherlands, pp. 271-324.
- GRETA (Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings. Evaluation Report Spain. Third Evaluation round. Access to justice and effective remedies for victims of trafficking in human beings. Greta (2023) 10 Published el 12 de junio de 2023. Council of Europe, p. 9.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando. «Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: La ONU y la OIT», Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, núm. 39, 2018, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6550623.pdf>,
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana. «La OIT y las relaciones laborales en el sector agropecuario» /en/ VV.AA. GARCIA MURCIA, Joaquín (DIR), *La influencia de los convenios y recomendaciones de la OIT en la legislación social española*. BOE 2024 pp. 837-876.
- MEDLAND, L. «Misconceiving ‘seasons’ in global food systems: The case of the EU Seasonal Workers Directive». *European Law Journal* 2017 DOI: 10.1111/eulj.12235. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/eulj.12235>
- MOLINERO-GERBEAU, Y. (2020). «La creciente dependencia de mano de obra migrante para tareas agrícolas en el centro global. Una perspectiva comparada. Estudios Geográficos, n.º 81(288)/2020. <https://doi.org/10.3989/estgeogr.202046.026>
- MULAS, N. «Anteproyecto de Ley Integral contra la trata: encarando la explotación de la desesperación humana». *Estudios Penales y Criminológicos.*, 2023, n.º 43 <https://doi.org/10.15304/epc.43.9195>

- Naciones Unidas (Relatora especial Mullally Siobhán) «Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Fortalecimiento de la rendición de cuentas por la trata de personas en situaciones de conflicto», 2023. A/78/172 <https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/a78172-report-special-rapporteur-trafficking-persons-especially-women>
- (Relatora especial Giammanimaro María Grazia). «20 años después: Implementación y superación del Protocolo de Palermo hacia un enfoque centrado en los derechos humanos» 2020. <https://undocs.org/es/A/75/169>
- NÚÑEZ-GARCIA BADA, Almudena. «El plan de acción nacional conta el trabajo forzoso y la inspección de trabajo» *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*. N.º 35 (2.º trimestre 2023) pp. 257-275.
- OLARTE ENCABO, Sofía «La doctrina del Tribunal Europeo de derechos humanos sobre esclavitud, servidumbre y trabajo forzado: Análisis crítico desde la perspectiva laboral» *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. 2018
- PASSALACQUA V. «Has the seasonal workers directive missed its target? Evidence from Italy during the pandemic». *European Law Open*. 2022;1(3):690-698. doi:10.1017/elo.2022.42
- PARDO MIRANDA, Marta. *El delito de trata de seres humanos. Un estudio político-criminal*. Dykinson. 2023, p. 546.
- PÉREZ AGULLA, Sira. «Trabajo doméstico» /en/ VV. AA. GARCIA MURCIA, J. (DIR), *La influencia de los convenios y recomendaciones de la OIT en la legislación social española*. BOE 2024 p. 315-370.
- POMARES CINTAS, Esther. «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2011, núm. 13-15, p. 15:1-15:31 <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf>
- ¿Es anecdótico el trabajo esclavo en España? A propósito del plan de acción nacional contra el trabajo forzoso y las víctimas olvidadas. *Estudios Penales y Criminológicos*, 42, pp. 1-36, 2022. <https://doi.org/10.15304/epc.42.8226>
- RAMÓN RIBAS, Eduardo. ¿Es constitutiva de delito de trata de seres humanos la trata de personas realizada con fines de explotación laboral? /En/ VVAA *Un modelo integral de Derecho penal: libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. BOE. Madrid. 2022, pp. 1357-1372 https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2022-246
- RIVAS VALLEJO, Pilar. «Aproximación Laboral a los Conceptos de Esclavitud, Trabajo Forzoso y Explotación Laboral en los Tratados Internacionales». *REJLSS* 2021, 99-135 DOI: <https://doi.org/10.24310/rejls.vi2.12445>
- RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel. «La libertad de trabajo y la interdicción del trabajo forzoso» *Relaciones Laborales* n.º 1 enero de 2021. Editorial.
- SEDANO GARCIA, Tania. *La detección, identificación y protección de las víctimas de trata de seres humanos*. Reus. Madrid. 2021, p. 203.

- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente. «El delito laboral (art. 311.1.º CP) y la STS 247/2017», Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2017, p. 17.
- SKRIVANKOVA, Klara. «Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation». Joseph Rowntree Foundation. P.1 a 38. <https://www.jrf.org.uk/sites/default/files/migrated/migrated/files/forced-labour-exploitation-full.pdf>
- TERRADILLOS BASOCO, José María. «Trabajo forzoso, servidumbre, esclavitud: ¿aggiornamento de la respuesta penal a la explotación laboral grave)? Revista Sistema Penal Crítico. Vol. 5/2024, pp. 1-31
- «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», Estudios penales y criminológicos, vol. 41 (2021), p. 51.
- «Trata de seres humanos» /en/ VV. AA. ÁLVAREZ GARCÍA F. J., y GONZÁLEZ CUSSAC J. L., Comentarios a la reforma Penal de 2010. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- TORRES FERRER, Claudia. «La trata de seres humanos como criminalidad económica: análisis jurisprudencial» Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo LXXVI. 2023, pp. 371-404 Premio Susana Huerta.
- VALVERDE-CANO, Ana Belén «Lo bueno, lo malo y lo feo de los futuros delitos de esclavitud» Diario la Ley n.º10272, Sección Tribuna, 21 de abril de 2023, pp. 1-5 https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAEVPMW7DMAx8TTXLTppOGhI7gwEHqV2ja8FIRCxUoQxR-CqDfV7GHEuBwR_LuyJk85YeaQkIR4cZq9y5AxwSu9VrV8gXsEye4vSY-GAynrKSIPoIbkdWhkh_CGqPaSZbaHfZVVYsnBrae1Le9I0UUs73Pfem4O-QGz5RYiqOba_lyO03nsjm_1vghUQy8c_Rb3L4Sg5-1AuwLKATbgkAyEjbb-cQyI9DwlD3ij3T3RG9cMF4icSOAHL4vLoXcm8LvIqf8pXWr9bucVzMU-6PkrmjBoJPjE7JPxnxz_UUMAQAAWKE
- *Más allá de la trata: el Derecho Penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados* Tirant lo Blanch 2023.
- «La ausencia de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en España: el porqué y el cómo de una propuesta de lege ferenda» /en/ VV. AA. RODRÍGUEZ VÁZQUES, J. R. (coord.), *V Congreso Jurídico Internacional sobre formas contemporáneas de esclavitud Veinte años después del Protocolo de Palermo. Tomo I*, Organización Internacional del Trabajo, Lima, 2022, pp. 349-388.
- «Reexaminando la definición de la trata de seres humanos del Protocolo de Palermo: la trata como forma de explotación». Estudios de Deusto n.º 67/2. 2019 p. 18.
- «It's all about control: el concepto de trabajos forzados». Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.ª Época, n.º 22 (julio de 2019), pp. 239-299.
- «Ausencia de un delito esclavitud, servidumbre y trabajos forzados en el Código penal español» /EN/ VV.AA. *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2017, pp. 426-445.

■ LOS DELITOS LABORALES

- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Dificultades en la persecución penal de la trata de seres humanos para explotación laboral. InDret. 2.2022. pp. 163-202. DOI: 10.31009/InDret.2022.i2.06 <https://indret.com/dificultades-en-la-persecucion-penal-de-la-trata-de-seres-humanos-para-explotacion-laboral/>
- *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*. Aranzadi. Navarra. 2011, p. 598.
- VV. AA. (BLÁZQUEZ AGUDO, Eva Dir) *Los ODS como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino* Dykinson. 2018, p. 224.

FAVORECIMIENTO DE LA INMIGRACIÓN ILEGAL (CP ART. 318 BIS)

MANUELA ABELEIRA COLAO

Profesora Adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad San Pablo-CEU

SUMARIO: I. La inmigración ilegal: estado de la cuestión y justificación de su protección laboral y penal. 1. El pasado «laboral» del delito de ayuda a la inmigración clandestina. II. Régimen jurídico del delito de ayuda a la inmigración clandestina. 1. Bien jurídico protegido. 2. Sujetos involucrados en el delito. 3. Conducta típica. III. Concurrencia con otros delitos contra los derechos de los trabajadores. 1. Concurrencia con otros delitos: artículo 313 y 177 del código penal. 2. Concurrencia con el régimen sancionador administrativo. IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. LA INMIGRACIÓN ILEGAL: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE SU PROTECCIÓN LABORAL Y PENAL

El objeto de este capítulo es acercarnos a la protección del derecho de residencia de los ciudadanos extranjeros cuya tutela viene amparada, entre otras normas, en el artículo 318 bis del Código Penal. Se trata de un delito que sin estar en el capítulo XV del Código Penal destinado a los derechos de los trabajadores, tiene conexión directa con éstos por causa de una conjunta configuración histórica en el Código Penal. Desde sus inicios en los años noventa el ordenamiento penal regulaba varios delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros unidos al de tráfico de inmigrantes. A pesar de que en los comienzos de su regulación penal estos delitos no tenían ni por número ni por casuística mucho interés para la doctrina penal y laboral, en la actualidad esta

situación ha cambiado. Por lo tanto, los delitos de movimientos de personas y trabajadores cobran gran importancia en el escenario jurídico laboral y penal al menos en el plano más teórico. Ciertamente es, que el atractivo doctrinal que esta materia suscita en el ámbito laboral no tiene un reflejo tan abundante en términos cuantitativos en la práctica penal, a pesar de su trascendencia social¹.

El fenómeno migratorio es una realidad que forma parte del pasado, del presente y del futuro de la Unión Europea, muy especialmente en el caso de España derivado de su localización estratégica: por un lado, como puerto de entrada al continente europeo de inmigrantes procedentes de África y por otro, derivado de su patrimonio histórico cultural común, de inmigrantes de Latinoamérica. Si bien España es uno de los países por el que los inmigrantes deciden transitar o en el que deciden permanecer, lo cierto es que no fue hasta el año 2000 cuando la inmigración se convierte en un problema profundo en nuestro país. En décadas anteriores, observábamos como en otros países, por ejemplo Estados Unidos, los gobiernos contenían la inmigración clandestina con un duro control de sus fronteras. Se trataba de un fenómeno que considerábamos un asunto lejano y de escasa preocupación. Es más, España se había identificado especialmente hasta la época de los 80 como un país de personas emigrantes².

Pero es muy importante no identificar la migración con el tráfico clandestino de migrantes. El primero es un fenómeno histórico de carácter social y el segundo es una actividad criminal³. La primera vez que se regula el delito de inmigración ilegal en nuestro país fue en el año 2000. Como señala Delgado Álvarez su inserción en el código penal «responde por una parte a la situación de desprotección en la que se encuentran los sujetos sometidos a tráfico y por otra, a la creciente demanda de la sociedad en general de ofrecer una solución desde el punto de vista jurídico al «tráfico ilegal de personas», que venía siendo una constante en los últimos tiempos». ⁴ Este delito aparece regulado en la disposición adicional 1.12 de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que crea el delito y que supone un

¹ Según el INE en el 2022 se sancionaron 465 delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros <https://www.ine.es/consul/serie.do?d=true&s=CON3826>.

² HERRERA, M. J.: «Análisis y reflexión sobre las migraciones en España, En AAVV.: *El fenómeno migratorio en España. Reflexiones desde el ámbito de la Seguridad Nacional*, Gobierno de España, Madrid, 2019, p. 87, pp. 83-93.

³ FASCIOLI CAORSI, F.: «Tráfico ilícito de migrantes: una mirada desde el ordenamiento jurídico uruguayo e internacional», *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, núm. 5, 2022, <https://doi.org/10.24215/2618303Xe036>

⁴ DELGADO ÁLVAREZ, V.: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros y el artículo 318 bis del Código Penal. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de julio de 2008», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 26, 2009, p. 5, pp. 1-13.

nuevo escalón punitivo en la lucha contra el tráfico de inmigrantes⁵. Así, con la llegada del nuevo siglo, aparecen nuevas normas penales y administrativas ante el cambio de paradigma de los movimientos migratorios de nuestro país. Dichas normas buscan resolver principalmente los problemas derivados de la inmigración ilegal. A partir de entonces y durante los últimos 20 años, la política migratoria y el control de las fronteras se ha convertido en un asunto de primer nivel para el Estado español⁶. Especialmente relevantes por el impacto social y político que tuvieron destacamos las crisis migratorias de 2008, 2015, conocidas como crisis de los refugiados. Los últimos datos del Gobierno nos indican que nada ha cambiado y que muy al contrario las cifras sobre inmigración irregular no descienden⁷.

La inmigración clandestina es un asunto que afecta no solo a nivel legal, sino también como hemos señalado ya a nivel político, control de fronteras, a nivel laboral y económico por el trabajo sumergido que deben realizar los extranjeros y es también un problema social derivado de la inserción de los inmigrantes en su nuevo entorno⁸. Por este motivo, el mundo del derecho no puede apartar el foco de este fenómeno pues como bien indica el Tribunal Supremo: «la inmigración clandestina muta una y otra vez su fenomenología criminal en aras de la impunidad, lo que exige una diligente actuación de los poderes públicos para proporcionar los instrumentos normativos necesarios con los que hacer frente a aquellos delitos»⁹.

Consideramos que resulta de enorme interés estudiar en profundidad el delito de favorecimiento de inmigración ilegal así como su armonización con otros preceptos del propio Código Penal y las leyes administrativas sobre extranjería. Somos conscientes que no estamos ante un delito específicamente laboral, sin embargo, sí tiene conexión directa con otros delitos laborales con

⁵ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁶ Como explica muy bien MIRO LLINARES: «La inmigración ha pasado en 20 años de ocupar un lugar minúsculo en el ranking de «importancia social» atribuida a las distintas políticas públicas, a prácticamente encabezar dicha hipotética lista no sólo en el ámbito nacional sino también en el comunitario». Vid. MIRÓ LLINARES, F.: «Política comunitaria de inmigración y política criminal en España ¿Protección o «exclusión» penal del inmigrante?», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 10, 2008, pág.1.

⁷ El último informe publicado por el Ministerio del Interior indica que la inmigración irregular se ha multiplicado un 137% en el primer semestre de 2024 (fecha de 31 de mayo) lo que supone un aumento de 12.674 inmigrantes irregulares más que en 2023. La cifra alcanza un total de 21.926 de los cuales 20.854 lo hicieron por vía marítima con los peligros que ello lleva asociado. Vid. https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2024/10_informe_quincenal_acumulado_01-01_al_31-05-2024.pdf

⁸ Un análisis en profundidad sobre todas estas cuestiones lo aporta el CES en su Informe 2/2019.

La inmigración en España: efectos y oportunidades. Consejo Económico y Social: «Informe 02/2019 la inmigración en España: efectos y oportunidades», departamento de publicaciones, España, julio, 2019.

⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 11/2018 de 15 enero, (RJ 2018\22).

los cuales confluye en la práctica. Por este motivo consideramos pertinente a efectos de esta obra analizar el artículo 318 bis del Código Penal también como garante de la protección de los trabajadores y/o extranjeros. No debemos olvidar que la mayoría de las personas que entran irregularmente en nuestras fronteras para transitar o permanecer en España tiene como principal motivación conseguir un trabajo que les permita optar a un futuro mejor para ellos y para sus familias.

Es decir, aun no tratándose de un bien jurídico laboral, lo cierto es que el artículo 318 CP ha estado unido a otros artículos del título quince como el 311 Bis, el 312, el 313 e incluso fuera de este título también junto al artículo que castiga la trata de personas, todos ellos considerados delitos laborales. No debemos olvidar que estos delitos tienen un «componente socioeconómico» lo cual a su vez, justifica que se protejan «las graves consecuencias socioeconómicas que provocan las corrientes migratorias»¹⁰.

La migración es por tanto, un fenómeno de «carácter multidimensional», óptica desde la cual debe abordarse toda su regulación cuyas normas deben abordar desafíos a largo plazo entre los que se incluyen el control de los flujos migratorios irregulares, la defensa de los inmigrantes contra la xenofobia y discriminación, la lucha contra el tráfico y explotación de migrantes, la falta de regularidad de los canales de migración laboral y otros problemas de nueva generación como el aumento del número de inmigrantes desplazados por causas medioambientales¹¹. Por este motivo, no podíamos dejar de lado, en una obra sobre los delitos laborales, el artículo 318 bis pues consideramos que se deben proteger los derechos de los trabajadores extranjeros.

1. El pasado «laboral» del delito de ayuda a la inmigración clandestina

Los llamados «delitos de movimiento territorial», entre los que incluimos el delito de favorecimiento a la inmigración ilegal, han sufrido importantes reformas desde que en 1995 se publicara el Código penal de la democracia. El favorecimiento a la inmigración irregular aparece por primera vez regulado en un precepto distinto al actual, en concreto en el artículo 313.1 del Código Pe-

¹⁰ CORCOY BIDASOLO, M.: «Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores», *opus cit.*, p. 91. Justifica y explica este contenido HORTAL IBARRA, J. C.: «Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿el ocaso del derecho penal del trabajo?», *Revista De Derecho Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, p. 76.

¹¹ CANO LINARES, M. A.: «El pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular. Luces y sombras», en AA. VV. (CANO LINARES, M. A. y MURO CASTILLO, A. J.): *Algunas Reflexiones en torno al Pacto Mundial por una Migración Regular, Segura y Ordenada*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 12.

nal de 1995 y hacía referencia a la inmigración laboral. Desde ese momento han hecho falta hasta cuatro reformas (y no descartamos nuevas) para llegar al contenido del actual delito de favorecimiento de inmigración ilegal. Estas reformas denotan que nos hallamos ante un figura delictiva cuya configuración jurídica resulta aún compleja.

A pesar de que no podemos detenernos en todas las reformas que sufrieron los delitos migratorios y las consecuencias jurídicas que tuvieron, sí nos gustaría reseñar aquellas de mayor relevancia y dejar constancia de su estrecha conexión con el ámbito laboral. El estudio somero de estas modificaciones es importante para comprender la trascendencia que tiene el favorecimiento de la inmigración clandestina por su especial incidencia en los delitos contra los derechos de los trabajadores. Esta conexión ha generado confusión en torno a la preferencia aplicativa de uno u otros delitos tal y como ha criticado la doctrina¹². En definitiva estas reformas, más o menos acertadas, que sufre el precepto son el reflejo de los propios cambios que sobrelleva el fenómeno migratorio en nuestro país a los que ya nos hemos referido sucintamente en el primer apartado del estudio¹³.

Como anunciábamos en su redacción primigenia, el delito más similar al favorecimiento de la inmigración irregular era de carácter laboral. Así, se regulaba en el artículo 313.1 que condenaba con penas de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a quienes promovieran o facilitaren la inmigración clandestina de trabajadores y con la misma pena a quien lo hiciera a través de la simulación de contrato o colocación¹⁴.

Este artículo 313.1 mantendrá su contenido hasta el año 2010, por lo que el tráfico de trabajadores inmigrantes ha estado y sigue estándolo en este artículo. Por su parte el delito de favorecimiento de la inmigración ilegal gana su autonomía en relación con el ámbito laboral al desplazarse al artículo 318 bis, bajo un nuevo capítulo del Código destinado a los «delitos contra los ciudadanos

¹² Por todos, POMARES CINTAS las califica de «incoherentes». POMARES CINTAS, E.: «Reforma del Código Penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea», *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, Vol. 19, núm. 29, 2015, p. 1.

¹³ Como señala SALINERO ECHEVARRIA estos cambios también vienen impuestos por los pactos europeos e internacionales adquiridos en el Consejo de Tampere sobre la creación del ELSJ y la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo). SALINERO ECHEVARRÍA, S.: «El delito de tráfico de migrantes. Un análisis comparado a los tipos penales español y chileno», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 52, núm. 155 (mayo-agosto 2019), 2019, p. 1016.

¹⁴ «Artículo 313.

1. El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.

2. Con la misma pena será castigado el que, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país.»

extranjeros»¹⁵. El nuevo numeral 318 bis utilizando una dicción similar al 313.1 sanciona a quienes favorecían o promovían la inmigración ilegal de personas, separando los sujetos pasivos del delito¹⁶. Es decir, hasta la reforma del año 2000, el tráfico ilegal de inmigrantes, fuera de trabajadores o no, se resolvía aplicando el artículo 313.1. Tan sólo habían pasado tres años desde su novación cuando la LO 11/2003, de 29 septiembre, de «Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros» modifica al alza las penas aplicables al artículo 318 y dispone que para el tipo básico la pena de prisión fuese de 4 a 8 años¹⁷. Además, en ese momento el artículo 318 albergaba dos conductas delictivas diferentes, la trata de personas y el tráfico ilegal de inmigrantes. La primera tenía una pena superior de cinco a diez años y la segunda una pena de cuatro a ocho años de prisión.

Tras la reforma, el tráfico de trabajadores se mantuvo como una figura distinta en el artículo 313 CP y el 318 incluyó una pena más elevada para el tráfico de personas con independencia de su condición de trabajadores. Por lo tanto, ya no importaba la condición o no de trabajador del inmigrante ilegal¹⁸. Este deslinde era necesario debido a la concurrencia que había existido entre ambos tipos delictivos por lo que la doctrina avaló este asilamiento aunque los problemas se seguían sucediendo principalmente por las sanciones superiores que imponía el artículo 318 en relación con el 313.1¹⁹. Posteriormente, en 2007 el delito de favorecimiento de la inmigración clandestina amplía el marco de punición de la conducta incluyendo todo el espacio de la Unión Europea (no solo España).

¹⁵ Esta modificación se produjo a través de la disposición final 2 de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 de 11 de enero.

¹⁶ SANCHEZ-COVISA VILLA, J.: «Ficha Extranjería. Interpretación del artículo 177 BIS CP», Reunión de Fiscales Especialistas en Extranjería, (Madrid, 25 y 26 de octubre de 2021).

¹⁷ Antes se castigaba con pena de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses. *Vid. LÓPEZ CERVILLA, J. M.: «Tráfico ilícito de personas. La reforma del artículo 318 bis del Código Penal (I)», Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1977, 2004, p. 7, que lo califica de «exacerbación punitiva».

¹⁸ Explica de manera muy ilustrativa estas modificaciones LÓPEZ CERVILLA, J. M.: «Tráfico Ilícito de Personas: problemas concursales del nuevo artículo 318 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170)», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales* núm. 18, 2004 (BIB 2005\410) *vid. con el siguiente ejemplo: «El art. 313.1 se convertiría en un subtipo atenuado del artículo 318 bis carente de cualquier justificación y en la práctica se plantearían problemas irresolubles. Por ejemplo, si los 30 inmigrantes de la patera dicen que vienen a trabajar aplicamos el 313.1 pero si uno de ellos dice que viene con otro fin o simplemente no declara, se le impone mayor pena aplicando el artículo 318 bis. Otro ejemplo de aplicación práctica frecuente que nos llevaría al absurdo, el piloto de la patera que traslada desde Marruecos a los inmigrantes sería castigado por el artículo 313.1, y la persona que traslada al mismo extranjero que acaba de desembarcar por el interior del territorio nacional (tránsito ilegal) se le aplicaría pena superior sancionándole por el artículo 318 bis».*

¹⁹ CEINOS SUÁREZ, A.: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *opus cit.*, p. 22.

La inmigración irregular y su favorecimiento sufre otra metamorfosis en la ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio donde se individualiza como delito único el delito de trata en el 177 bis²⁰. Sin embargo, como señala la doctrina, esta reforma no afectó al contenido de los artículos 313 y 318 que mantienen su redacción de 2003²¹.

De este modo, la última reforma que afecta al artículo 318 se produce hace casi 10 años y desde entonces han sido muchos los autores y los tribunales quienes de manera no siempre homogénea han intentado explicar el alcance material del delito y sus implicaciones jurídicas. Por sentar las bases del texto sobre el que vamos a trabajar a continuación, debemos recordar que su redacción última obedece a la reforma realizada por la LO 1/2015 de 30 de marzo. Como ya había ocurrido en el año 2000 estos cambios se ven auspiciados por el sometimiento de España a los compromisos europeos adquiridos tras la publicación de la Directiva 2002/90/CE, decisión Marco 2002/946/JAI)²². El nuevo artículo 318 no modifica su texto que se mantiene desde 2003, pero sí reduce las penas a prisión de tres meses a un año eliminando los problemas que se producían por la mayor sanción del 318 bis en relación con el 313. 1. La consecuencia fundamental de todas estas reformas ha sido la convergencia producida entre los delitos de favorecimiento de inmigración ilegal, favorecimiento de inmigración ilegal de trabajadores extranjeros y el delito de trata y los problemas de calificación de las conductas que a resultas de estos cambios han debido realizar los tribunales²³. A pesar de las reformas operadas los problemas se mantienen.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DELITO DE AYUDA A LA INMIGRACIÓN CLANDESTINA

En este apartado vamos a detenernos en los aspectos que consideramos más relevantes y que han dado lugar a un mayor debate doctrinal y jurisprudencial.

²⁰ BEDMAR CARRILLO, E.: *El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud*, dirigida por Esteban Juan Pérez Alonso (Dir. tes.), Universidad de Granada, 2022, pp. 347 a 349.

²¹ SANCHEZ-COVISA VILLA, J.: «Ficha Extranjería. Interpretación del artículo 177 BIS CP», *opus cit.* p. 3.

²² Concretamente la Directiva 2002/90/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, en su artículo 1 insta a los Estados Miembros a perseguir: «a) cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros y b) cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros».

²³ SANCHEZ-COVISA VILLA, J.: «Ficha Extranjería. Interpretación del artículo 177 BIS CP», *opus cit.* p. 5.

dencial. A la luz de lo expuesto por ellos, deducimos, que más pronto que tarde, el legislador penal deberá realizar de nuevo modificaciones sobre la regulación del delitos de favorecimiento de la inmigración clandestina.

1. Bien jurídico protegido

Al igual que ocurre con los derechos de los trabajadores, el bien jurídico protegido en el caso de los derechos de los trabajadores extranjeros, ha sido objeto de mucha y variada discusión doctrinal²⁴. Según el tenor literal del artículo pensamos que nos encontramos con un delito que protege un bien jurídico de carácter social o colectivo, la inmigración ilegal, y a su vez, un bien jurídico particular como es el derecho de la persona extranjera. Para nosotros es muy necesario ahondar sobre cuál es el bien jurídico protegido en el artículo 318 bis en aras a diferenciarlo de los bienes jurídicos que se defienden en otros delitos con los que concurre en la práctica.

La doctrina se debatía especialmente antes de la reforma de 2015, entre la existencia de dos posibles bienes jurídicos protegidos en relación con este artículo. Por un lado y apoyado por la mayoría de los autores, el bien jurídico protegido sería el control de los flujos migratorios²⁵. Por otro lado, teniendo en cuenta el emplazamiento que ostenta en el propio Código penal, también se considera como bien jurídico tutelado el derecho de los ciudadanos extranjeros²⁶. Parece, que tras la reforma operada en 2015, estas posturas han quedado

²⁴ Por citar sólo algunos además de los incluidos en este capítulo: CEINOS SUÁREZ, A.: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *opus cit.*, p. 3; MAQUEDA ABREU, M. L.: «¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis, 2?: las sinrazones de una reforma», *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 11, 2004, pp. 39 y 44; GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F. «Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un primer esbozo sobre el ejemplo del bien jurídico protegido en el artículo 318 bis del Código Penal español» *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, núm. 15 y 16, 2010; LAFONT NICUESA, L.: «Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal», *Coediciones-Aranzadi*, (BIB 2013\8868); DE LA FUENTE CARMONA, F. S.: «¿Los derechos de los extranjeros o la política migratoria? Aproximación jurisprudencial al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular», *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, núm. 18, 2019 (Ejemplar dedicado a: La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización), pp. 172-181.

²⁵ Para una explicación en profundidad sobre el debate doctrinal acerca de cuál es el bien jurídico protegido en este artículo y las diferentes posiciones jurídicas queda perfectamente explicado en la tesis de BEDMAR CARRILLO, E.: *El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud*, dirigida por Esteban Juan Pérez Alonso (Dir. tes.), Universidad de Granada, 2022, pp. 347-352.

²⁶ DAUNIS RODRIGUEZ, A.: «Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010, pp. 14, CEINOS SUÁREZ, A.: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *opus cit.*, p. 23. En contra GARCÍA ÁLVAREZ, P.: «El tenor literal del artículo 318 bis CP y su

superadas y que el interés social que justifica este artículo se encuentra en la protección de los flujos migratorios, pero que también busca el amparo de los derechos de los ciudadanos extranjeros, especialmente en la aplicación de sus tipos agravados. Es decir, el bien jurídico colectivo se sitúa en el centro y justifica el aislamiento de la figura penal del favorecimiento de la inmigración clandestina, pero no por ello abandona el bien jurídico particular que son los derechos de los extranjeros.

Por lo tanto, nos inclinamos por compartir la postura conciliadora adoptada por Muñoz Mesa que entiende que ambos bienes jurídicos son perfectamente compatibles de manera que el artículo 318 bis se habría convertido en un delito pluriofensivo:

«Estas dos posturas doctrinales que *a priori* parecen enfrentadas son perfectamente conciliables, pues si bien es cierto que el Estado, en el ejercicio de su soberanía, tiene derecho a fijar una política migratoria y a establecer las medidas que considere oportunas para garantizar su efectividad, también lo es, que esas medidas buscan igualmente evitar la situación de marginalidad social a que se ven abocados la mayoría de los inmigrantes que se encuentran en una situación administrativa irregular en España, al no poder acceder a los derechos y libertades que reconoce el ordenamiento jurídico español a los no nacionales»²⁷.

Como también examina Salinero Echevarría es importante entender que si bien el apoyo a la inmigración clandestina puede realizarse como luego veremos, con aquiescencia del afectado, para que la conducta supere el ámbito de la mera sanción administrativa, sería lógico pensar que además de los controles fronterizos, el Código pretende proteger a los ciudadanos extranjeros. Pues los derechos de los ciudadanos extranjeros, sin verse inmersos en las conductas y finalidades recogidos en la trata de personas, se ven afectados debido a estas conductas²⁸.

Esta doctrina conecta también con lo señalado por algunas sentencias que reconocen que en el delito de tráfico ilegal lo que se está protegiendo «es esta

contribución a una mayor vulnerabilización de los extranjeros. Propuesta reinterpretaiva.», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 25, 2023, p. 10, que considera que De manera que, el control migratorio por parte del Estado no es un interés que [...] que reúna los requisitos necesarios para considerarlo legítimamente como un bien jurídico merecedor y necesitado de protección por el Derecho penal.

²⁷ MUÑOZ MESA, S.: «La reforma del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros operada por LO 1/2015, de 30 de marzo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2015, p. 4 (BIB 2015V4002).

²⁸ SALINERO ECHEVARRÍA, S.: «El delito de tráfico de migrantes. Un análisis comparado a los tipos penales español y chileno», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 52, núm. 155 (mayo-agosto 2019), 2019, pp. 1023.

novedosa lacra social de explotación de ciudadanos de países desfavorecidos que en sus ansias de salir de la miseria que les rodea se convierten en víctimas fáciles de desaprensivos y reprobables sujetos que en aras a intereses crematísticos hacen dejación de cualquier consideración que afecte a la dignidad o a los derechos fundamentales de aquéllos»²⁹.

Unido a ello el Alto Tribunal también ha incidido en que la protección de los derechos de los extranjeros sólo se produce en la aplicación de los tipos agravados:

«El nuevo tipo penal (refiriéndose a la nueva redacción del 318 bis tras la reforma de 2015) lo que se sanciona es la ayuda intencionada a la entrada o tránsito en territorio español de los inmigrantes ajenos a la Unión Europea, con vulneración de la normativa legal reguladora, así como su permanencia en nuestro territorio, en este caso solamente cuando la conducta se realice con ánimo de lucro, todo ello con la finalidad de respetar la unidad del Derecho europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios. Y sólo en los supuestos agravados de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante, se atiende además al bien jurídico pregonado en la rúbrica del título, como «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros»³⁰.

Está claro que en su redacción actual, como ha manifestado el Alto Tribunal, el artículo 318 «encierra una dimensión pluriofensiva que proyecta sus efectos, de modo especial, sobre aquellos que, mediante el abandono de sus comunidades de origen, buscan la mejora de sus condiciones personales y laborales. La necesidad de un adecuado tratamiento jurídico-penal de la ofensa a algunos de los bienes jurídicos implicados está fuera de dudas»³¹.

²⁹ Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7.ª, Melilla) Sentencia núm. 56/2002 de 23 septiembre, (ARP 2002\77) que resuelve el caso de un señor que fue sorprendido cuando pretendía embarcar con destino a Almería, promoviendo, favoreciendo o facilitando el tráfico clandestino a la península de 16 extranjeros al ampararlos y ocultarlos en el vehículo que conducía, estudiadamente colocados al tresbolillo y (suprimiendo precarias condiciones higiénico-sanitarias), habiéndole recibido en pago por el transporte. Entiende el Tribunal que en este caso sólo existe el delito de tráfico ilegal (318 bis) pues «aun cuando en el desplazamiento, que a la postre resultó fallido, se hubieran revelado serias incomodidades para los irregulares viajeros no se desvela la probabilidad cierta y efectiva de una puesta real en peligro de la vida, salud o integridad de los inmigrantes, ya que se prueba que los inmigrantes a) no presentaban señales de sudor o deshidratación; b) la cubierta que ocultaba a los inmigrantes presentaba aberturas practicadas «ad hoc» para procurar la ventilación del citado compartimento; c) el autotransporte contaba con un rudimentario dispositivo de evacuación de residuos líquidos».

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de octubre de 2016 (RJ 2016, 5173) (TS 2.ª, recurso 10879/2015)

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 11/2018 de 15 enero, (RJ 2018\22). En la STS 178/2016 de 3 de marzo (RJ 2016, 1911) afirma «Por el contrario la ayuda

Como resumen de la posición de la doctrina judicial al respecto, el Tribunal Supremo en varias sentencia declara ese plus defensivo que debe tener el bien jurídico protegido en el delito 318 bis, y que superan la mera protección de los flujos migratorios:

«Desde la perspectiva relacionada con el bien jurídico, aun cuando se entienda, como hace un sector doctrinal, que el delito trata de proteger el control sobre los flujos migratorios, su ubicación sistemática en un nuevo Título XV bis bajo la rúbrica de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para ese bien protegido como consecuencia del acto de favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina...»³².

De lo manifestado pareciera que la jurisprudencia ha cerrado el debate al respecto de cuál sea el bien jurídico que recoge el artículo 318 bis, sin embargo, todavía hay algún autor que insiste en que debido a la regulación actual del artículo, considera que el único bien protegido es el control de los flujos migratorios³³.

2. Sujetos involucrados en el delito

A continuación vamos a profundizar sobre los agentes implicados en la conducta delictiva. Normalmente la doctrina penalista distingue entre los sujetos activos o pasivos. En este caso y debido a la particularidad de la conducta enjuiciada, nos encontramos con sujetos que si bien forman parte de la conducta delictiva, no se puede considerar como sujetos activos o pasivos de la

a la inmigración ilegal mantiene en el ámbito del Derecho Penal Europeo, y ahora en el interno, un marco punitivo menos riguroso, en la medida en que se basa en el consentimiento del extranjero en la operación migratoria sancionándose esencialmente la vulneración de la normativa reguladora de la entrada, tránsito o permanencia de extranjeros en el territorio de la Unión (Directiva 2002/90/CE (LCEur 2002, 3419), de 28 de noviembre, y Decisión Marco 2002/946/JAI) (LCEur 2002, 3418), sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral. De esta manera en el bien jurídico protegido en este delito confluyen dos tipos de intereses, como destaca la doctrina científica y la jurisprudencia: el interés general del Estado de controlar los flujos migratorios, evitando que estos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada, y por otro lado el interés mediato de proteger la libertad, La seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los emigrantes».

³² SSTs de 6-4-2017 (RJ 2017, 2248) y 5-10-2017 (RJ 2017, 4649)

³³ GARCÍA ÁLVAREZ, P.: «El tenor literal del artículo 318 bis CP y su contribución a una mayor vulnerabilización de los extranjeros. Propuesta reinterpretativa», *opus cit.*

■ LOS DELITOS LABORALES

misma. Ello justifica que hablemos de sujetos involucrados por no poderlos encasillar exactamente en las figuras penales de sujetos activos o pasivos del delito. En relación con los sujetos activos sí podemos afirmar que el artículo contiene una clasificación extensa de éstos. En muchos casos, la condición personal de estas figuras supone la aplicación de una pena superior. El artículo perfila también otros sujetos involucrados en el delito aunque cual sea su condición respecto a la conducta también se discute.

Como punto de partida vamos a recordar que el artículo 318 bis apartados primero, tercero y cuarto contiene las referencias a los sujetos involucrados:

«El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea [...];

3. Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

4. En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.»

A) ACTIVO

Una de las cuestiones importantes en relación con los delitos contra los trabajadores y particularmente en el caso del artículo 318 bis, es quién puede ser el autor del delito. Y ello porque en la práctica existen una gran cantidad

de posible sujetos activos del delito del 318 bis³⁴. Así lo han manifestado los Tribunales «se trata pues de un ilícito que puede ser cometido por cualquiera incardinándose habitualmente en la órbita de transportistas, agentes, consignatarios, representantes y en general personas físicas o jurídicas que intervengan en operaciones de emigración y movimientos migratorios»³⁵; Concretamente y como modalidad agravada del delito, nos encontramos con que éste puede ser cometido por personas con cargos concretos como autoridad, agente de ésta o funcionario público o cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

Una vez apuntado el carácter extensivo del artículo en relación con el sujeto que comete el delito sin necesidad de que éste sea un empresario u ostente condición alguna, vamos a detenernos en los otros sujetos colectivos que podrían cometer el delito y el reparto de responsabilidades que se produce en el seno de estos organismos.

En primer lugar el apartado 3 considera una modalidad agravada del delito de favorecimiento de la inmigración clandestina su ejecución en el seno de una organización criminal. La existencia de criminalidad organizada en relación con los delitos de favorecimiento de la inmigración clandestina eleva los devastadores efectos de la inmigración clandestina pues incide no solo en bienes jurídicos individuales sino también en los colectivos. Además en una organización criminal lo normal será que el delito de favorecimiento de la inmigración ilegal vaya unido a actividades terroristas o de trata de personas por lo que consideramos que la elevación de la pena es necesaria y que incluso podría incrementarse³⁶.

Por su parte, el artículo 318 bis apartado 5 también contempla como sujeto del delito que quien lo cometa sea una persona jurídica. Como ejemplo de estos sujetos activos del delito podemos incluir el de aquellas empresas que

³⁴ Entre los autores que en los primeros años de la aparición de los delitos contra los derechos de los trabajadores denuncian la amplitud de sujetos activos y pasivos incluidos en el articulado señalamos a SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L.: «Problemas que plantea la incidencia del ámbito sociolaboral en la delimitación y enjuiciamiento de los delitos contra los derechos de los trabajadores», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 397, 1999, (BIB 1999/759), pp. 1-11, p. 4.

³⁵ Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7.ª, Melilla), Sentencia núm. 56/2002 de 23 septiembre. ARP 2002\773.

³⁶ DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «La política criminal europea en materia de trata de personas e inmigración ilegal y su adaptación a la legislación española», en AAVV. (coord. por ALEJANDRO DE PABLO SERRANO; JUANA DEL CARPIO DELGADO (Dir.): *Criminalidad en un mundo global: criminalidad de empresa, transnacional, organizada y recuperación de activos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 61. Insiste que la lucha contra la criminalidad organizada se está centrado en el ataque a sus formas de financiación.

ofertan empleo falso para que el extranjero entre o permanezca en el país³⁷. Resulta muy importante a estos efectos conocer qué entiende el Código penal por organización criminal y su distinción con el sujeto también colectivo persona jurídica pues ambos sujetos pueden coincidir en la realización de una conducta delictiva de favorecimiento de la inmigración ilegal. Otra distinción importante en torno a los sujetos es diferenciar entre la existencia de una organización criminal, dónde deberemos intentar identificar a estos sujetos o la ejecución de la conducta en régimen de coautoría. La diferencia entre la coautoría (pluralidad de personas que participan o la intervención de varias personas coordinadas, y la existencia de una organización estriba en que esta última implica un *aliud* y un plus, frente a la mera codelinquencia³⁸.

El Tribunal Supremo también ha dejado clara la diferencia que existe entre la comisión del delito por una organización (que pudiera ser una persona jurídica a su vez). Como definición de esta última encontramos «redes mínimamente estructuradas que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, propician un más fácil aprovechamiento para los autores, y también una eventual gravedad de superior intensidad en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión. Son estas consideraciones las que justifican la exacerbación de la pena»³⁹.

También define sus elementos característicos: «La organización criminal se caracterizaría por la agrupación de más de dos personas, la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada, con aquella finalidad. De esta manera, su apreciación exige 1.º Pluralidad subjetiva: Agrupación formada por más de dos personas; 2.º Permanencia: Con carácter estable o por tiempo indefinido; 3.º Estructura: Que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones; 4.º Finalidad criminal: con el fin de cometer delitos»⁴⁰.

³⁷ GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: «El reducido espacio de los delitos contra los derechos de los trabajadores en el *compliance* penal: *opus cit.*, p. 4.

³⁸ SSTS 145/2017 de 8 de marzo.

³⁹ La STS 400/2018, de 12 de septiembre remite a un concepto de organización cuya definición legal se encuentra en el artículo 570 bis redactado por la LO 5/2010: «A los efectos de este Código, se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos...». Lo que supone que ahora el subtipo previsto en el artículo 318 bis.3.a) CP incorpora para la organización la exigencia de estabilidad que impone el artículo 570 bis, y se excluye de la agravación el consorcio meramente transitorio u ocasional que abarcaba en la regulación anterior a la reforma de 2015.

⁴⁰ La STS 400/2018, de 12 de septiembre, y recientemente la SAP Baleares 72/2023, 27 de febrero de 2023.

Mayor confusión puede existir en torno a los sujetos concretos que menciona el apartado cuatro, esto es jefes, administradores o encargados pues en organizaciones criminales puede ser más complicado reconocer cuál es el rol de sus integrantes, con las consecuencias penales que ello puede llevar aparejado. Recordemos a su vez que el artículo 570 bis del Código Penal también atribuye responsabilidad penal a aquellas personas que integren una organización criminal.

Por su parte, en relación con la persona jurídica como responsable penal de la conducta recogida en el artículo 318 bis, su imputabilidad es relativamente reciente pues aparece en el año 2015. El legislador lo incluye en el apartado 5 y esta referencia es necesaria pues debemos recordar que sólo se podrá imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando se realice una remisión expresa a ello en los delitos especiales⁴¹. En el caso del artículo 318 bis solo se castiga a las personas jurídicas con una sanción dineraria: la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Como hemos mencionado al inicio, puede darse en la práctica que concurren como sujetos del delito una persona jurídica y que sea a su vez una organización criminal. Este sería el supuesto de una persona jurídica que actúe legalmente desde el punto de vista mercantil y a su vez pueda tener un fin ilícito, como es el favorecimiento de la inmigración clandestina de manera que lo convierta en una organización criminal. Esto se explica porque se trata de una persona jurídica que en principio es responsable penalmente en virtud del artículo 31 CP conectado con el delito atribuible a esa misma persona jurídica vía 318.5. Por tanto «es considerada inimputable por ser la totalidad de su actividad de carácter ilícito, supuesto en el que podrá ser considerada organización criminal de concurrir los requisitos»⁴². En este caso procedería la aplicación del artículo 570 *quarter*, es decir, la disolución de esta persona jurídica. Sin embargo, también puede darse que una persona jurídica con responsabilidad penal vía artículo 31 no sea considerada organización criminal. En estos casos, consideramos que sólo se podría sancionar a dicha persona jurídica con las multas referidas en el artículo 318 bis.5 más allá de la imputación específica que pudieran ostentar los sujetos concretos de la persona jurídica que cometieron el delito.

⁴¹ GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: «El reducido espacio de los delitos contra los derechos de los trabajadores en el *compliance* penal: ¿hay lugar para un *compliance* laboral?», *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2018, (BIB 2018\8570), pp. 1-5, p. 2.

⁴² FERNÁNDEZ PERALES, F.: «Confluencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con su consideración como organizaciones criminales», *Diario La Ley*, núm. 9475, Sección Doctrina, 2019.

Por último, otro problema importante en la sanción de las personas jurídicas como responsables penalmente es que no sólo la comisión sino también la omisión de deberes relativos al favorecimiento de la entrada ilegal de inmigrantes podría ser sancionado administrativamente, lo cual en principio no podría producirse por el principio penal del *non bis in ídem*⁴³. Esta cuestión se abordará en el último apartado de este capítulo.

B) OTROS SUJETOS INVOLUCRADOS EN EL DELITO

A efectos de esta investigación, nos parecía consecuente profundizar acerca de la figura sobre la que pivota el delito analizado, esto es, la persona inmigrante que entra en España. En este sentido debemos aclarar que, derivado de la discusión sobre el bien jurídico protegido del delito, se produce inmediatamente el debate de cuál será su sujeto pasivo. Antes de la reforma y las corrientes defensoras del delito pluriofensivo, se producía un hecho llamativo en relación con los sujetos pasivos de este delito. Y ello porque a pesar de que la gran mayoría de la doctrina identifica como bien jurídico protegido los flujos migratorios, sin embargo, reconocen como sujeto pasivo del delito a los extranjeros y no al Estado español⁴⁴. Por una lógica con nuestra postura anterior sobre la existencia de un delito pluriofensivo, deberíamos señalar dos posibles sujetos pasivos de este delito: el ciudadano extranjero y el Estado español.

Como indica el artículo 318 bis el sujeto pasivo del delito debe cumplir con varios adjetivos para producirse la conducta antijurídica descrita. Así debe ser «una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea [...] que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros». Esto nos obliga a descartar que el sujeto pasivo pueda ser un ciudadano español y además debe de haber entrado a nuestro país sin los permisos administrativos pertinentes recogidos en la Ley de Extranjería. Algunos autores consideran que el migrante no es el sujeto pasivo sino el objeto material personal del delito⁴⁵.

Debe de tratarse de un inmigrante irregular entendiendo que éste es el sujeto que en primer lugar «realiza un proceso subjetivo-objetivo de migra-

⁴³ SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L.: «Problemas que plantea la incidencia del ámbito sociolaboral en la delimitación y enjuiciamiento de los delitos contra los derechos de los trabajadores», *opus cit.*, p. 8.

⁴⁴ SALINERO ECHEVARRÍA, S.: «El delito de tráfico de migrantes. Un análisis comparado a los tipos penales español y chileno», *opus cit.*, pp. 1032.

⁴⁵ FASCIOLI CAORSI, F.: «Tráfico ilícito de migrantes: una mirada desde el ordenamiento jurídico uruguayo e internacional», *opus cit.*, <https://doi.org/10.24215/2618303Xe036>.

ción» y aunque no es estrictamente necesario (recordemos que el tránsito también es finalidad de la conducta punible) con la intención de residir y desarrollarse social y económicamente; En segundo lugar, para conseguir este objetivo «ingresa clandestina o fraudulentamente o permanece una vez vencido el permiso de estancia o residencia»⁴⁶. Es necesario resaltar por tanto, que en ocasiones la entrada sí es legal pero ello no impide que se produzca el ilícito. Cuando la actividad se lleva a cabo en las fronteras se produce lo que la doctrina ha catalogado como «*smuggling of migrants* o coyotismo»⁴⁷.

Por otro lado, como critica Pomares Cintas el referirse al «no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea», puede generar confusión con otras situaciones jurídicas en las que se encuentran los extranjeros dentro de la Unión Europea⁴⁸. En este sentido y en relación con su entrada y permanencia debemos acudir al artículo 36 de la Ley 12/2009 que otorga la concesión de una autorización de residencia y trabajo permanente a aquellos inmigrantes que tiene reconocido derecho de asilo o de la protección subsidiaria. También tendrán derecho a una autorización de residencia de larga duración según la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, los extranjeros a quienes España u otro Estado miembro de la Unión Europea hubiese reconocido protección internacional y que se encuentren en España, que también se extenderá a los extranjeros apátridas, refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria que se

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 1034-1035.

⁴⁷ ABOSO E. G.: *Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*, BdeF, Buenos Aires, 2018, p. 57.

⁴⁸ POMARES CINTAS, E.: «Reforma del Código Penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea», *opus cit.* p. 14 indica que «no es adecuado definir a la persona objeto del delito como el «no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea». Este concepto puede plantear problemas con los nacionales que pertenecen al Espacio Económico Europeo y con los apátridas. En efecto, los nacionales de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo disfrutan del estatuto del autóctono en la medida en que tienen reconocida libertad de circulación y residencia en el territorio de la UE. En lo que concierne a los apátridas, el artículo 67.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea los asimila «a los nacionales de terceros países» en el marco de la política común de inmigración, asilo y control de las fronteras exteriores. También debemos incluir aquí a los solicitantes de asilo o protección internacional que también son a efectos de la ley «no nacionales de terceros estados». Aunque su situación es diferente.» El asilo, es una condición o status de protección que se otorga a los nacionales no comunitarios o a los apátridas que tienen reconocida la de refugiado (para ello necesitan cumplir los requisitos marcados por la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria. Se trata de personas que tienen fundados temores a ser perseguidos en su país de origen debido a su raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual etc. Por último existe también la protección subsidiaria que se otorga a las personas de terceros países y a apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, existen motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen o, al de su anterior residencia habitual estarían en situación de sufrir graves peligros previstos en la meritada Ley 12/2009, de 30 de octubre. *Vid.* <https://proteccion-asilo.interior.gob.es/es/proteccion-internacional/que-es-la-proteccion-internacional/>.

encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España⁴⁹.

Hay que conocer perfectamente cuál es la situación jurídica en la que entra y permanece el extranjero antes de aplicar ningún tipo de sanción. Recordemos que los inmigrantes irregulares también pueden ser demandantes de asilo, refugiados, apátridas o reclamantes de protección internacional subsidiaria. Entendemos perfectamente la preocupación por la posible confusión señalada por Pomares Cintas. Recientemente, El Parlamento y el Consejo ha llevado a cabo un nuevo acuerdo sobre los demandantes de asilo en las fronteras. En estos casos, se trata de personas que solicitan asilo en las fronteras exteriores pero que han sido detenidos en relación con un cruce irregular de fronteras o tras ser rescatados en el mar. Mientras se resuelve el procedimiento fronterizo, estos inmigrantes no podrán entrar en territorio de la Unión Europea⁵⁰.

Antes de aplicar la vía penal se debe conocer por un lado qué vía de entrada utiliza el sujeto no nacional y quién le ayuda. No obstante, en lo referido estrictamente al sujeto involucrado en el delito de tráfico ilegal de personas, lo relevante no es la condición que pudiera ostentar una vez que entra, transita o permanece, sino el hecho de que han llegado, con ayuda de otras personas, por medios que quebrantan las normas del país al que se quiere acceder⁵¹. Es importante diferenciar en relación con los sujetos involucrados, todas estas cuestiones. Para arrojar claridad al problema nos remitimos de nuevo al Tribunal Supremo que explica que pesar de que la entrada haya sido legal eso no quiere decir que inmigración sí lo sea.

Ahondando en lo expuesto la STS 396/2019, de 24 de Julio, argumenta: «... En lo que respecta al delito de inmigración ilegal, tipificado en el artículo 318 bis del C. Penal, se afirma en la STS 385/2012, de 10 de mayo, que la doctrina tiene también declarado qué debe entenderse por inmigración ilegal la que se produce con infracción de la normativa reguladora del tema, sin que existan razones materiales para negar la punición cuando la entrada se produce

⁴⁹ Artículo 148 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

⁵⁰ <https://www.europarl.europa.eu/topics/es/article/20170627STO78419/la-lucha-contra-la-inmigracion-irregular>.

⁵¹ Es interesante la reflexión realizada por LÓPEZ CERVILLA en cuanto a la posible imputación del propio inmigrante como sujeto que también favorece la actuación de favorecimiento de la inmigración clandestina y a su vez se ve afectado por ella. Señala el autor el caso del conductor de la patera que transporta a los inmigrantes pues para poder venir a España le han obligado a realizar ese cometido. *Vid.* LÓPEZ CERVILLA, J. M.: «Tráfico ilícito de personas. La reforma del artículo 318 bis del Código Penal (I)», *opus cit.*, pp. 12.

con una falsa apariencia de legalidad, pues debe acudirse a un concepto amplio de ilegalidad acorde con la normativa europea sobre la materia (Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002), concepto que no ha de limitarse por tanto al carácter oculto o subrepticio de la entrada ni a la utilización de documentación falsificada. Y es que ha de excluirse el error de partida de identificar la inmigración ilegal con la entrada ilegal en nuestro país»⁵².

Por lo tanto, como se indica en otras sentencias «No concurre exclusivamente (el delito) en los supuestos de entrada en territorio español por lugar distinto a los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que queda colmada también mediante cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser, lo que incluye la utilización de fórmulas autorizadas del ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones (...)»⁵³.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que si el extranjero ha llegado legalmente a España habrá de permitirse su estancia hasta que llegue a la situación de irregularidad (más administrativa que penal) sin que pueda castigarse como delito. Y ello porque la prueba de cuál sea la finalidad inicial de una persona que entra por vías legales a España nos parece difícil de dirimir y mucho menos que esto sea objeto de sanción penal. En estos casos de entrada legal de un extranjero, consideramos que la aplicación del delito sólo podría darse en el supuesto de que se pruebe la finalidad subyacente de permanencia ilícita del sujeto. Y en estos casos, sólo se podría sancionar a quienes ayudan a dicha permanencia con ánimo de lucro.

Otro de los problemas que hay que delimitar en este caso es si el delito afecta a un extranjero o a varios pues las consecuencias jurídicas varían. En el caso del artículo 318 bis apartado primero se dice quien ayude «a una persona», por lo que entendemos que la conducta se comete con cada uno de los inmigrantes que ha sido ayudados a entrar, transitar o permanecer en España. En estos casos debemos tener en cuenta que los Tribunales han reconocido la existencia de un delito continuado en el favorecimiento de la inmigración ilegal, lo que supondría que se sancionaran de manera conjunta todas las ayudas a la entrada o tránsito ilegal de manera independiente al número de inmigrantes afectados⁵⁴.

⁵² STS 396/2019, de 24 de Julio. En el mismo sentido la Sentencia 363/2022, Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección núm. 1, procedimiento abreviado 91 /2022.

⁵³ STS 882/2021, de 17 de noviembre (RJ 2021, 5075).

⁵⁴ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16.ª) Sentencia núm. 113/2022 de 2 marzo. JUR 2022\160424..

A pesar de la concurrencia de conductas delictivas que se producen en la práctica, la dicción literal del artículo 318 bis no permite identificar al extranjero como trabajador pues en ese caso nos veríamos abocados a aplicar los artículos 311 o 313⁵⁵. Por último, y como diferencia fundamental entre este delito y otras figuras delictivas que afectan a inmigrantes en el caso del 318 bis se entiende que media el consentimiento del ciudadano extranjero, situación está de advenimiento que no se encuentra en otros delitos como el de trata de personas⁵⁶.

3. Conducta típica

En relación con la conducta típica que identifica el tipo penal 318 bis tras la redacción dada en su última reforma, ésta también ha sido ciertamente debatida. Nos parece importante resaltar la actividad de interpretación y concreción llevada a cabo por el Tribunal Supremo para definir su alcance y que pretendemos plasmar de manera sucinta en este estudio.

A) APARTADO PRIMERO: AYUDAR A QUE ALGUN(OS) NO NACIONAL PROCEDENTE DE TERCEROS PAÍSES ENTRE EN ESPAÑA⁵⁷

Cuando la Directiva 2002/90/CE de 28 de noviembre de 2002 regula el favorecimiento de la inmigración clandestina impone a los Estados Miembros la sanción a tres acciones distintas: «instigar, ser cómplice o intentar» ya sea con ánimo de lucro o no, a un extranjero a entrar permanecer o transitar por territorio español. Por lo tanto, se recoge no sólo la conducta si no también la complicidad a tales conductas y la tentativa. El legislador español ha traducido esta acción por el verbo «ayudar».

⁵⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: «Artículo 318 bis», en AA. VV (GOMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios prácticos al Código Penal Tomo III*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 881 a 885.

⁵⁶ RUBIO LARA, A. y PÉREZ ALBALADEJO, M: «El delito de trata de seres humanos en el derecho penal español: problemas e intentos de solución», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2016 (BIB 20163277).

⁵⁷ El artículo 318 bis 1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

Si tenemos en cuenta la definición aportada por la RAE del verbo ayudar implica «poner los medios para el logro de una cosa». Debido a esta constrictión parece que para que el delito pueda producirse se debe incluir cualquier tipo de colaboración, sea en el grado que sea siempre que se pueda interpretar que ha conducido a la ejecución de la conducta delictiva. Sin embargo, el uso de dicho verbo genera dudas sobre la concreción de las acciones que configuran y definen la conducta delictiva. Pensamos que la clave para sancionar dichas conductas es el propósito («intencionadamente» dice el legislador) porque ello implica que el sujeto conoce la situación irregular en la que se va a encontrar el extranjero⁵⁸.

Según Pomares Cintas la concreción del artículo al verbo «ayudar» implica cualquier acción idónea orientada a conseguir que el extranjero entre en el país⁵⁹. De Vicente entiende que para que el delito se encuentre consumado no es necesario que se produzca la efectiva entrada o tránsito del inmigrante irregular, bastará cualquier acción destinada a auspiciar la entrada y/o tránsito⁶⁰. Para comprender el contenido de esta conducta es interesante acudir a la distinción entre inmigración clandestina y tráfico ilegal que aporta el Tribunal Supremo:

«Hemos mantenido en la STS 882/2021, de 17 de noviembre (RJ 2021, 5075), que «La conducta típica aparece descrita de forma abierta, lo que aparece potenciado con las expresiones favorecimiento, facilitación y promoción y con las modalidades de forma directa o indirecta, de manera que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo de la inmigración o de la emigración y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad está incluida en la tipicidad (en el mismo sentido las STSS 1059/2005, de 28 de septiembre; 913/2009, de 23 de septiembre, o 466/2012, de 28 de mayo)⁶¹.

Y es que como señala el Tribunal Supremo en sus primeras interpretaciones «La utilización del término «ayude» sitúa la cuestión en términos similares a los derivados de la redacción anterior, pues cabe en su significado una amplí-

⁵⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, P.: «El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 21, 2014, p. 38.

⁵⁹ POMARES CINTAS, E.: «Reforma del Código Penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea», *opus cit.* p. 14.

⁶⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: «Artículo 318 bis», en AA. VV. GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios prácticos al Código Penal Tomo III*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 883.

⁶¹ Se trata del supuesto de una mujer nigeriana que vino a España ilegalmente con el objeto de ejercer la prostitución. En este caso se les condena por haber incurrido en las conductas descritas en el artículo 318 bis y 177 bis en concurso medial con el de prostitución coactiva del artículo 187.1, primer párrafo, del Código Penal Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), Auto de 21 septiembre 2023, (JUR 2023\380297).

sima variedad de conductas, que solo requieren para ser valoradas como ayuda, que supongan una aportación de algo que facilite lo que pretende la persona a quien se presta»⁶².

Como hemos mencionado con anterioridad la duda que nos surge es si la conducta constituye objeto de delito cuando la ayuda es para entrar por una vía legal, visa de turista o permiso temporal de residencia, con una posterior permanencia que se convierte en irregular⁶³. Esta interpretación apartaría de las conductas susceptibles de punición la ayuda a la entrada del extranjero por medios legales pues ello no le conduce a una situación irregular; Pero sin embargo ya hemos comprobado que los Tribunales sí lo consideraban como conducta sancionable precisamente basándose en que la intención del autor del delito es, que una vez vencido el permiso que le permite estar aquí legalmente, el inmigrante permanezca de forma ilegal. En relación con cuál sea la intencionalidad final de la conducta alguna sentencia ha considerado (si bien antes de la última reforma del artículo 318 bis) que no incurre en delito el acusado que tenía trabajando a extranjeros sin permiso de trabajo y residencia durante el tiempo que duraban los trámites administrativos para su regularización en España⁶⁴. En la actualidad, no sabemos si el resultado sería el mismo, pues la conducta que se describe podría ser constitutiva de una ayuda de entrada ilegal al país. Si bien es cierto que la finalidad de la conducta no era mantenerlos ilegalmente en España sino regularizar su situación.

Finalmente podemos advertir que esta interpretación no cuadra con la aportada por el Tribunal Supremo en la actualidad. Ceinos Suárez recopila la descripción de la conducta típica dada a esta conducta por el Tribunal Supremo:

«Así por tráfico ilegal el TS entiende «cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración; por ello el tráfico ilegal no es solo el clandestino sino también el que siendo...aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad» y por lo que se refiere a la entrada en el país se considera patente la ilegalidad cuando se realiza a través de pasos clandestinos evitando los puestos habilitados al efecto y el control de acceso por parte de las autoridades, pero el TS también considera

⁶² Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección I.ª), Sentencia núm. 659/2016, de 19 julio. RJ 2016\3419.

⁶³ Esta situación ha sido resuelta por la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 3.ª, Sentencia 104/2023, de 24 de marzo de 2023, Rec. 7/2021

⁶⁴ Para llevar a cabo la contratación como cocineros en sus restaurantes, les pagaba el billete de avión para su entrada en España con un permiso de estancia de 3 meses, durante los cuales trabajaban a prueba e iniciaba los trámites para regularizar su situación. Sentencia 1378/2011, de 14 de diciembre de 2011, Recurso de Casación núm.: 925/2011.

ilegal las entradas efectuadas mediante fraude, esto es, aquellas en las que se emplea documentación falsa con la que se pretende ocultar la identidad o mediante documentación que sin ser falsa no responde a la realidad de las cosas»⁶⁵.

En relación con el contenido dado a la expresión «traficar» debemos recordar que en principio ese concepto se aplica a cosas no a personas. Es por esto, que la terminología dada por el legislador y por el Tribunal Supremo a la conducta descrita en el 318 bis a partir de la reforma de 2015, no coincide plenamente con el concepto «traficar»⁶⁶. Recordemos que según la RAE en lo que interesa al objeto de este artículo contiene dos acepciones. La primera de ellas es «Comerciar, negociar con el dinero y las mercancías». Por lo que, si asimilamos la conducta descrita del artículo 318 bis al tráfico, deberíamos entender que la misma lleva implícita la cosificación de los inmigrantes ilegales⁶⁷. Pero la realidad es que no siempre se da en estas circunstancias. Es decir, es importante destacar que el favorecimiento a la inmigración clandestina no debe implicar, tal y como está redactado, ningún daño, manipulación o vicio del afectado. En principio lo «único» que se castiga es que se les ayude a entrar, permanecer o transitar por España cuando no tienen la documentación para ello⁶⁸. El ánimo de lucro, recordemos, es tan solo una agravante.

Sin embargo, la segunda acepción del verbo traficar sí pudiera entrar en mayor connivencia con la conducta descrita en el primer apartado del artículo 318 bis. Se define como «2. intr. Hacer negocios no lícitos». Por lo tanto, si quien ayuda a los inmigrantes a entrar o transitar en el país lo hace incumpliendo las normas administrativas, obviamente está cometiendo un acto ilícito⁶⁹. Sin embargo, también hemos comprobado que no siempre es así. Por ello coincidimos que no se puede aplicar el verbo traficar a la conducta recogida en el tipo básico del delito 318 bis.1 salvo que se produjera con la agravante de ánimo de lucro. En este caso no hay dudas de que se está traficando con inmigrantes ilegales.

⁶⁵ CEINOS SUÁREZ, A.: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *opus cit.*, pp. 23. Cita la autora las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2006 (núm. rec. 928/2005), 28 de febrero (núm. Rec. 1695/2006), 19 de septiembre (núm. 2057/2006) y 15 de octubre de 2007 (núm. rec. 10132/2007).

⁶⁶ SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J.: «Ficha Extranjería. Interpretación del artículo 177 BIS CP», *opus cit.* p. 9.

⁶⁷ AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», *opus cit.*, pp. 395.

⁶⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, P.: «El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal», *opus cit.* p. 3.

⁶⁹ <https://dle.rae.es/traficar>.

Por este motivo nos parece muy relevante la aportación que realiza García Álvarez sobre el ánimo de lucro como agravante de la conducta delictiva y que compartimos, pues éstas tienen conexión con la defensa del carácter pluriofensivo del delito que hemos expuesto en el apartado anterior. La meritada autora considera que el ánimo de lucro debe ser «un elemento consustancial» de la conducta sancionada bajo este artículo y no una vía para su agravación⁷⁰. De este modo, las conductas de ayuda sin obtener rédito a cambio deberían quedar calificadas como sanciones administrativas, elevando a delito aquellas de las que el autor saque un beneficio del inmigrante. Así se estaría protegiendo también su derecho a no ser extorsionado⁷¹. Sin embargo, lo cierto es que no se ha seguido esta interpretación por parte de los Tribunales que sólo lo aplican como agravante.

En relación con la finalidad de la ayuda se producen algunas dudas también sobre la utilización del verbo «transitar», pues debería quedar bien definida qué acciones implican dicha conducta. Además el artículo es bastante conciso en cuanto al alcance geográfico que debe tener el tránsito, pues ya no incluye el territorio de la Unión Europea como en su versión de 2007, sino que sólo incluye el tránsito por el territorio español⁷².

Por último, debemos dedicar una reflexión a la exigente de ayuda humanitaria. Recordemos que el apartado primero del artículo 318 bis dispone que «Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate». De nuevo la interpretación de esta excepción también puede resultar dificultosa. Coincide la Doctrina penalista en que resulta injusto que otro tipo de ayudas, más allá de las humanitarias, como las de amistad o familiares incluso las altruistas, puedan considerarse incluidas como conductas típicas incardinadas en el artículo 318 Bis⁷³. ¿A qué se refiere el artículo con ayuda humanitaria? ¿Debemos excluir cualquier tipo de motivación familiar, de amistad o altruista de la ayuda huma-

⁷⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, P.: «El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal», *opus cit.* p. 39. La autora considera que el tipo básico de este delito debía contemplar sólo las conductas realizadas con ánimo de lucro y con algún tipo de abuso. No compartimos sin embargo, esta última consideración pues el abuso al inmigrante ya podría constituir una conducta encuadrable en otros delitos como el de trata.

⁷¹ *Ibidem*, p. 41, lo que justifica según la autora además que la pena que se le impone sea tan reducida.

⁷² Recordemos que en la versión de 2007, el 318 bis condenada a quien promoviese, favoreciese o facilitase la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España o con destino a otro país de la Unión Europea. Artículo 2.2 de la LO 13/2007 de 19 de noviembre.

⁷³ GARCÍA ÁLVAREZ, P.: «El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal», *opus cit.* p. 40. La autora pone de ejemplo a quien no estuviera de acuerdo con la política migratoria española.

nitaria? ¿Debe ser realizada por organizaciones de esta calificación o puede ser realizado por particulares? ¿puede incurrir en este delito quién le alquila a un inmigrante ilegal la casa?⁷⁴ ¿Quién le asesora jurídicamente?⁷⁵

El Alto Tribunal lo esclarece del siguiente modo: «el objetivo de prestar ayuda humanitaria puede amparar algunos de los comportamientos realizados por la recurrente, como el alojar a los inmigrantes o facilitarles los trámites de obtención de los permisos de trabajo y residencia. Pero es incompatible con la exigencia de fuertes cantidades de dinero a los inmigrantes que deseaban trasladarse a España (4.000 dólares, según uno de los testigos) o con establecer una red de colaboradores para confeccionar contratos de trabajo simulados con los que engañar a la Administración, cobrando cantidades relevantes a los inmigrantes por estos servicios»⁷⁶. En otro caso que podemos traer como ejemplo los Tribunales han reconocido como ayuda humanitaria y no como un delito la consumación de un matrimonio de conveniencia para regularizar la situación de los familiares de uno de los acusados. Además entiende que, como no existe ánimo de lucro en la permanencia, situación que analizaremos posteriormente, no se puede apreciar la conducta delictiva del artículo 318 bis.2⁷⁷.

Se desconoce si la intención del legislador era ésta o no cuando redactó el artículo 318 bis. 1, pero resulta llamativo y a la vez confuso que el verbo empleado para describir la conducta constitutiva de delito, ayudar, sea el mismo que el utilizado para aplicar la eximente (prestar ayuda humanitaria). No podemos olvidar como señalábamos al inicio de la investigación, que España es uno de los países donde se recibe un mayor flujo migratorio por vía marítima y que son precisamente este tipo de traslados, los más necesitados de ayuda humanitaria⁷⁸. En la práctica lo difícil es dibujar los márgenes de las conductas de ayuda humanitaria y distinguirlas de aquellas que constituyen una actividad delictiva. Además se añade el adverbio de modo «únicamente», por lo que si esta ayuda humanitaria conllevara cualquier tipo de lucro a quien lo concede

⁷⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *opus cit.* p. 883.

⁷⁵ SÁNCHEZ RIVAS, J.: «El nuevo artículo 318 bis del Código Penal», *Aranzadi digital*, núm. 1, 2015, (parte Estudios y comentarios), p. 2.

⁷⁶ Se trata de un supuesto en el que Tribunal Supremo (España), Sala de lo Penal (Sección 1.ª)

(Rc. 1101/2015) colaboraron con aquellos, prestándose a figurar como empleadores de los inmigrantes en ofertas y contratos de trabajo mendaces, si bien los extranjeros en su mayoría no llegaban a desempeñar tareas laborales directamente para ellos.

⁷⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 261/2017, de 6 abril. RJ 2017/2248 4. En todo caso, dada la relación familiar directa, con finalidad exclusiva de reagrupación familiar, la hija de muy corta edad y el padre del coacusado, concurre de modo inequívoco la excusa absoluta de ayuda humanitaria, que excluye la punibilidad.

⁷⁸ GEMMA PINYOL-JIMÉNEZ y MARTA PÉREZ RAMÍREZ: «La inmigración en España hoy: reflexiones más allá de la pandemia», *Documento de trabajo* 213, 2022, Fundación Alternativas, pp. 1-69, p. 31.

podría ser constitutivo de delito. Consideramos que deben ser los Tribunales quiénes ante la falta de descripción otorgada por el legislador al concepto de ayuda humanitaria valoren la apreciación de tales circunstancias a la luz de las pruebas presentadas por el acusado⁷⁹.

Recuperamos la interpretación, previa a la reforma de 2015, realizada por la Fiscalía General del Estado sobre este extremo en su informe: «cualquier ayuda a la inmigración clandestina realizada por razones altruistas, humanitarias, familiares o similares podría constituir una infracción administrativa, pero –para el derecho de Naciones Unidas– sería penalmente atípica. Pensamos que esta amplia visión de qué constituye ayuda humanitaria a la inmigración irregular es la que debe de aplicarse en la actualidad⁸⁰.

B. APARTADO SEGUNDO: AYUDAR A PERMANECER CON ÁNIMO DE LUCRO ¿SIEMPRE? EN ESPAÑA A UN NO NACIONAL⁸¹

En el apartado segundo del artículo 318 bis el legislador de manera aislada e independiente del apartado primero ha incluido otro tipo básico (alternativo) cuya conducta típica consiste en colaborar para que el inmigrante permanezca ilegalmente en España. La diferencia principal con el apartado inmediatamente anterior es que este tipo de conducta debe de realizarse con ánimo de lucro. Llama la atención que en el apartado primero no se incluyera dicha finalidad, cuando además las penas en ambos casos son más o menos coincidentes⁸². Vamos a analizar desde la visión aportada por la doctrina y la jurisprudencia el contenido de este segundo apartado. Los elementos de la conducta típica son claros, el inmigrante consigue quedarse en nuestro país a cambio de algún rédito para su facilitador.

A efectos de nuestro estudio nos parece importante contemplar las consecuencias jurídicas que tendría la ayuda para permanecer en España sin que

⁷⁹ PARDO MIRANDA, M: «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*, núm. 139, mayo, 2023, p. 54.

⁸⁰ Doctrina de la Fiscalía General del Estado Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración. Referencia: FIS-C-2011-00005

⁸¹ Artículo 318 bis. Apartado dos «El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año».

⁸² POMARES CINTAS, E.: «Reforma del Código Penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea», *opus cit.* p. 14.

mediase ánimo de lucro alguno. En estos casos, la actividad realizada, ayudar a permanecer sin ánimo de lucro, no coincidiría ni con la conducta descrita en este segundo apartado, que exige el beneficio económico para el autor, ni tampoco con las conductas de ayuda a la entrada o tránsito que requiere el apartado primero. Pues no es lo mismo ayudar a entrar o transitar que ayudar a permanecer, son finalidades diversas aunque puedan estar conectadas. Es más, si fueran conductas iguales no se hubieran incardinado en preceptos distintos. Queda claro que la finalidad del legislador es separar las diversas conductas y exigir sanción penal a la ayuda a la permanencia sólo cuando existe ánimo de lucro.

Por lo tanto, lo lógico sería que aquellos que ayudan a la permanencia de un inmigrante de forma irregular en España sin mediar ánimo de lucro queden subsumidas o bien en la conducta típica del primer apartado o bien se considere una sanción administrativa. Sin embargo, la norma administrativa que sanciona estas conductas, en lo que se refiere a la permanencia aunque también en el tránsito o entrada requiere que para que exista una sanción grave haya ánimo de lucro⁸³. Por lo tanto, en puridad y tratándose de una conducta que escapa según creemos de una antijuridicidad material, no se deberían castigar esas conductas. Se trata de un supuesto similar al de la ayuda humanitaria pero que el legislador no ha contemplado en el caso de la ayuda a la permanencia de inmigrantes irregulares.

Así se contempla en el caso de unos ciudadanos que vivían en España que acogen en su casa a dos familiares que habían entrado irregularmente en España a través de un tercero y que los alojaban en su domicilio. En este caso, el Tribunal no aprecia que exista un ánimo de lucro a pesar de que le cobraran un subarriendo por la habitación. Considera que a pesar de que los acusados conocían la situación de irregularidad solo se limitaron a posibilitar la permanencia y ello constituye «un comportamiento es atípico tanto en la antigua regulación como en la actual que solo considera punible tal conducta si media ánimo de lucro en el número 2 del artículo 318 bis del CP⁸⁴.

⁸³ Artículo 54.1.b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito Ley de Extranjería.

⁸⁴ Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2.ª) Sentencia núm. 47/2017 de 14 febrero. ARP 2017\363. En el mismo sentido, el auto del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2.020 (JUR 2021, 2317) aprecia el subtipo agravado de riesgo para la vida en una embarcación, de madera y tamaño reducido, ocupada por diecisiete personas (entre los que había menores), careciendo dicha embarcación de cualquier sistema de seguridad, así como de chalecos salvavidas para los ocupantes, que no tenía elementos de seguridad ni comunicación, ni balsa de salvamento, ni balizas de socorro, ni luces de navegación, ni bengalas, ni motores de repuesto.

Aunque ya lo hemos abordado en el apartado anterior, tampoco hay que perder de vista la confusión que se ha derivado de algunas sentencias que aplican la agravante de ánimo de lucro en relación con el apartado uno del artículo 318 bis, aunque ese precio también incluya la permanencia en el país. Afirman por ejemplo, que los ingresos (precio pagado) obtenidos por los acusados, que justifican la aplicación de la agravante del apartado primero son el único objetivo que pretende el autor y que «no suele mantenerse ninguna relación persistente entre el delincuente y el inmigrante una vez que éste ha llegado a su destino». Sin embargo, muchas veces ese precio lleva asociada no solo la entrada sino también la permanencia del inmigrante en España. En estos casos se puede producir el supuesto de que una persona pague un precio tanto por la entrada como por la permanencia y surgen dudas sobre qué tipo punitivo aplicamos entonces. Especialmente cuando hemos señalado que la entrada o tránsito son conductas distintas a la permanencia. Es cierto que también puede producirse que el pago sea realizado para entrar o transitar, pero luego permanezca en España sin mediar intercambio de dinero. En estos casos está claro que aplicaríamos la conducta agravada del primer apartado del artículo 318 bis.

Ejemplo de este caso es la reciente sentencia de un matrimonio que había alojado en su domicilio a tres ciudadanos ucranianos que habían pagado a una organización criminal un precio por entrar en diversos países de la Unión Europea. Los acusados serían el último eslabón de la cadena y a pesar de que los afectados pagaron un precio para entrar en España, el Tribunal considera que dicho pago no cubre la permanencia en el domicilio de los acusados que las alojaron por razones humanitarias⁸⁵.

C) AGRAVANTE: CUANDO LA AYUDA A ENTRAR O TRANSITAR IMPLICA EL PELIGRO PARA LA VIDA DE LOS INMIGRANTES O PELIGRO DE CAUSARLES LESIONES GRAVES⁸⁶

La primera de las agravantes que contempla el artículo 318 bis, apartado 3, ya ha sido analizada cuando hemos estudiado los sujetos activos del deli-

⁸⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 253/2023, de 12 abril. RJ 2023/2420.

⁸⁶ Artículo 318 bis apartado 3. Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves.

to (delitos cometidos en el seno de una organización). Nos vamos a detener por tanto en la segunda de las agravantes recogida en la letra b que eleva las penas de cuatro a ocho años si se arriesga la vida de los migrantes o si éstos sufren lesiones cuando entran o transitan por España. A estos efectos resulta también reseñable que las agravantes recogidas en el apartado tercero solo se aplican en relación con el supuesto del apartado uno (ayudar a entrar o transitar)⁸⁷. Nos preguntamos entonces si no existe agravante en el caso de que una persona ayude a permanecer en España a inmigrantes ilegales generándole esa permanencia riesgos para la vida o lesiones por encontrarse en sitios insalubres o provocándole lesiones, que sin identificarse con las finalidades exigidas para la trata, pueden dejar desprotegidos a los inmigrantes en los supuestos más graves.

Los comportamientos que favorecen la inmigración ilegal y su concurrencia con otras conductas relacionadas con los derechos de los ciudadanos extranjeros se producen normalmente cuando la conducta del 318 bis se produce con la agravante de riesgo para la vida o peligro de lesiones graves para los inmigrantes. Concretamente, la dificultad estriba en separar esta segunda agravante («puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción o lesiones graves a la misma») de las conductas reguladas en el artículo 177 trata de personas. Normalmente se trata de situaciones en las que se crea un daño al inmigrante ilegal durante la entrada o tránsito pero el inmigrante da su consentimiento y además las finalidades del autor del delito no son las recogidas en el artículo 177 bis⁸⁸.

A pesar de que ahondaremos en el deslinde entre ambos delitos en el siguiente apartado, adelantamos como punto de partida, en qué situaciones los Tribunales han aplicado esta agravante. Los Tribunales han dejado claro que se aprecia riesgo para la vida en la ayuda a la entrada o tránsito por mar, entre otras situaciones, cuando ésta se realiza con embarcaciones que carecían de medidas de seguridad tales como chalecos salvavidas, los viajes se desarrollaron total o parcialmente en

⁸⁷ PÉREZ ARIAS, J.: «Delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social y delitos contra los derechos de los trabajadores y de ciudadanos extranjeros» en AA. VV. MORILLAS CUEVA, L. (Dir.): *Estudios penales sobre el código penal reformado* (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), Dykinson, Madrid, 2015, p. 716.

⁸⁸ Recordemos que el 177 bis que regula la trata de personas exige que empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiére, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad, b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía, c) La explotación para realizar actividades delictivas, d) La extracción de sus órganos corporales, e) La celebración de matrimonios forzados.

horas nocturnas, el número de personas que viajaban en las embarcaciones, excesivo para el tamaño de éstas y que algunos fueran menores de edad⁸⁹. En el caso del transporte terrestre se ha valorado la agravante de riesgo para la vida principalmente cuando se realiza mediante habitáculos creados «ad hoc» en el vehículo, que por sus dimensiones, ubicación y duración del trayecto ponía en peligro su integridad física⁹⁰. Es bastante prolija la jurisprudencia y no ha sufrido muchas variaciones en cuanto a su interpretación a pesar de los cambios normativos sufridos por el precepto. Por último, también habría que barajar la posibilidad de que se dieran las dos agravantes (agravante por existencia de organización criminal y por riesgos para la vida) al mismo tiempo. Entendemos que en estos casos, se aplicará la pena en la mitad superior que esté fijada en la ley para ese delito⁹¹.

D) REDUCCIÓN DE LA PENA: VALORACIÓN EN SALA

El artículo 318 bis, apartado 6, recoge una variada colección de sanciones que incluyen desde multas hasta penas privativas de libertad que hemos ido desglosando en cada apartado. Por último, regula una reducción de éstas, la pena inferior en grado. La doctrina judicial deja fuera del margen de esas contemplaciones cuando la entrada se produce a través de embarcaciones por ejemplo⁹². Para que pueda darse esta reducción de la pena deben valorarse según los Tribunales tres elementos: a) la gravedad del hecho y sus circunstancias; b) las condiciones del culpable; y c) la finalidad perseguida por éste⁹³.

⁸⁹ Auto del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2017 (JUR 2017, 197923). También se aprecia esta agravante en un reciente caso en el que el acusado junto con un menor de edad concertó de común acuerdo con otros sujetos no identificados el transporte clandestino de 15 personas a cambio de una contraprestación dineraria (entre 6.000€ y 7.000 € por ocupante), con el objeto de entrar en territorio español. Todo ello a sabiendas de que lo harían de forma clandestina y por un puesto fronterizo no habilitado, eludiendo el control de acceso por las autoridades españolas y por ende vulnerando los procedimientos habituales y la legislación española en materia de inmigración. Los transporta desde la costa argelina en una embarcación de fibra que no contaba con chalecos salvavidas, ni otros medios de protección ATS 16 de mayo de 2024, núm. de Recurso: 10178/2023. En el mismo sentido, el auto del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2.020 (JUR 2021, 2317) aprecia el subtipo agravado de riesgo para la vida en una embarcación, de madera y tamaño reducido, ocupada por diecisiete personas (entre los que había menores), careciendo dicha embarcación de cualquier sistema de seguridad, así como de chalecos salvavidas para los ocupantes, que no tenía elementos de seguridad ni comunicación, ni balsa de salvamento, ni balizas de socorro, ni luces de navegación, ni bengalas, ni motores de repuesto.

⁹⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Auto núm. 762/2016 de 28 abril, (RJ 2016\6359).

⁹¹ En el artículo 66 del Código Penal se especifican cuáles son las reglas que rigen la imposición de las agravantes en los hechos delictivos.

⁹² Audiencia Provincial de Almería (Sección 3.ª) Sentencia núm. 465/2022 de 23 diciembre. JUR 2023\167492.

⁹³ En STS 503/2014, de 18 de junio, Doctrina aludida en reciente sentencia Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 12/01/2024 REC:11256/2023.

III. CONCURRENCIA CON OTROS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Al inicio de este capítulo explicábamos la relación existente entre la inmigración clandestina y los delitos contra los derechos de los trabajadores. Vamos a profundizar a continuación sobre esta realidad. Como indica Terradillos Basoco, el problema con la regulación de los derechos de los trabajadores es que se trata «de una yuxtaposición amalgamada de delitos y penas de difícil manejo por los operadores jurídicos»⁹⁴. Realidad ésta que como vamos a comprobar se manifiesta de forma notable en la interpretación aplicativa del delito contra la inmigración ilegal y los límites que existen con el contenido de otros delitos laborales. No podemos olvidar que en su redacción primigenia el artículo 318 bis contenía entre las conductas delictivas descritas, algunas de índole laboral, concretamente, relativas al favorecimiento de la inmigración laboral irregular. En la actualidad el legislador ha separado las conductas de favorecimiento ilegal de trabajadores y extranjeros en dos artículos distintos 313 y 318 bis aunque como veremos su deslinde en la práctica no es tan sencillo. Solo hay que comprobar como los jueces califican en el 318 bis conductas que implican traer a inmigrantes a España con promesas falsas de trabajo.

Una vez definido el delito de favorecimiento de la inmigración irregular podemos decir, en aras a distinguirlo de otras normas colindantes, que el 318 bis regula el delito de inmigración clandestina o tráfico ilegal de personas; A modo de recapitulación recordamos que para que las causas de este delito concurren siempre debe producirse en un ámbito transnacional es decir, de otros países a España y que los bienes jurídicos que pretende proteger son en primer lugar el control de los flujos migratorios y en segundo lugar, los derechos de los ciudadanos extranjeros envueltos en la inmigración ilegal⁹⁵. En este capítulo, por una cuestión de espacio, sólo vamos a analizar la concurrencia con los delitos que en la práctica han provocado una mayor confusión como son el 313 y el 177 del Código Penal, así como su coincidencia de contenido con otras normas fuera del ámbito penal. El Tribunal Supremo realiza una gran labor intentando diferenciar los bienes jurídicos protegidos en estos tres delitos aunque no deja de reconocer su dificultad. Porque como venimos diciendo

⁹⁴ TERRADILLOS BASOCO, J. M.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 41, 2021, pp. 1-57, p. 30.

⁹⁵ RUBIO LARA, A.; y PÉREZ ALBALADEJO, M: «El delito de trata de seres humanos en el derecho penal español: problemas e intentos de solución», *opus cit.*

se trata de supuestos interconectados⁹⁶. Ello no quiere decir que desconozcamos que el delito recogido en el artículo 318 bis también tiene puntos de conexión con otros delitos como el 311.

1. Concurrencia con otros delitos: artículo 313 y 177 del Código Penal

El primero de los casos de concurrencia que vamos a analizar es el de los artículos 313 y 318 bis. Lo distinguimos a su vez de otros delitos sobre contratación ilegal como el recogido el 311.2 y 311 bis cuyo bien jurídico protegido no sería tanto el control de los flujos migratorios sino la competencia desleal entre empresas que a través de la imposición de condiciones inferiores de trabajo a trabajadores irregulares consigue ganancias mayores⁹⁷. El artículo 313 busca «castigar a quien, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determina o favorece la emigración de alguna persona a otro país» Como se puede observar de la simple lectura de ambos preceptos, el punto de conexión es la existencia de un mismo sujeto pasivo, un no nacional de un tercer país, que emigra a España, la finalidad también es coincidente, que venga y permanezca en España. Es cierto que el 318 bis ni exige que sea un trabajador, ni que se recluta por medio de un contrato u oferta (colocación) o un engaño similar para que emigre. Es decir que aunque en ambas conductas se esté ayudando a entrar o transitar a un extranjero la motivación que lo trae en el caso del 313 es un trabajo. Por el contrario, el delito del artículo 318 bis 1 no exige la condición de trabajador del sujeto que emigra.

El problema como señala la Doctrina especializada y también la doctrina judicial es la dificultad para saber cuál de los dos preceptos se debe aplicar pues son muy similares⁹⁸. Entienden que cuando exista «engaño» y «laboralidad», el artículo 313 desplazaría la aplicación del 318 bis⁹⁹. En este sentido, Gutierrez

⁹⁶ CEINOS SUÁREZ, A.: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *opus cit.*, pp. 26.

⁹⁷ TERRADILLOS BASOCO, J. M.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *opus cit.*, p. 3. En el mismo sentido se manifiesta LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «Delitos laborales lo que sobra y lo que falta», *Consell obert: Recull informatiu del Consell General de Col·legis de Graduats Socials de Catalunya*, núm. 359, 2021, p. 22, que considera que se trata de artículos desubicados pues no protegen derechos de los trabajadores sino del mercado.

⁹⁸ CEINOS SUÁREZ, A.: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *opus cit.*, pp. 22. En esta línea se pronuncia, la SAP de Gran Canaria 1959/2021, de 18 de octubre, que dispone lo siguiente: «la justificación de ambos preceptos debe hallarse en la protección penal de los derechos de unas personas que, por sus características, pueden verse vulnerados».

⁹⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores» en DE LA MATA BARRANCO, N. J.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., NIETO MARTÍN, A.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 618.

Romero apunta que «para permitir la consideración de trabajador a efectos de aplicación del artículo 313.1 es suficiente con que se trate de personas que pretendan el acceso a territorio español con la finalidad de buscar trabajo»¹⁰⁰. A pesar de que este problema ha traído consecuencias jurídicas importantes desde la aparición del 318 en el Código Penal, nos vamos a centrar únicamente en las resoluciones a partir de la entrada en vigor de la reforma de 2015. Con anterioridad, los Tribunales para distinguir las conductas encuadrables en los artículos 313 o 318 se centraban en si las acciones violaban derechos laborales de los ciudadanos extranjeros en cuyo caso aplicaban el 313, o si por el contrario afectaban a los derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros que aplicaban el 318 BIS¹⁰¹. Y así lo justificaba el Tribunal Supremo:

«Por lo tanto, el artículo 313 solamente será aplicable cuando la inmigración clandestina suponga la existencia de riesgo para los derechos del individuo como trabajador, es decir, sus derechos en relación con las posibilidades de optar a un trabajo legal, a un salario digno y al conjunto de prestaciones y garantías que corresponden al trabajador legalmente situado en el país. Pero sin afectar a otros derechos que le corresponden como persona. La inmigración clandestina o el tráfico ilegal de personas en condiciones tales que resulten privados de las posibilidades de ejercitar de forma razonable sus derechos fundamentales, o seriamente dificultados para ello, tanto durante el traslado como en el lugar de destino, será siempre castigada con arreglo al artículo 318 bis.1»¹⁰².

Pensamos que a pesar de haberse modificado el contenido del artículo 318 bis eliminando la referencia a los trabajadores, este criterio debería mantenerse. De manera que, aunque el inmigrante venga con una oferta de trabajo simulada o mediando engaño, si lo que se pone en riesgo son bienes jurídicos no relacionados con el trabajo (su seguridad, su integridad física y moral etc.) entonces debería mantenerse la aplicación del 318 bis 1 que en la mayoría de las veces se dará en su vertiente agravada (que además tiene una pena superior al 313). De no ser así, es cierto que, como señalaba la misma sentencia «se quedarían, a tenor de lo argumentado, algunos bienes jurídicos sin tutelar por

¹⁰⁰ GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: «Cuestiones que suscita la aplicación práctica del artículo 318 Bis CP (tráfico ilegal de personas): examen jurisprudencial», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 735, 2007. (BIB 2007\1303).

¹⁰¹ CEINOS SUÁREZ, A.: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *opus cit.*, pp. 24.

¹⁰² Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) en este caso a pesar de ser anterior a la reforma. La Sala confirma la condena a un empresario por inmigración ilegal pues da traslado a España a trabajadores marroquíes engañados por la apariencia de contratos laborales que no obedecían a una situación laboral real. Sentencia núm. 385/2012 de 10 mayo. RJ 2012/6183.

la norma penal, y, además, el hecho de ser las víctimas trabajadores se convertiría en un privilegio y no en un motivo de agravación»¹⁰³.

La doctrina critica en este sentido que, ni el 313 ni el 318 resuelven realmente el problema de la inmigración laboral. Esto se debe a que el legislador derogó la referencia a la inmigración clandestina de trabajadores a España, haciendo referencia únicamente a la simulación o el engaño mediando contrato para atraer emigrantes. Y a su vez el 318 bis tampoco se refiere en ningún momento al concepto trabajadores como sujetos pasivos del delito que regula¹⁰⁴. Sin embargo, curiosamente también sigue aplicando el 318 en situaciones donde ha mediado un contrato de trabajo para el inmigrante que entra irregularmente en el país. Tal es el caso de alguna sentencia donde se dispone claramente:

«Para adquirir relevancia penal la infracción normativa tiene que ser determinante del modo en que se burlan los controles legales para posibilitar la entrada, tránsito o permanencia ilegal de los ciudadanos extracomunitarios en la Unión Europea. La simulación de contratos de trabajo con el propósito de obtener indebidamente la entrada y el derecho de residencia en España constituye una vulneración manifiesta de la legislación sobre entrada y permanencia de extranjeros, por lo que puede concluirse que la recurrente realizó la conducta sancionada en la redacción anterior del artículo 318 bis (favorecimiento del tráfico ilegal), y también en la actual redacción (ayuda no humanitaria a la entrada ilegal), debiendo confirmarse la condena, si bien con la penalidad más benévola establecida en la nueva regulación»¹⁰⁵.

Esta sentencia explica la diferencia entre ambos preceptos tras la reforma operada en 2015, que disminuía la pena aplicable a los delitos del 318 bis. En este caso el Tribunal Supremo finalmente absuelve a los acusados de favorecer la inmigración ilegal de ciudadanos chinos para trabajar en España por haberse solicitado la imputación del 318 y no la del 313. En apelación se reclama que

¹⁰³ Sentencia núm. 385/2012 de 10 mayo. RJ 2012\6183.

¹⁰⁴ TERRADILLOS BASOCO, J. M.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *opus cit.*, p. 38. Recordemos que el antiguo artículo 313. 1 sí condenaba al «que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, o a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior».

¹⁰⁵ Se trata de un supuesto en el que los acusados colaboraron con aquellos, prestándose a figurar como empleadores de los inmigrantes en ofertas y contratos de trabajo que posteriormente no se materializaban Tribunal Supremo Sentencia 536/2016, de 17 de junio de 2016 (España), Sala de lo Penal (Sección 1.ª) (Rc. 1101/ 2015) y en el mismo sentido la sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 512/2016 de 10 junio, (RJ 2016\2783).

la conducta que recogen ambos artículos es idéntica a pesar de la reforma de 2015 y sin embargo el Tribunal Supremo no le da la razón alegando que:

«Por lo que concierne a la modificación de 2015, el tipo penal sustituye el concepto inmigración clandestina por el de entrada o tránsito (además de la permanencia o estancia a que se refiere el nuevo 318 bis 2) en la que concurra contravención de las normas legales. Lo que, siendo concorde al nuevo bien jurídico considerado, –exclusivamente la legalidad administrativa de la entrada y presencia en territorio español de ciudadanos no europeos (si fuere ciudadano de un país de la Unión se exige ánimo de lucro)–, puede suponer una total asimilación de la respuesta penal con la administrativa»¹⁰⁶.

En la misma línea también en otro caso similar ha considerado que a pesar de la promesa de oferta de trabajo ilegal que les había realizado a las inmigrantes, la conducta se subsume en la conducta típica del artículo 318 bis. 1 agravado por existir ánimo de lucro. En este supuesto la acusada una vez que las inmigrantes habían entrado en España con visado de turista pero con el firme propósito de establecerse en Málaga, les facilitó alojamiento y el acceso a un empleo ilegal con propósito de enriquecimiento. No tiene en cuenta el aspecto laboral, es decir, la oferta de trabajo, y sólo tiene en cuenta la ayuda a la permanencia con ánimo de lucro¹⁰⁷.

Entiende Terradillos Basoco, que la solución pasa por «incluir entre las circunstancias agravantes del artículo 318 bis 4 la condición de inmigrantes por razón de trabajo (...) de las víctimas¹⁰⁸. Aunque puede ser una solución incluir esta agravante, también podría llevar a vaciar de contenido el artículo 313 salvo que a quien se engañe sea un nacional español que viene a España, supuesto éste que tampoco parece ser el que se contemple en la norma. A mi juicio la amplitud de la redacción dada al 318 bis va a permitir que queden bajo su regulación conductas que se ajustan en su contenido al 311 bis, 312 y 313, pero que al tener como sujeto a un no nacional de un tercer país, con independencia de su condición o no de trabajador, y si los hechos

¹⁰⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 646/2015 de 20 octubre. RJ 2015\5139 Fundamento de derecho primero y en la misma línea Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª).

¹⁰⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 482/2016 de 3 junio. (RJ 2016\2748). Entiende el Tribunal Supremo que «aunque no participara en la recluta de las mujeres, favoreció y facilitó su inmigración clandestina al aportar los elementos necesarios para hacer posible su estancia y permanencia en condiciones de ilegalidad, por lo que su comportamiento integra todos los presupuestos del tipo penal aplicado».

¹⁰⁸ TERRADILLOS BASOCO, J. M.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *opus cit.*, p. 38.

afectan a bienes jurídicos no laborales (o no sólo) se debería aplicar el artículo 318 bis. De todas formas, aún hoy resulta complicado diferenciar si se trata de un inmigrante que viene por razón de trabajo de otro que simplemente quiere entrar. Porque la finalidad de los movimientos migratorios es, como hemos dicho anteriormente, permanecer para buscar un futuro mejor en el país al que se llega.

Por otro lado, también debemos separar el delito recogido en el 318 bis del delito recogido en el artículo 177 bis. La trata de seres humanos se convirtió en un delito autónomo con la LO 5/2010¹⁰⁹. Esta tarea de diferenciación de ambas conductas no es sencilla tal y como manifiesta el Tribunal Supremo que: «Es cierto que el juicio de subsunción en hechos de esta naturaleza no es, desde luego, tarea fácil. El deseo de los poderes públicos de no dejar espacios de impunidad cuando lo que está en juego es la dignidad de las personas, su capacidad de determinar su ubicación espacial, sus derechos laborales y, en fin, su libertad sexual, ha llevado a una producción normativa, no siempre debidamente meditada, en la que se superponen porciones de injusto y en la que los problemas concursales adquieren una gran complejidad»¹¹⁰.

La divergencia entre ambos preceptos, aunque comparten aspectos comunes, es que la trata de personas implica: «la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad, la explotación sexual, incluyendo la pornografía, la explotación para realizar actividades delictivas, la extracción de sus órganos corporales o la celebración de matrimonios forzados»¹¹¹.

Sin embargo, la realidad es que estas conductas podrían coincidir con las conductas susceptibles de encajar en el marco del artículo 318 bis cuando la conducta del artículo 318 bis 1 se produce con la agravante de peligro para la vida o lesiones en el inmigrante. Compartimos la opinión de Lafont Nicuesa cuando afirma: «Entiendo que la mayor gravedad de la lesión parte no del contenido de la acción sino de la finalidad a la que va dirigida. Así, la violencia de la trata no es conceptualmente distinta de la de la modalidad agravada de la inmigración ilegal. La mayor gravedad parte de que en la trata el medio coac-

¹⁰⁹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Un estudio en profundidad sobre este delito en el capítulo 6 de esta monografía.

¹¹⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 298/2015 de 13 mayo (RJ 2015\1878), Fundamento de Derecho quinto.

¹¹¹ TERRADILLOS BASOCO, J. M.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *opus cit.*, p. 38.

tivo va dirigida a generar una situación de explotación de la persona, finalidad que no está presente en el delito de inmigración»¹¹².

Como ejemplo que puede ayudar a diferenciar ambos delitos traemos el supuesto de una mujer que es trasladada a España por un miembro de la embajada y que se ve luego controlada por la persona que la ha traído. Este sujeto además abusa sexualmente de ella en un hotel al que la lleva con la excusa de que iban a realizar una gestión realizada con el trabajo. Lo relevante del caso es que se condena al acusado por un delito del 318 bis y no de trata pues considera que el abuso sexual que sufre la víctima no se puede relacionar ni subsumir en las conductas constitutivas de la trata de personas dado su carácter puntual. Explica de manera muy ilustrativa el Tribunal Supremo en una relevante sentencia las principales diferencias que se dan entre ambos delitos:

«Se ha dicho, por ejemplo, que el tráfico de personas lleva implícita la entrada irregular de alguien en un país distinto al suyo y, en consecuencia, conlleva un cruce de fronteras que no siempre está presente en el delito de tráfico de personas. Ésta puede darse tanto dentro del país -trata interna- como fuera del mismo -trata transnacional-. Se ha puesto también el acento en la diferencia que existe entre el tráfico de personas, que generalmente cuenta con la voluntad del migrante y la trata de personas, que exige la utilización de medios instrumentales que anulan ese consentimiento, tales como la violencia, la intimidación, el engaño, el abuso de superioridad, la necesidad o la vulnerabilidad de la víctima. Suele ser frecuente en el tráfico de personas que el sujeto activo cuente con la resignada colaboración de la víctima, que presta su consentimiento como forma de facilitar la entrada ilegal en un determinado territorio. En la trata de personas, por el contrario, la persona cuya dignidad se pisotea no es parte en el negocio del tratante, éste se relaciona con terceros. Se ha subrayado, del mismo modo, que en el tráfico de personas el cruce de fronteras siempre va a ir acompañado de la nota de la ilegalidad. De hecho, lo que se protege en el artículo 318 bis del CP es el control por el Estado de sus propias fronteras, mientras que en la trata de personas esa ilegalidad no es una nota definitoria, puede darse o no. De ahí que se haya señalado que el bien jurídico tutelado en el artículo 177 bis del CP mira preferentemente a la dignidad de la persona»¹¹³.

¹¹² LAFONT NICUESA, L.: *Reglas concursales en el delito de trata de personas*, Coediciones-Aranzadi, Pamplona, 2013, (BIB 2013\140157).

¹¹³ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1.ª) Sentencia núm. 298/2015 de 13 mayo (RJ 2015\1878), Fundamento de Derecho quinto.

En cuanto a las penas aplicables a dichas conductas lo cierto es que tras la reforma del artículo 318 bis mediante la ley de 2015 existe una similitud entre la pena del tipo básico de la trata (5 a 8 años de prisión) y la del agravado de la inmigración clandestina (pena de prisión de cuatro a ocho años)¹¹⁴. Por este motivo Pomares Cintas entiende que la reforma de 2015 eliminó «todo elemento que implique forzar la voluntad, comprometer la libertad de decisión, o viciar el consentimiento del extranjero, en la medida en que son característicos del concepto de trata de seres humanos – «engaño, violencia, intimidación, abuso de situación de vulnerabilidad, necesidad o superioridad»¹¹⁵. Por su parte, De La Mata considera que el delito de favorecimiento de la inmigración ilegal es «un tipo residual o de recogida (con alguna posibilidad concursal) en relación con el delito de trata de seres humanos» y que la verdadera protección de los inmigrantes se produce a través del artículo 177 bis y considera que la diferencia del injusto en las conductas reguladas por ambos artículos es en la actualidad más clara que nunca¹¹⁶.

Mención concreta requiere la distinción de ambas conductas delictivas, la recogida en el artículo 177 bis y en el 318 bis, cuando la víctima es un menor de edad. Y ello porque cuando el sujeto es un menor de edad ambas conductas pueden ser concurrentes. El motivo de tal concurrencia se fundamenta en que si la trata es ejercida con menores de edad se eliminan los medios comisivos de la conducta delictiva (el engaño, la violencia, la intimidación, etc.) pues no son requeridos para que se valore la existencia de la conducta típica¹¹⁷. Por lo tanto, nos encontramos que en la trata a menores estaríamos ante una conducta que incluye las acciones de captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar, todas ellas coincidentes con las conductas recogidas en el artículo 318 bis. De manera que lo que distinguirá las conductas delictivas en cada caso será la existencia o no de los fines característicos de la trata (imposición de trabajos o servicios forzados, explotación sexual, realización de actividades delictivas, extracción órganos corporales y celebración de matrimonios forzados); si no se puede probar entonces ¿habría que aplicar el 318 bis?

¹¹⁴ DELGADO SANCHO, C. D.: «La trata de seres humanos y la inmigración clandestina tras la reforma de la Ley orgánica 1/2015», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2017 (BIB 2017\12743).

¹¹⁵ POMARES CINTAS, E.: «Reforma del Código Penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de...*opus cit.*, p. 13.

¹¹⁶ DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal, dos conductas de muy distinto desvalor», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 23, 2021, p. 22 y 24.

¹¹⁷ El artículo 177 bis, apartado segundo, dispone que «2. aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevara a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación»

Otra cuestión en la que encontramos sentencias que no son coincidentes es en el tratamiento de aquellas situaciones en las que se produce el favorecimiento de la inmigración clandestina y el de prostitución una vez que las víctimas llegan a España. De este modo podemos comprobar cómo en ocasiones se considera que se debe aplicar el delito recogido en el 318 en concurso real con el de prostitución y en otros se reconoce que esa misma entrada que tiene como finalidad la prostitución es constitutivo de trata en concurso medial con el de prostitución¹¹⁸. Por ejemplo, los Tribunales aprecian que no existe un delito de trata aunque una de las acusadas reciba dinero de una de las inmigrantes ilegales que ejercía la prostitución pues no se prueba que lo hiciera de forma coactiva¹¹⁹. También hay sentencias donde se reconoce la existencia de los tres delitos a la vez¹²⁰.

2. Concurrencia con el régimen sancionador administrativo

Los delitos que protegen los derechos de los trabajadores extranjeros y los flujos migratorios coinciden en su contenido con los supuestos recogidos en la Ley Orgánica 4/ 2000. Esto genera dos problemas: el primer problema que se da en el delito contra el derecho de los extranjeros pero también en muchas de las figuras de los derechos de los trabajadores es que se duplican las sanciones recogidas en la normativa laboral y administrativa. Entiende buena parte de la doctrina que se han recogido como delitos prácticas que según la doctrina deberían haber quedado en el ámbito administrativo¹²¹. El segundo de los problemas que se aprecia y que ya apuntaban en un primer momento los tribunales, es que el delito de favorecimiento de la inmigración irregular es «una norma penal en blanco». De manera que debemos acudir a las leyes san-

¹¹⁸ En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo 77/2019 de 12 de febrero reconoce el delito de trata con el de prostitución.

¹¹⁹ Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1.ª) Sentencia núm. 54/2019, de 12 septiembre (ARP 2019\1568)

¹²⁰ Un ejemplo reciente de ello es la Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1.ª), Auto de 21 septiembre 2023, (JUR 2023\380297) o la STS 466/2022, de 12 de mayo (RJ 2022, 2651), donde se reconoce la posibilidad de concurso medial de prostitución con el delito del artículo 177 bis, explícitamente en el apartado 9 del artículo 177 bis, sin perjuicio de las que correspondan en su caso por el delito del artículo 318 bis de este Código.

¹²¹ Así lo señalan entre otros LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «Delitos laborales lo que sobra y lo que falta», *opus cit.*, pp. 19, DAUNIS RODRIGUEZ, A.: «Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010, p. 14 y GARCÍA AMEZ, J.: «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», *Revista penal*, núm. 51, 2023, p. 141.

cionadoras administrativas en materia de extranjería para poder completar su contenido ¹²².

Concretamente, el artículo 54.1.b) de la Ley de Extranjería considera sanción muy grave:

«b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.»

De este modo, el artículo 318 bis está directamente vinculado con las sanciones que recoge la Ley Orgánica 4/ 2000 de extranjería sobre la entrada, tránsito o permanencia de ciudadanos extranjeros en nuestro país. Por lo tanto nos encontramos con una duplicidad de poderes sancionadores, administrativo y penal que regulan conductas iguales. En un primer acercamiento a este problema podríamos señalar que el ámbito penal aparece cuando el incumplimiento de condiciones de trabajo o de las normas migratorias afecten al buen funcionamiento del mercado ¹²³.

Señala la doctrina que «Los comportamientos prohibidos por la Ley de Extranjería en esta materia, inspirados en el propósito de ajustarse a las directrices comunitarias, de mayor calado, se han ido extendiendo a las conductas individuales, de tal modo que hoy se castiga administrativamente todo comportamiento colaborador de terceros en la operación migratoria ilegal, incluida la ayuda a la permanencia: con o sin ánimo de lucro, con intermediación o no de red organizada dedicada a ello, individual y esporádica» ¹²⁴. Y en el mismo sentido el Alto Tribunal manifiesta esta confusión «de todas formas, la nueva restricción del bien jurídico que tutela el artículo 318 bis va a suscitar, tal como ha subrayado la doctrina, problemas de delimitación con la mera infracción administrativa contemplada en el artículo 54.1.b) de la LO 4/2000, de 11 de enero, al diluirse en gran medida los límites del campo de aplicación

¹²² Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 6.ª, Ceuta) Sentencia núm. 14/2008 de 27 enero, (ARP 2010) La sentencia dispone que el artículo 318 bis del Código Penal (que coincide con el actual en una redacción similar), «recoge un tipo abierto que sanciona todas las conductas que impliquen una actividad tendente al tráfico ilegal o inmigración clandestina de ciudadanos extranjeros desde, en tránsito o con destino a España o a la Unión Europea». Y reconoce que «Para determinar cuándo concurre una de esas acciones tenemos que remitirnos a la normativa administrativa sobre entrada de extranjeros en territorio nacional, ajena al código penal, al encontramos con una norma penal en blanco». Por lo tanto, se debe incumplir esa normativa para que se pueda reconocer la conducta típica.

¹²³ CORCOY BIDASOLO, M.: «Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores», *opus cit.*, p. 92.

¹²⁴ POMARES CINTAS, E.: «Reforma del Código Penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea», *opus cit.* p. 11.

de ambas normas, teniendo que acudir a conceptos y criterios nada precisos a la hora de deslindar el ilícito penal y el administrativo con arreglo a la gravedad de la afectación de bienes jurídicos en principio sustancialmente asimilables». Es lo que los Tribunales han denominado como una «heterointegración administrativa»¹²⁵.

La consecuencia inmediata de esta concurrencia es que «el derecho penal pierde su autonomía» pues aquello que sí está permitido en el ámbito administrativo también debe estarlo en el ámbito penal¹²⁶. Debemos traer al escenario valorativo dos principios fundamentales del derecho penal que ayudan a limitar el alcance de este problema. El primero y más importante de estos principios es el de intervención mínima del derecho penal, pero también debemos señalar el principio *non bis in ídem*¹²⁷. En relación con este último lo relevante será analizar si estamos «ante un concurso aparente de normas o un concurso ideal de delitos e infracciones»¹²⁸. Ocurre además, que en muchas ocasiones las sanciones administrativas resultan más severas en su consecuencia para el comitente que la pena asociada al delito¹²⁹. Es por ello que el Tribunal Supremo ha insistido en que «Tras la reforma de 2015 la acusación que impute el delito del artículo 318 bis.1 del Código Penal habrá de identificar, no solamente la conducta probada, sino la concreta infracción administrativa y la razón por la que ésta adquiere relevancia penal más allá de una antijuridicidad meramente administrativa. Solamente ante tal completa identificación del título de condena cabrá ejercitar una adecuada defensa»¹³⁰.

Como señala el Tribunal Supremo «en consecuencia, la conducta típica del artículo 318 bis no se corresponde mecánicamente con el mero incumplimiento de la normativa administrativa en materia de extranjería. El referido precepto exige una afectación negativa relevante, actual o seriamente probable, de los derechos del ciudadano extranjero»¹³¹. En la misma línea insiste en

¹²⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1.ª) Sentencia núm. 214/2017 de 29 marzo. RJ 2017/1936

¹²⁶ 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*, núm. 36, 2016, pp. 555 y 556.

¹²⁷ GARCÍA AMEZ, J.: «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», *opus cit.*, p. 132.

¹²⁸ SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L.: «Problemas que plantea la incidencia del ámbito sociolaboral en la delimitación y enjuiciamiento de los delitos contra los derechos de los trabajadores», *opus cit.*, p. 7.

¹²⁹ TERRADILLOS BASOCO, J. M.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *opus cit.*, p. 31.

¹³⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1.ª) Sentencia núm. 646/2015 de 20 octubre. RJ 2015/5139 Fundamento de derecho primero.

¹³¹ STS 646/2015, de 20 de octubre,

que: «el nuevo supuesto de hecho del tipo penal, que en su modalidad básica no exige engaño ni forzamiento de la voluntad del inmigrante, pero que castiga comportamientos no siempre ocultos ni clandestinos, también conlleva el riesgo de desbordar la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal, obviando la necesaria diferenciación entre las respuestas penales y no penales. Lo que exige de la Jurisdicción una necesaria corrección del exceso verbal del tipo que deje fuera del ámbito penal conductas que, pese a contravenir la letra de la ley, no puede, por coherencia del sistema y exigencia de los principios penales legalizados, ser consideradas delictivas»¹³².

Ante esto, ¿Qué aspectos deben concurrir para que las sanciones administrativas se conviertan en conductas delictivas? Se debería de encontrar en el artículo 318 bis un «desvalor de la acción o del resultado» superior a lo regulado en las normas administrativas, un elemento adicional que separe las conductas sancionables administrativa y penalmente¹³³. Como señala Sánchez Carrion lo determinante en las conductas delictivas parece ser la gravedad, la intencionalidad (dolo) y el ánimo fraudulento y su dificultad estriba en poder demostrar la existencia de tales elementos en juicio¹³⁴.

Aunque entendemos que el afán del legislador es intentar controlar todas las posibles conductas delictivas relacionadas con el tráfico de personas, desde las más laxas a las más graves, ello no puede llevar a una sobrerregulación penal de cualquier actividad relativa al fenómeno migratorio, toda vez que ya existen normas administrativas que tutelan estos mismos intereses. Insistimos en que deberán valorarse, además de la protección de los flujos migratorios, los bienes jurídicos del inmigrante tales como su libertad, su dignidad o seguridad pues sólo en esos casos tendría sentido la aplicación del tipo básico del artículo 318 bis. El problema es cómo diferenciar dentro de los ilícitos administrativos aquellos que pueden ser castigados desde el ámbito penal, especialmente cuando no hay ningún criterio de distinción entre el tipo básico laboral y la sanción administrativa puesto que ese plus de desvalor solo se contempla en las agravantes: ánimo de lucro, lesiones, puesta en peligro de la víctima, etc.¹³⁵.

Pero insistimos como hace gran parte de la doctrina penalista, que esas circunstancias normalmente se dan en los casos donde se verifica la existencia

¹³² Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 646/2015 de 20 octubre, (RJ 2015/5139).

¹³³ FUENTES OSORIO, J. L.: «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral?: Superposición del ilícito penal y el administrativo-labora...», *opus cit.*; p. 559.

¹³⁴ SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L.: «Problemas que plantea la incidencia del ámbito sociolaboral en la delimitación y enjuiciamiento de los delitos contra los derechos de los trabajadores», *opus cit.*, p. 4 y 7.

¹³⁵ FUENTES OSORIO, J. L.: «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral?: Superposición del ilícito penal y el administrativo-labora...», *opus cit.*; p. 564 y 567.

de agravantes del artículo 318 bis. En este sentido, pensamos que quizá el tipo básico del artículo 318 debería incluir la condición de trabajador del sujeto. De este modo el simple favorecimiento de la inmigración clandestina se limita al ámbito administrativo, el favorecimiento de entrada de trabajadores inmigrantes ilegales (mediando engaño o no) quedarían como tipo básico y de forma separada la trata abordaría los casos más graves de explotación laboral.

IV. CONCLUSIONES

Del contenido del estudio queda claro que la inmigración irregular es una lacra social contra la que tenemos que luchar pues se trata de un fenómeno que no ha dejado de crecer durante las últimas décadas y que tiene previsión de seguir haciéndolo. Pero es necesario remarcar que esta catalogación como lacra social viene referida a los problemas que pueden surgir alrededor del fenómeno migratorio y cuyas principales víctimas, aunque alguna parte de la doctrina no lo considere así, son los inmigrantes irregulares. Trasluce de lo expuesto en este capítulo que este problema no ha contado ni cuenta con una respuesta jurídica adecuada para hacer frente al mismo. Sí existen, sin embargo, una abundancia de delitos relacionados con el fenómeno aunque no acaban de resolver los problemas de una manera efectiva. La resolución del problema necesita una respuesta a nivel internacional que aborde en primer lugar la mejora del nivel de vida de los países de donde proceden los migrantes; en segundo lugar, reforzar la cooperación internacional en materia judicial y policial para afrontar los retos de la inmigración clandestina de manera coordinada.

Ello es debido principalmente a que en la regulación administrativa y penal de la inmigración ilegal, las conductas perseguidas se solapan. Se tipifica así doblemente las conductas desde diversas ramas del derecho. Sucede además que en contra de la naturaleza del derecho penal, las sanciones que impone su código para el delito de inmigración irregular en ocasiones pueden resultar inferiores a las impuestas ante incumplimientos administrativos. Es por ello por lo que ante la amplitud de la conducta regulada en el apartado primero del artículo 318 bis y su duplicidad hay autores que defienden que esa conducta quede despenalizada. Desde nuestro punto de vista una despenalización de esta conducta pasaría por defender que la conducta recogida en el 318. Bis. 1 no añade ningún desvalor a las recogidas en la norma administrativa. Sin embargo, pensamos que sí existen casos, aunque sean difíciles de probar donde el meritado desvalor se produce y que por ello el delito que persigue la inmigración clandestina no debería desaparecer, sí reformularse. Una solución acerta-

da podría ser, como propone García Álvarez, incluir el ánimo de lucro como conducta típica en el apartado primero del artículo 318 pues añadiría ese plus de desvalor que necesita la conducta penal para diferenciarse de la conducta regulada en el ámbito administrativo. Sin embargo, insistimos que existen casos donde puede darse ese desvalor en la conducta de ayuda a la inmigración ilegal sin necesidad de incluir el ánimo de lucro por ejemplo, la entrada con simulación de contratos que el Tribunal Supremo ha incluido como conducta típica del 318 bis en algunos casos.

Lo que queda fuera de toda duda es que la labor de interpretación llevada a cabo por la Doctrina y la Jurisprudencia para explicar el alcance de la tutela penal ante la inmigración clandestina ha sido fundamental. No solo para conocer y concretar su contenido sino también en la labor de desgranar los límites de su ámbito de aplicación cuando concurre con otros delitos conexos. Sus pronunciamientos marcan una clara diferencia entre los bienes jurídicos que se protegen, poniendo el foco en el respeto a la libertad, la seguridad y la dignidad de los inmigrantes. Aunque los propios Tribunales también reconocen la conflictividad en torno a la interpretación de estos delitos sobre los movimientos de personas.

Una vez estudiado el contenido de los elementos principales del delito del artículo 318 bis compartimos la opinión doctrinal de que la protección de los trabajadores inmigrantes ilegales ha quedado desprotegida debido a la redacción otorgada al artículo 313 y 318 en la reforma del año 2015. Esto se debe a que ninguno de los artículos contempla en su contenido la protección de esta figura, es decir, la del inmigrante ilegal que entra en España con objetivos de trabajar en el país. Como ha indicado la doctrina la solución de incluir como agravante del delito la condición de trabajador del sujeto podría ser una respuesta al problema.

No podemos dejar de proponer la creación de un tipo penal que proteja de forma más férrea la inmigración clandestina de trabajadores y especialmente los posibles delitos que se pueden cometer contra éstos bajo el paraguas de un mismo precepto legal. Que se castigue la diferente penosidad de las conductas a las que puede quedar sometido un trabajador inmigrante ilegal bajo un mismo precepto, distinto de la trata de personas, delito en el que incluiríamos como ya se hace, la sanción de las conductas de explotación laboral más graves ¹³⁶.

¹³⁶ En este sentido parece que la nueva Ley de Empleo, ha hecho una labor muy importante reconociendo la especial vulnerabilidad de los trabajadores migrantes y los identifica como colectivos de atención prioritaria. Vid. RAMOS POLEY, L.: «El impacto de la nueva Ley de Empleo en las personas migrantes y refugiadas», *Trabajo y Derecho*, núm. 112, Sección Estudios, abril, 2024, pp. 1-18.

BIBLIOGRAFÍA

- ABOSO E. G.: *Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*, BdeF, Buenos Aires, 2018.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en AA. VV. (ROBLES PLANAS, R. y SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.): *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa: Parte general y especial*, Atelier, Madrid, pp. 389-418.
- BEDMAR CARRILLO, E.: *El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud*, dirigida por Esteban Juan Pérez Alonso (Dir. tes.), Universidad de Granada, Granada, 2022.
- BERASALUZE GERRIKAGOITIA, L.: «Delimitación conceptual del bien jurídico en el delito de trata de seres humanos en el tipo básico recogido en el artículo 177 bis CP contra mayores de edad: entre la dignidad, la integridad moral, la libertad o la pluriofensividad»,
— *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 24, 2022, pp. 1 a 28.
- CANO LINARES, M. A.: «El pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular. Luces y sombras», en AA. VV. (CANO LINARES, M. A y MURO CASTILLO, A. J.: *Algunas Reflexiones en Torno al Pacto Mundial por una Migración Regular, Segura y Ordenada*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 9-37.
- CEINOS SUÁREZ, A.: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 253, 2022, pp. 81-134.
- CORCOY BIDASOLO, M.: «Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores», *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 2, 2003 (Ejemplar dedicado a: Derecho penal económico / Cándido Conde-Pumpido Tourón (Dir.)), pp. 87 a 128.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: «Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010, pp. 1-44.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal, dos conductas de muy distinto desvalor», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 23, 2021, pp. 1-41.
— «La política criminal europea en materia de trata de personas e inmigración ilegal y su adaptación a la legislación española», en AAVV. (coord. por Alejandro de Pablo Serrano; Juana del Carpio Delgado (Dir.): *Criminalidad en un mundo global: criminalidad de empresa, transnacional, organizada y recuperación de activos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 63-91.
- DELGADO ÁLVAREZ, V.: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros y el artículo 318 bis del Código Penal. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de julio de 2008», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 26, 2009, pp. 1-13.

■ LOS DELITOS LABORALES

- DELGADO SANCHO, C. D.: «La trata de seres humanos y la inmigración clandestina tras la reforma de la Ley orgánica 1/2015», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2017 (BIB 2017/12743).
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: «Artículo 318 bis», en AA. VV. (GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios prácticos al Código Penal Tomo III*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 881-885.
- FASCIOLI CAORSI, F.: «Tráfico ilícito de migrantes: una mirada desde el ordenamiento jurídico uruguayo e internacional», *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, núm. 5 036, 2022, <https://doi.org/10.24215/2618303Xe036>.
- 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*, núm. 36, 2016, pp. 553-603.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P.: «El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 21, 2014, pp. 1-54.
- «El tenor literal del artículo 318 bis CP y su contribución a una mayor vulnerabilización de los extranjeros. Propuesta reinterpretaiva.», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 25, 2023, pp. 1 a 35. <http://criminnet.ugr.es/recpc/25/recpc25-16.pdf>
- GARCÍA AMEZ, J.: «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», *Revista penal*, núm. 51, 2023, pp. 129-144.
- GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: «Cuestiones que suscita la aplicación práctica del artículo 318 bis CP (tráfico ilegal de personas): examen jurisprudencial», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 735, 2007(2007\1303).
- HORTAL IBARRA, J. C.: «Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿el ocaso del derecho penal del trabajo?, *Revista De Derecho Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, pp. 65-85.
- LAFONT NICUESA, L.: *Reglas concursales en el delito de trata de personas*, Coediciones-Aranzadi, Pamplona, 2013, (BIB 2013\140157).
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores» en DE LA MATA BARRANCO, N. J.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., NIETO MARTÍN, A.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 593-628.
- «Delitos laborales lo que sobra y lo que falta», *Consell obert: Recull informatiu del Consell General de Collegis de Graduats Socials de Catalunya*, núm. 359, 2021, pp. 19-23.

- LÓPEZ CERVILLA, J. M.: «Tráfico ilícito de personas. La reforma del artículo 318 bis del Código Penal (I)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1977, 2004, pp. 5-38.
- «Tráfico Ilícito de Personas: problemas concursales del nuevo artículo 318 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170)», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales* núm. 18, 2004 (BIB 2005\410).
- MIRÓ LLINARES, F.: «Política comunitaria de inmigración y política criminal en España ¿Protección o «exclusión» penal del inmigrante?», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 10, 2008, pp. 1-5.
- MUÑOZ MESA, S.: «La reforma del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros operada por LO 1/2015, de 30 de marzo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2015, pp. 37 a 47 (BIB 2015\4002).
- PARDO MIRANDA, M.: «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*, núm. 139, mayo 2023, pp. 35 a 70.
- PÉREZ ARIAS, J.: «Delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social y delitos contra los derechos de los trabajadores y de ciudadanos extranjeros» en AA. VV. MORILLAS CUEVA, L. (Dir.): *Estudios penales sobre el código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 691 a 717.
- GEMMA PINYOL-JIMÉNEZ y MARTA PÉREZ RAMÍREZ: «La inmigración en España hoy: reflexiones más allá de la pandemia», *Documento de trabajo* 213, 2022, Fundación Alternativas, pp. 1-69.
- POMARES CINTAS, E.: «Reforma del Código Penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea», *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, Vol. 19, núm. 29, 2015, pp. 1 a 20.
- RAMOS POLEY, L.: «El impacto de la nueva Ley de Empleo en las personas migrantes y refugiadas», *Trabajo y Derecho*, núm. 112, Sección Estudios, Abril, 2024, pp. 1-18.
- RUBIO LARA, A. y PÉREZ ALBALADEJO, M.: «El delito de trata de seres humanos en el derecho penal español: problemas e intentos de solución», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2016 (BIB 2016\3277).
- SALINERO ECHEVARRÍA, S.: «El delito de tráfico de migrantes. Un análisis comparado a los tipos penales español y chileno», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 52, núm. 155 (mayo-agosto 2019), 2019, pp. 1015-1045.
- SÁNCHEZ DOMINGO, M. B.: «Trata de personas, delitos contra los derechos de los trabajadores y ciudadanos extranjeros», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, 2021, pp. 1-7.
- SÁNCHEZ RIVAS, J.: «El nuevo artículo 318 bis del Código Penal», *Aranzadi digital*, núm. 1, 2015, (parte Estudios y comentarios), pp. 1-2.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 41, 2021, pp. 1-57.

DELITOS SOBRE CONTRATACIÓN

OCUPACIÓN DE TRABAJADORES SIN ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL (CP ART. 311.3º)

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Miguel Hernández (Elche)

SUMARIO: I. Situaciones concomitantes y delimitación del análisis. II. La infracción por falta de alta en la seguridad social. 1. Ocupación de trabajadores sin haber sido solicitada la afiliación inicial o el alta, o su solicitud, fuera de plazo como consecuencia de actuación inspectora. 2. Ocupación de trabajadores habiendo comunicado el alta fuera de plazo sin que medie actuación inspectora. 3. La no transmisión de afiliación o alta de los trabajadores por medios informáticos, electrónicos o telemáticos. 4. Subcontratación de obras y servicios. III. El delito de ocupación de trabajadores sin dar alta en la seguridad social. 1. De la infracción administrativa al delito. 2. Características del delito. 3. Ocupación de trabajadoras de «alterne». 4. Sobre la proporcionalidad de la pena derivada del delito. IV. Algunas propuestas surgidas de la reflexión. Bibliografía.

I. SITUACIONES CONCOMITANTES Y DELIMITACIÓN DEL ANÁLISIS

La primera impresión que me viene a la cabeza, al analizar las situaciones de trabajadores ocupados que no se han dado de alta en la Seguridad Social, es

que tal irregularidad no suele venir sola, sino que suele concurrir con otras que agravan, en principio, la infracción de la mera falta de alta, y con ella la sanción que se debe aplicar. Situaciones previstas y tipificadas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)¹, y en el Código Penal (CP)², como sucede con la ocupación de trabajadores extranjeros sin autorización para trabajar o, de menores de edad laboral, fraudes de diverso tipo con objeto de compatibilizar indebidamente el trabajo con prestaciones o pensiones de Seguridad Social, y, en todo caso, impago de cuotas, habida cuenta que no aparecen en la base de datos de la Seguridad Social como trabajadores en activo. Situaciones, todas ellas, concomitantes, es decir, que se producen al mismo tiempo que la ocupación sin dar de alta en la Seguridad Social porque suelen acompañarse y asociarse simultáneamente. Es obvio, que el grado de gravedad bascula entre la falta de alta «a secas», en sentido coloquial, y el grado más grave que aglutinaría todas las situaciones concomitantes de forma simultánea.

Como las referidas situaciones que se producen simultáneamente son objeto de atención en este mismo libro, limitaré el presente estudio a las circunstancias de los trabajadores que prestan servicios retribuidos en la empresa sin haber sido dados de alta en la Seguridad Social. Tampoco, se examinará el supuesto de los trabajadores autónomos sin haber solicitado el alta en su Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, pues la presente monografía trata de los *delitos laborales*, concretamente en la sección titulada: «delitos sobre contratación», en la que de alguna manera encontramos elementos laborales (contrato de trabajo) y elementos sobre seguridad Social (falta de alta) de forma entremezclada. Sin embargo, el mayor peso a efectos de la irregularidad de la conducta, corresponde al espacio de la Seguridad Social. Y aquí, será clave en la búsqueda del deslinde entre mera infracción (administrativa) y delito (penal) el número de trabajadores ocupados sin haber sido dados de alta, porque, de entrada, se debe descartar como delito, la falta de alta de un solo trabajador y hasta de cuatro trabajadores. A partir de ahí, es cuestión de aplicar el artículo 311.3.º CP.

Por ello, es primordial, delimitar la conducta tipificada, según se considere por el legislador como infracción administrativa de la que derivará una sanción económica, o que suponga un delito contra la Seguridad Social, con la consecuencia de una posible pérdida de libertad a la que se añade una multa. De ahí, la trascendencia para la vida del sujeto infractor distinguir una de otra. Por ello, considero razonable, comenzar de menor a mayor gravedad, por lo

¹ 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.

² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

que sería el *iter* ordinario de la infracción administrativa ordinaria, de no dar de alta en la Seguridad Social a trabajadores que prestan servicios en la empresa. Y a continuación, examinar cuales son las circunstancias que transformarán tal conducta en delito. Teniendo en cuenta, que lo que comenzó siendo una investigación de naturaleza administrativa, puede convertirse en un proceso penal si se traspasa el marco competencial de los órganos administrativos para imponer sanciones, según la infracción cometida, si bien, la coherencia con la naturaleza pública de la sanción penal, dirigida a garantizar los intereses generales, podría impedir que se justifique la represión penal en casos de incumplimiento de derechos indisponibles³.

Pues bien, el procedimiento sobre el paso desde la actuación administrativa a la jurisdicción penal se contiene en el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de Sanciones por Infracciones del Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/2998, de 14 de mayo (RGPS), al establecer en el artículo 5.1, que cuando el funcionario actuante considere que los hechos que han dado lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador pudieran ser constitutivos de ilícito penal, debe remitir al Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, informe con expresión de los hechos y circunstancias y de los sujetos que pudieran resultar afectados. Si éste estima la concurrencia de ilícito penal, lo comunicará al órgano competente para resolver, quien acordará, en su caso, la remisión del expediente al Ministerio Fiscal⁴ y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo sancionador por los mismos hechos, hasta que el Ministerio Fiscal, en su caso, resuelva no interponer acción o le sea notificada la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento que dicte la autoridad judicial⁵.

II. LA INFRACCIÓN POR FALTA DE ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL

La ocupación de trabajadores sin haber sido dados de alta en la Seguridad Social, presenta diversas modalidades a partir de 2011, ya que las manifesta-

³ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El delito laboral (art. 311.1.º CP) y la STS 247/2017». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2017 (BIB\2017\13144), p. 9.

⁴ Además, «con la remisión del expediente administrativo sancionador, se solicitará de la autoridad judicial, la notificación de la resolución que ponga fin al procedimiento», en los términos del artículo 270 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (art. 5.1, párrafo 3.º RGPS).

⁵ Señala la norma que «también se suspenderá el procedimiento administrativo cuando, no mediando dicha comunicación, se venga en conocimiento de la existencia de actuaciones penales por los mismos hechos y fundamento en relación al mismo presunto responsable» (art. 5.1, párrafo 4.º, RD 928/1998).

ciones de tal conducta objeto de sanción hasta el día 31 de julio de 2011, se incluyeron en un mismo apartado, el núm. 2 del artículo 22 LISOS, sin distinguir otras posibilidades. A partir de entonces, la normativa⁶ separa acertadamente unas conductas de otras, diversificando las infracciones y sus correspondientes sanciones, atendiendo a la gravedad de aquellas. En ese sentido, en materia de falta de alta en la Seguridad Social, se debe distinguir entre aquellas empresas que han incumplido su obligación de dar de alta a los trabajadores y son detectados como consecuencia, ordinariamente, de una visita de inspección⁷, y aquellas otras situaciones, en que la empresa por las razones que sean, comunica el alta del trabajador, pero lo hace fuera del plazo reglamentario establecido para ello. Es obvio que ambas conductas son esencialmente diferentes, siendo más grave la primera. Sin embargo, hasta la mencionada fecha, el régimen sancionador siempre ha sido el mismo para ambas conductas, e incluso para casos en los que, dando de alta al trabajador, en tiempo y forma no se hacía, en determinados supuestos, por los medios informáticos establecidos⁸. Esta regulación exigía un cambio que diferenciara ambas conductas. Distinción que, por fin, se recogió en el artículo 6, apdos. uno y dos, del Capítulo II del Real Decreto-ley 5/2011, al establecer diferentes consecuencias, según se lleve o no a cabo una actuación inspectora.

Relacionado también con la ocupación de trabajadores sin dar de alta, se considera, la no comprobación por parte de empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización obras o servicios correspondientes a la propia actividad, con carácter previo al inicio de la actividad la afiliación y el alta en la Seguridad Social de cada trabajador de la empresa contratada (art. 16.6 LGSS⁹). Si bien sobre ello se tratará en otro capítulo de la presente obra.

Finalmente, se incorporó como infracción¹⁰ la situación de aquellos trabajadores, que, manteniendo la misma actividad laboral, la empresa comunica su baja en un régimen de Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena, dándose de alta el trabajador en el RETA (art. 22.16 LISOS).

⁶ Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas.

⁷ No es la única forma de detectar la falta de alta de los trabajadores, también es posible, a través de las resoluciones judiciales, cuando tales conductas quedan reflejadas en hechos probados.

⁸ La redacción anterior del apdo. 2 del artículo 22 LISOS vigente hasta el 31 de julio de 2011, es la siguiente: «No solicitar, en tiempo y forma, la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio o su no transmisión por los obligados o acogidos a la utilización de sistemas de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos. A estos efectos, se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados».

⁹ 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.

¹⁰ Disposición final 4.2 RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre.

1. **Ocupación de trabajadores sin haber sido solicitada la afiliación inicial o el alta, o su solicitud, fuera de plazo como consecuencia de actuación inspectora**

La modificación del artículo 22.2 LISOS por el artículo 6.º del Real-Decreto-ley 5/2011, contempla dos conductas¹¹: «No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido». En este caso la infracción tiene lugar cuando el hecho consumado de la falta de alta o afiliación en la Seguridad Social del trabajador, no se ha subsanado antes de la actuación inspectora¹². En realidad, se trata de la misma infracción: la falta de alta en la Seguridad Social. La única diferencia consiste en que, en el primer caso, la empresa omite dar de alta al trabajador, siendo la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) la que procederá al comunicado del alta de oficio a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), y, a su vez, a extender las correspondientes actas de infracción y liquidación correlativas. En cambio, en el segundo supuesto, la empresa, una vez comprobada por la ITSS la falta de alta del trabajador, le da de alta como consecuencia de la actuación inspectora, ya sea a través de visita o por expediente administrativo. Lo esencial es que la existencia de la situación de falta de alta de los trabajadores (dados o no, de alta con posterioridad a la actuación inspectora) se haya detectado precisamente por la ITSS. Esta es la circunstancia esencial que agrava la sanción, y es la que provoca el incremento en la sanción aplicable, pese a ser calificada como grave, de acuerdo con el ordinal 1.º de la letra e).1 del artículo 40.1, LISOS, al establecerse que «la infracción grave del artículo 22.2 se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, de 3.750 a 7.500 euros; en su grado medio, de 7.501 a 9.600 euros y, en su grado máximo, de 9.601 a 12.000 euros».

Quizá hubiera sido más aconsejable incluir esta infracción entre las muy graves, desde luego, más coherente con la gravedad de la conducta y con la cuantía incrementada que se acerca más a las muy graves.

Asimismo, «a estos efectos, –finaliza el apartado 2 del artículo 22 LISOS–, se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados». De modo que se mantiene un aspecto tradicional en la comprobación de

¹¹ Sobre esta cuestión, véase, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social* (2.ª edición, ampliada y actualizada). Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Colección Seguridad Social, núm. 37. Madrid. 2014, pp. 159-161.

¹² FERNÁNDEZ DÍEZ, A.: «Plan extraordinario de regularización y control del empleo sumergido», *Información Laboral*, núm. 5, 2011, p. 5.

■ LOS DELITOS LABORALES

las infracciones por falta de alta en la Seguridad Social, al considerarse una infracción por cada trabajador sin haber sido dado de alta, lo que, unido al incremento de la sanción, considerada individualmente, elevará de forma importante el importe de la sanción total.

Pero la sanción por la infracción de falta de alta en la Seguridad Social, puede venir acompañada de circunstancias que tienen que ver con el número de trabajadores afectados sin dar de alta, con el hecho de obstruir la labor inspectora, así como la previsión de reducciones en el importe de la sanción si se cumplen determinadas condiciones o requisitos.

A) INCREMENTO ESPECÍFICO DE LA SANCIÓN EN FUNCIÓN DEL NÚMERO DE TRABAJADORES

Desde luego que no pasó desapercibido en su momento el incremento de hasta más de cinco veces la sanción anterior, y sin embargo se conserva la calificación de infracción grave. Pero no quedó ahí ese incremento, pues cuando con ocasión de una misma actuación de inspección se detecten varias infracciones por falta de alta como consecuencia de actuación inspectora, la sanción que en su caso se proponga para cada una de ellas, se incrementará en ¹³:

Un 20 por ciento en cada infracción cuando se trate de dos trabajadores, beneficiarios o solicitantes.

Un 30 por ciento en cada infracción cuando se trate de tres trabajadores, beneficiarios o solicitantes.

Un 40 por ciento en cada infracción cuando se trate de cuatro trabajadores, beneficiarios o solicitantes.

Un 50 por ciento en cada infracción cuando se trate de cinco o más trabajadores, beneficiarios o solicitantes.

Esto puede tener sus efectos en el ámbito penal ¹⁴, sin embargo, se establece un límite en la cuantía de la sanción, por la que en ningún caso podrá exceder de 12.000 euros para cada una de las infracciones.

¹³ Artículo 40.1.e).2.º LISOS.

¹⁴ El criterio esencial para convertirse en delito la infracción administrativa es el de la ocupación simultánea de una pluralidad de trabajadores sin haber sido dados de alta en la Seguridad Social, según los porcentajes de trabajadores sin dar de alta respecto del total de la plantilla que se contienen en el artículo 311.3.º CP.

B) OBSTRUCCIÓN POR COMPROBACIONES DE SITUACIONES DE ALTA

Puede ocurrir que se impida la entrada de los funcionarios de la Inspección en un centro de trabajo. Evidentemente si esa empresa albergara a un número considerable de extranjeros o desempleados que trabajan en su interior de forma irregular, es probable que la sanción impuesta a la empresa por la obstrucción cometida suponga un importe menor que si se permitiera entrar a los funcionarios en el centro de trabajo para que cumplan con su obligación de identificación de los trabajadores que prestan servicios en la empresa¹⁵.

Esa es la razón de que, según el artículo 40.1.f) LISOS, en el caso de que se produzca obstrucción a la actuación inspectora que se dirija a la comprobación de la situación de alta de los trabajadores que presten servicios en una empresa y el incumplimiento de las obligaciones del empresario pudiera dar lugar a la comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 22.2 LISOS. En ese caso la infracción por obstrucción se sancionará, en su grado mínimo, con multa de 3.750 a 7.500 euros; en su grado medio, de 7.501 a 9.600 euros y, en su grado máximo, de 9.601 a 12.000 euros. Es decir, que, el criterio de propuesta de sanción por obstrucción a la actuación inspectora vendrá dado por la presunción de la existencia de falta de alta de cada trabajador, que será sancionada con la misma cuantía que si se hubiera comprobado de hecho. Más complicado será comprobar el número de trabajadores que prestan servicios en la empresa, si esta decide no facilitar la entrada al funcionario actuante. Pero, además, en las actas e informes dirigidos fuera del ámbito interno de la Inspección de Trabajo, no procede aludir al origen de las actuaciones, por eso tampoco se podría fundamentar, como parece que predica la citada letra f), que la obstrucción deba derivarse a priori de, según qué tipo de actuación comprobatoria.

En consecuencia, resulta complejo con la redacción de la citada letra f), sobre la agravación de sanciones por obstrucción, fundamentada en tales presunciones que puedan ser correctamente aplicadas, porque podrían producir indefensión en las empresas, ya que la única base sobre la que se fundamentarán las actas de obstrucción será la de que el incumplimiento de las obligaciones del empresario «pudiera dar lugar a la comisión» de la falta de alta con actuación inspectora, o de ocupar a trabajadores perceptores de prestaciones de la Seguridad Social incompatibles con el trabajo sin haberlos dado de alta en la Seguridad Social. En este caso, se alude a una posibilidad que puede no ser real, ni siquiera a una probabilidad, y creo que tales actuaciones con resul-

¹⁵ Sobre esta cuestión, véase, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social*, cit., pp. 166-168.

tado sancionador, no deben basarse en meras posibilidades, salvo que se comprueben fehacientemente, y si se comprueban nos encontramos ya no tanto ante una obstrucción sino ante las conductas citadas, a las que deben aplicarse la correspondiente sanción, pero no por obstrucción, sino por falta de alta o por compatibilizar indebidamente trabajo-prestación de Seguridad Social. Y ello sin perjuicio de que se le proponga a la empresa un acta de obstrucción por los impedimentos u obstáculos en la actuación inspectora.

C) POSIBILIDADES DE REDUCCIÓN DE LA SANCIÓN PROPUESTA POR FALTA DE ALTA

a) *Reducción de la sanción con carácter exclusivamente pecuniario.*

En aquellas infracciones por falta de alta en las que se proponga sanción que tenga carácter exclusivamente pecuniario (sin propuesta de sanción accesorio), si el sujeto responsable advertido por el funcionario actuante procediese al pago de la sanción propuesta en el acta con carácter previo a la resolución, en el plazo 15 días hábiles, contados desde el siguiente a su notificación, y renunciase al ejercicio de cualquier acción, alegación o recurso en vía administrativa, dicho pago llevará implícito el reconocimiento de responsabilidad y el importe de la sanción se reducirá en un 40% (arts. 14.6 y 17.1 RGPS).

Puede suceder que concurren distintos sujetos responsables respecto de una misma infracción. En ese caso, cuando alguno de ellos hubiese manifestado su voluntad de pago con carácter previo a la resolución y alguno de los otros hubiese presentado alegaciones, se comunicará a aquel que no cabe la reducción, concediéndole un plazo adicional de quince días para presentar alegaciones, y se continuará el procedimiento de forma ordinaria. Sin embargo, si alguno de los sujetos responsables mostrase su voluntad de acogerse a la reducción de la sanción y hubiese otros responsables que no efectuasen alegaciones ni solicitasen la reducción de la sanción, se remitirá a todos ellos el documento de pago con la reducción correspondiente y se continuará el procedimiento en la forma prevista en los artículos 18 y 18 bis RGPS.

b) *Reducción de sanciones en los casos de falta de alta con extensión simultánea de acta de infracción y liquidación por los mismos hechos.*

Las sanciones por infracciones propuestas en actas de infracción formalizadas simultáneamente con actas de liquidación, entre las que se encuentran las derivadas de falta de alta en la Seguridad Social, se reducirán automática-

mente al 50% de su cuantía, si el infractor diese su conformidad a la liquidación practicada ingresando su importe hasta el último día del mes siguiente al de su notificación, una vez dictado el correspondiente acto administrativo definitivo de liquidación. Pero hay que tener muy en cuenta que la reducción automática solo podrá aplicarse en el supuesto de que la cuantía de la liquidación supere la de la sanción propuesta inicialmente (arts. 14.4. y 17.3 RGPS y artículo 34.4 LGSS).

2. **Ocupación de trabajadores habiendo comunicado el alta fuera de plazo sin que medie actuación inspectora**

El contenido del artículo 22.2 LISOS¹⁶, al describir la conducta infringida en los supuestos de falta de alta en la Seguridad Social detectada como consecuencia actuación inspectora, no incluye aquellos supuestos en los que, aunque se dio de alta al trabajador, sin embargo, no lo comunicó en el plazo reglamentario, sin que haya mediado actuación inspectora. Esa previsión, se trasladó a un nuevo apartado 11 del artículo 22 LISOS¹⁷, en el que se tipifica también como infracción grave: «la solicitud de afiliación o del alta de los trabajadores que ingresen a su servicio fuera del plazo establecido al efecto, cuando no mediare actuación inspectora», ubicándose actualmente en el apdo. 10 del artículo 22 LISOS¹⁸.

Lo esencial, por tanto, para fijar el tipo de infracción, por falta de afiliación inicial o de alta en la Seguridad Social dependerá de si media, o no, actuación inspectora en sus diversas formas (visita, requerimiento o expediente administrativo) para tipificar la conducta en el apdo. 2 o en el apdo. 10 del artículo 22 LISOS.

En los supuestos en que no medie actuación inspectora, se sancionará de acuerdo con lo previsto con carácter general en materia de Seguridad Social para infracciones graves, es decir, con multa, en su grado mínimo, de 751 a 1.500 euros, en su grado medio de 1.501 a 3.750 euros; y en su grado máximo de 3.751 a 7.500 euros [art. 40.1.b) LISOS].

En estos casos en que no media actuación inspectora no se considera una infracción por cada trabajador afectado, a diferencia del supuesto anterior

¹⁶ Apdo. 2 del artículo 22 LISOS, en la redacción del artículo 6.1 Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril.

¹⁷ Este apdo. 11 del artículo 22 LISOS, se incorporó por el artículo 6.2 Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril.

¹⁸ Artículo 22 LISOS, modificado por artículo 4.4 Ley 13/2012, de 26 de septiembre.

—consecuencia de actuación inspectora—, que sí lo especifica. Si acaso podría considerarse el número de trabajadores a los efectos de la graduación de la sanción, de acuerdo con el artículo 39.2 LISOS.

Quizá hubiera sido más adecuado recolocar esta infracción, como leve, en lugar de mantenerla como grave, disminuyendo la sanción correspondiente¹⁹, pues se trata de solicitud de altas en la Seguridad Social, que no suponen en principio ningún tipo de malicia o intencionalidad de no dar de alta al trabajador, simplemente se ha cometido un error o un olvido, lo que podría asimilarse a conductas análogas calificadas como leves, tal como la de «no comunicar en tiempo y forma las bajas de los trabajadores que cesen en el servicio de la empresa así como las demás variaciones que les afecten» del artículo 21.3 LISOS. El problema es que al solicitarse las altas fuera del plazo reglamentariamente establecido, se produce un perjuicio para los trabajadores, que se manifiesta en que esas altas «solo tendrán efectos desde el día en que se formule la solicitud» (art. 35.1.1.º, párrafo 3.º, Real Decreto 86/1996)²⁰.

3. La no transmisión de afiliación o alta de los trabajadores por medios informáticos, electrónicos o telemáticos

Se trata de la segunda parte del artículo 22.10 LISOS, que responde, en principio, a la obligación de incorporarse al Sistema RED²¹, por parte de «las empresas, agrupaciones de empresas y demás sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar encuadrados en cualquiera de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, con independencia del número de trabajadores que mantengan en alta».

Lo que se debate es cómo debe considerarse la infracción del incumplimiento de esta obligación de incorporación al sistema RED. Hasta el 31 de

¹⁹ Según el artículo 40.1 a) LISOS, las infracciones en materia de Seguridad Social se sancionarán: «Las leves, en su grado mínimo, con multas de 70 a 150 euros; en su grado medio, de 151 a 370 euros; y en su grado máximo, de 371 a 750 euros».

²⁰ No obstante —continúa el precepto—, «salvo que, de aplicarse el sistema de autoliquidación de cuotas (...), se haya producido su ingreso dentro de plazo reglamentario, en cuyo caso el alta retrotraerá sus efectos a la fecha en que se hayan ingresado las primeras cuotas correspondientes al trabajador de que se trate» (art. 35.1.1.º, párrafo 3.º, RD 86/1996).

²¹ Artículo 2.2 Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, por la que se regula el Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social. A este respecto, el párrafo 3.º del mismo apartado, especifica que «la incorporación al Sistema RED no será obligatoria para las empresas, agrupaciones de empresas y demás sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar encuadrados en el Régimen General, por lo que respecta a los colectivos de profesionales taurinos y representantes de comercio y a los Sistemas Especiales para Empleados de Hogar y de la Industria Resinera, así como en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, respecto a los trabajadores por cuenta propia».

julio de 2011, figuraba en el mismo apartado que la infracción de falta de alta en la Seguridad Social, sin apenas distinguirse las consecuencias de una y otra infracción, tal como la de considerarse una infracción por cada trabajador afectado. Así puede apreciarse en el anterior apartado 2 del artículo 22 LISOS²², cuando se establecía como infracción grave, «no solicitar, en tiempo y forma, la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio o su no transmisión por los obligados o acogidos a la utilización de sistemas de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos. A estos efectos, se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados». Parecía ciertamente desproporcionada la equiparación de ambas infracciones con la calificación de «grave». Si bien, es verdad que en caso de no dar de alta con carácter previo en la actividad al trabajador en la Seguridad Social solo se propondría la sanción principal, es decir, por falta de alta, sin propuesta de sanción por no utilizar los sistemas informáticos, electrónicos o telemáticos que tengan obligación de utilizar en la transmisión, por el principio *non bis in idem*²³. Es lógico que, si no se le ha dado de alta al trabajador, menos aún lo habrá sido por tales medios. Con todo, la propuesta de sanción únicamente cabría, en el caso de que se haya dado de alta al trabajador por medios convencionales, en lugar de utilizar los medios informáticos, electrónicos o telemáticos en los casos previstos.

Se trata de un supuesto que en su momento creó algunos problemas de aplicación, pues por un lado, al establecerse en el artículo 22.2 LISOS que la presentación de la afiliación inicial y el alta deben ser en tiempo y «forma», y puesto que la «forma» para los obligados y acogidos al sistema RED debía ser por este medio, la no utilización de esta «forma» constituía en sí misma una infracción calificada como grave aunque se hubiera presentado la afiliación y el alta por los medios convencionales²⁴. Era un criterio exigente, pues no deja de ser un requisito formal, comparado con la obligación de dar de alta al trabajador al inicio de su actividad.

Asimismo, y de la literalidad del citado apartado en la anterior redacción, se desprende que el incumplimiento afecta a cada trabajador contratado, es decir, se consideraba una infracción por cada trabajador, de modo que, si se

²² Vigente con anterioridad a 31 de julio de 2011.

²³ A este respecto, el artículo 4.4 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, establece, que «en defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida».

²⁴ Criterio Técnico núm. 46/2006, de 18 de julio, sobre sanciones a las empresas por incumplimiento de las normas sobre Remisión Electrónica de Datos (RED) de la Seguridad Social.

hubiera dado de alta a quince trabajadores por medios convencionales, estando obligada la empresa a utilizar los medios informáticos, electrónicos o telemáticos, se deberían considerar quince infracciones. Lo que significa que se podría sancionar igual que si hubieran estado sin dar de alta. Algo que parece a todas luces desproporcionado.

Quizá por ello, sobre este asunto, la Dirección General de Trabajo, dictó un criterio, en donde se especifica: «con todo, el aspecto de la «forma» no guarda relación directa con el trabajador afectado, sino con la eficacia de la aplicación del sistema RED en el ámbito de las relaciones de Seguridad Social, por lo que la infracción por no utilización del sistema RED ha de aplicarse sin tener en cuenta el inciso final del precepto, pues no se trataría de una infracción distinta por cada trabajador afectado, sino de una única infracción sin perjuicio de que el número de trabajadores afectados pueda ser considerado a efectos del graduación del artículo 39 del LISOS»²⁵.

Con objeto de poner fin a estos problemas se incluyó esta obligación, a partir del 1 de agosto de 2011, cuando proceda, en el apartado 11 del artículo 22 LISOS²⁶, al igual que en el supuesto antes comentado, de la falta de alta de los trabajadores fuera de plazo cuando no medie actuación inspectora. Con ello, se equipararon ambas situaciones, de modo que se sanciona de acuerdo con lo previsto con carácter general en materia de Seguridad Social para infracciones graves, es decir, con multa, en su grado mínimo, de 751 a 1.500 euros, en su grado medio de 1.501 a 3.750 euros; y en su grado máximo de 3.751 a 7.500 euros [art. 40.1.b) LISOS]. Asimismo, deja de considerarse una infracción por cada trabajador afectado, pudiendo considerarse su número a los efectos de la graduación de la sanción, de acuerdo con el artículo 39.2 LISOS.

En conjunto, se ha mejorado la regulación de esta disposición en lo que atañe a las consecuencias de su incumplimiento, pero reitero lo que señalé en su momento sobre el supuesto de solicitud de alta en la Seguridad Social fuera del plazo establecido, sin actuación inspectora, creo que hubiera sido mejor relocalizar esta infracción, como leve, en lugar de mantenerla como grave, disminuyendo la sanción correspondiente, pues se trata de una obligación formal en materia de Seguridad Social, que no supone en principio ningún tipo de malicia o intencionalidad de perjuicio al trabajador, pudiendo esa conducta reconducirse a otras similares calificadas como leves, tal como la de no transmisión por los obligados o acogidos a la utilización de sistema de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos del artículo 21.3 LISOS.

²⁵ Apartado 3.º Criterio Técnico núm. 46/2006, de 18 de julio, cit.

²⁶ Corresponde al actual apartado 10 en la redacción del artículo cuatro Ley 13/2012.

4. Subcontratación de obras y servicios

Según el artículo 16.6 LGSS, «los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo deberán comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que estos ocupen en los mismos durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata».

La comprobación puede ofrecer ciertas dificultades para el empresario principal, cuando intente averiguar la situación de los trabajadores de la empresa contratista. A diferencia de las comprobaciones previstas del artículo 42 ET sobre la situación de los contratistas en relación al pago de sus cotizaciones a la Seguridad Social, en este caso, se trata, de una obligación delicada, por tratarse de información confidencial, porque el contratista puede asegurarse que tiene a todos los trabajadores dados de alta en la Seguridad Social e incluso firmárselo en un documento, pero eso no garantiza la comprobación efectiva. Ni tampoco, como especifica el precepto, que la comprobación se realice con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad, pues sabiendo – como lo sabe el contratista–, esperará a que se haya producido la comprobación para en caso, de que tenga intención de ello ocupar a trabajadores sin estar dados de alta en la Seguridad Social.

No veo clara, la forma de que el empresario principal pueda comprobar que el contratista o subcontratista tiene ocupados a los trabajadores dados de alta en la Seguridad Social. Parece un intento de trasladar al empresario principal la responsabilidad de comprobar situaciones que a mi modo de ver solo deberían ser objeto de comprobación por parte del organismo encargado de tales comprobaciones, esto es, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Por lo demás, al no establecerse ningún procedimiento reglamentario el empresario principal se encuentra, en gran medida, a expensas de la conducta de la empresa contratista o subcontratista.

III. EL DELITO DE OCUPACIÓN DE TRABAJADORES SIN DAR ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL

El análisis sobre la ocupación de trabajadores sin dar de alta en la Seguridad Social se complica, hasta el punto de que el ordenamiento jurídico administrativo laboral podría ceder su competencia en esta materia en favor del

orden penal, como consecuencia de la consideración por el legislador de que la conducta del infractor eleva en intensidad la reprochabilidad de la misma, adquiriendo la calificación de delito penal. Se tratará de distinguir la infracción administrativa por falta de alta en la Seguridad Social del delito de ocupación de trabajadores sin dar de alta cometido por el empresario. Asimismo, se profundizará acerca de las consecuencias jurídicas del delito, es decir, la pena y la multa que llevará consigo la comisión del mismo.

1. De la infracción administrativa al delito

Los supuestos considerados por el legislador como delitos por la falta de alta, no se contienen como podría sospecharse en el Título XIV CP: «de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», sino en el artículo 311.3.º del Título XV²⁷ CP, que engloba los artículos 311 a 318 CP: «de los delitos contra los derechos de los trabajadores», espina dorsal del llamado «Derecho penal del trabajo»²⁸, al tutelar derechos o valores propios del ámbito de las relaciones laborales, si bien, el reproche normativo que se incorpora, al menos en teoría, posee aquí un nivel superior al que alberga la LISOS, pues así lo aconseja el principio de intervención mínima²⁹.

Como pone de manifiesto el preámbulo de la LO 7/2012³⁰, «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»³¹. En efecto, la comisión de este delito, presupone la existencia de varios sujetos pasivos, al exigir el precepto una contratación simultánea de un número mínimo de trabajadores, lo que le convierte en un delito colectivo³².

²⁷ El actual apdo. 3 artículo 311 CP, tiene su origen en el artículo 9.1.b) Directiva 2009/52/CE, 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, según el cual, constituye delito la infracción que se refiere «al empleo simultáneo de un número importante de nacionales de un tercer país en situación irregular».

²⁸ SAP Tarragona sección 2.ª, 490/2013, 11 noviembre.

²⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El delito laboral (art. 311.1.º CP) y la STS 247/2017», cit., p. 1.

³⁰ 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.

³¹ Preámbulo LO 7/2012.

³² DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*. Tirant lo blanch. Tratados. Valencia. 2020, p. 197.

El delito contra los derechos de los trabajadores forma parte de los llamados de consumación instantánea, pero de efectos permanentes, en cuanto que éstos duran mientras persiste ilegalmente afectada la relación laboral en cuestión³³, lo que habrá de ser tenido en cuenta a efectos de su prescripción³⁴, pues como apunta el preámbulo de la LO 7/2012, «la propia gravedad de estas conductas motiva que la sanción se amplíe hasta la posible imposición de una pena máxima de seis años de prisión, lo que de nuevo permite incrementar el plazo de prescripción hasta los diez años».

Además, para que se considere consumado el delito es necesario que se produzca un efectivo perjuicio, no necesariamente económico, sino que bastaría que el daño de este orden sea potencial y de futuro³⁵.

Se trata de situaciones que elevan la gravedad de meras infracciones tipificadas por el Derecho Administrativo, porque tienen por finalidad reforzar la labor tuitiva que ofrece el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, garantizando de ese modo, un plus de protección a los trabajadores por cuenta ajena, habida cuenta de su inferior posición respecto del empresario como sujeto activo, que en su día justificó la aparición del Derecho laboral como rama autónoma del ordenamiento jurídico, y que fundamenta la intervención penal en este ámbito³⁶.

Cuando el artículo 311.3.º CP alude a «los que den ocupación» debe entenderse que el sujeto activo de este delito será el empresario, formal o material, público o privado, persona física o jurídica, en suma, cualquier tipo de ente que responda a esa cualidad, incluidas las empresas usuarias, en lo que se refiere a los deberes que tienen frente a los trabajadores cedidos por la empresa de trabajo temporal, que también podrán ser sujetos activos de este delito, aunque no sean empresarias directas en el sentido formal de la relación

³³ El delito permanente se diferencia del delito instantáneo, en que la comisión se agota en un solo acto, por el contrario, el delito instantáneo se caracteriza porque la sola conducta consume el delito, sin que sea indispensable que el autor siga realizando o efectúe otras. Ambos tipos son diferentes al delito continuado en el que varias acciones delictivas se suceden en el tiempo.

³⁴ RUBIO SÁNCHEZ, F.: «Delito contra los derechos de los trabajadores. [Comentario a la STS (Sala 2.ª) de 5 de febrero 1999]». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Vol. Paraf. 114 (BIB 1999\690), pp. 3-4. A este respecto, como señala DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, cit., p. 208, «el delito se consuma en el momento en el que el número de trabajadores exigido por la norma preste sus servicios de modo irregular. Se trata de un delito permanente por lo que el plazo de prescripción empezará a contar a partir del momento en que la situación ilegal sea revertida».

³⁵ PRÁCTICUM SOCIAL 2015: «Delitos en materia laboral y de Seguridad Social. La responsabilidad civil derivada de delito». *Lex nova*. Enero 2015 (BIB 2015\169), p. 4.

³⁶ HORTAL IBARRA, J. C.: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores». *Comentarios al Código Penal. Reformas LL. OO. 1/2023, 3/2023 y 4/2023* (Directores: Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig, coordinadores: Guillermo Ramírez Martín y Gabriel Rogé Such). Tirant lo blanch. Tratados. Valencia. 2024, p. 1419.

laboral»³⁷. Porque lo que se busca es «la protección de la parte económica y socialmente más débil, para evitar el perjuicio, a veces irreparable, que actividades ilícitas del empresario pudieran originar»³⁸. Por eso, «hablar de «delitos laborales» significa que la propia autonomía del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se proyecta en el Derecho Penal creando un sector específico formado por las normas sancionadoras dirigidas a reforzar el respeto y protección de los bienes regulados por aquél»³⁹.

A) DESLINDE ENTRE INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA Y DELITO

Cuando se atraviesa el dintel del ámbito penal, la conducta ilícita de no dar de alta a los trabajadores, considerada, con carácter general, como una infracción administrativa del orden social y sancionada con una cuantía económica, se convierte en delito porque la finalidad de la norma, como se deduce del Preámbulo de la LO 7/2012, es sancionar penalmente a quienes recurren, de forma masiva o colectiva, a la utilización de trabajadores sin haber formalizado su incorporación en el régimen correspondiente del sistema de la Seguridad Social. Sin embargo, la existencia de cierta difuminación de las fronteras con respecto a los homólogos ilícitos administrativo-laborales, en ocasiones dificultan la adscripción a uno u otro ordenamiento jurídico⁴⁰, porque el grado de coincidencia entre los ilícitos administrativos graves o muy graves y los tipos penales es elevada y se localizan escasos elementos de diferenciación, por lo que la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo sigue produciendo, desde su planteamiento en la Ilustración, la desesperación de los juristas, a causa de la doble regulación sancionatoria sobre supuestos de hechos idénticos, que dan lugar a que un mismo supuesto de hecho sea tanto objeto de sanción administrativa como penal, por lo que se debe buscar un sólido criterio de distinción⁴¹.

El TS⁴², señala con respecto al criterio que debería aplicarse en la delimitación de las fronteras de uno y otro orden jurídico, que «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

³⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El delito laboral (art. 311.1.º CP) y la STS 247/2017», cit., pp. 10-11.

³⁸ STS (Sala de lo Penal) 500/1993, 3 marzo.

³⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El delito laboral (art. 311.1.º CP) y la STS 247/2017», cit., p. 1.

⁴⁰ HORTAL IBARRA, J. C.: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», cit., p. 1423.

⁴¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, cit., p. 78.

⁴² STS (Sala de lo Penal) 247/2017, 5 abril.

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 artículo 316» (FJ 3)⁴³. De ahí que, «con la finalidad de encontrar una antijuridicidad material que actúe como criterio diferenciador para deslindar lo relevante penalmente, de los meros ilícitos administrativos ha de exigirse una entidad o importancia en la privación de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social»⁴⁴.

En ese sentido, la protección penal de ámbitos colonizados por otras áreas del ordenamiento jurídico como la del ámbito laboral, pasa por la asunción de una función subsidiaria y fragmentaria acorde con los principios limitadores del *ius puniendi*, lo que debería llevar al legislador a extremar una cuidadosa selección de las conductas y en la precisa delimitación de los elementos que las integran⁴⁵, porque, «cuando el ordenamiento penal aborda la realidad laboral es frecuente que elabore sus propias categorías conceptuales, sin asumir mecánicamente el significado que cada una de ellas posee en el terreno laboral»⁴⁶. Se trata, en definitiva, de operar de forma cuidadosa a la hora de asignar el área jurídica según la reprochabilidad de la conducta empresarial sobre el incumplimiento de dar de alta a los trabajadores, que deberá bascular entre el orden administrativo o penal en función de lo previsto en el artículo 311.3.º CP como criterio diferenciador, sin perder de vista la infracción administrativa del orden social de falta de alta en Seguridad Social de los trabajadores, del artículo 22.2 LISOS. Se podría considerar que el salto al ámbito penal supone la culminación del progresivo endurecimiento de la sanción. En ese sentido, desde una perspectiva penalista, a la vista del artículo 8.4 CP⁴⁷, los hechos que puedan calificarse con arreglo a un precepto penal y a un precepto administrativo deberán serlo por el precepto penal, por ser las consecuencias jurídicas de éste siempre de mayor gravedad⁴⁸.

⁴³ Se refiere el artículo 316 CP, a aquellos que infringen las normas de prevención de riesgos laborales a las que están obligados legalmente, que «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 –en cuyo caso–, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses» (art. 316 CP).

⁴⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El delito laboral (art. 311.1.º CP) y la STS 247/2017», cit., p. 4.

⁴⁵ HORTAL IBARRA, J. C.: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores». *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, cit., pp. 1424-1425.

⁴⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El delito laboral (art. 311.1.º CP) y la STS 247/2017», cit., p. 1.

⁴⁷ A falta de otros criterios en apartados anteriores el artículo 8.4 CP, establece, que «...el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor».

⁴⁸ ARROYO ZAPATERO, L. A.: «El «ne bis in idem» en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social». *Las fronteras del Código penal y el Derecho Administrativo sancionador*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, núm. 11, p. 311.

El hecho de que coexistan dos ramas distintas del Ordenamiento Jurídico en la regulación y sanción de materias concretas ha desembocado en una de las cuestiones más discutidas, como es el de la coexistencia de sanciones administrativas y penales sobre un mismo hecho, propiciado por la defectuosa o nula articulación de los instrumentos previstos legalmente, porque tanto el Ordenamiento penal como el Ordenamiento sancionador administrativo caminan a la vez, pero sin mirarse entre sí para nada, evidenciando la nula articulación jurídica de ambas esferas⁴⁹, hasta el punto de que resulta excesivamente frecuente que se encuentre el mismo comportamiento tipificado en las normas administrativas-laborales y en la norma penal, lo que no puede atribuirse a otra cosa si no es a la desidia del legislador⁵⁰. Se ha propuesto como solución a esta situación una revisión y coordinación del esquema general de las infracciones y sanciones teniendo delante el respectivo tipo penal del Código, deslindando sus elementos típicos sin dar pie a concurrencia de tipos penales y administrativos, de forma que los tipos administrativos y los penales de la misma materia no sean concurrentes sino alternativos⁵¹. La cuestión sería poner de acuerdo al legislador en este trabajo que debería ser meticuloso y ordenado.

Conviene advertir que no se debe confundir la ocupación de trabajadores sin haber sido dados de alta en la Seguridad Social, con la incorporación por la LO 14/2022⁵² del «delito *rider*» de «camuflaje laboral» (art. 311.2.º CP). Este delito responde a la finalidad político-criminal de prevenir y castigar la reiterada rebeldía de las plataformas de reparto a domicilio, tanto al acatamiento de las resoluciones judiciales resolviendo la laboralidad de la prestación como a los requerimientos de la ITSS y las sanciones administrativas impuestas a tal fin. Con ello, se trataba de apuntalar las funciones de supervisión y control de la normativa laboral asignadas a la Inspección, con el doble objetivo de asegurar el cumplimiento de sus requerimientos previos y el pago de las multas administrativas impuestas en sus propuestas de sanción, porque, en realidad no estamos ante un delito laboral *strictu sensu*, sino frente a una desobediencia autónoma incriminada destinada a fortalecer, la potestad de au-

⁴⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, cit., p. 78.

⁵⁰ GARCÍA ARÁN, M.: *Comentarios al Código penal. Parte Especial* (Dir. Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán). Tomo I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 1261.

⁵¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, cit., p. 80.

⁵² 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, de desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso.

totutela de la Administración⁵³. Según parece⁵⁴, se trata de una reforma legal apresurada e imprecisa en muchos aspectos, que pretende atajar un problema de índole administrativo mediante la creación de un nuevo tipo delictivo.

B) CONDUCTA TIPIFICADA COMO DELITO

Centrándonos en el delito objeto de estudio, contenido en el artículo 311.3.º CP, la conducta consistente en la ocupación simultánea de una pluralidad de trabajadores sin dar de alta en la Seguridad Social, que puede también denominarse de ocupación colectiva ilegal o de ocupación colectiva irregular, es castigada con penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses⁵⁵.

En este supuesto, el bien jurídico protegido se bifurca en dos. Bien lo describe la LO 7/2012, al señalar que «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».

Además de lo anterior, desde una perspectiva patrimonialista estatal, la economía sumergida supone aproximadamente, el 20% del PIB nacional, y la pérdida de fuertes sumas que no engrosarán ni las arcas de la Seguridad Social en forma de cotizaciones ni el Erario Público en concepto de impuestos derivados de la renta de las personas físicas y por sociedades, por ello, se ha considerado por la doctrina penalista que hubiera resultado más idónea su regulación entre los delitos contra la Seguridad Social (arts. 307 ss. CP) en lugar de su inclusión en el Título XV⁵⁶. Sin embargo, desde una óptica laboral resulta más apropiado incluirlo en este último, porque en realidad lo que se produce es la lesión de un bien jurídico del trabajador y no de la Seguridad

⁵³ HORTAL IBARRA, J. C.: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores». cit., p. 1424.

⁵⁴ MARTÍNEZ GERMÁN: «Novedades en materia de responsabilidad penal en el ámbito laboral». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 993/2023 (BIB 2023\724).

⁵⁵ Si la conducta se llevara «a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado» (art. 311.5.º CP).

⁵⁶ HORTAL IBARRA, J. C.: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores». *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, cit., p. 1435.

Social –como sería el supuesto del artículo 307 CP⁵⁷–, lo que supone un potencial perjuicio o puesta en peligro directa de los derechos de varios trabajadores, como sería el caso de que los trabajadores no llegaran a percibir las prestaciones que le corresponden o vayan a sufrir un perjuicio directo por el incumplimiento del empresario, en cuyo caso sería sancionable como delito⁵⁸. Lo cual, no impide que se produzca concurso con el delito contra la Seguridad Social del artículo 307 CP, porque los bienes jurídicos protegidos son distintos, pues, en el artículo 311 se protegen los derechos de los trabajadores en materia de Seguridad Social, mientras que en el artículo 307 CP el bien jurídico protegido es el patrimonio de la Seguridad Social. En cualquier caso, de producirse concurso entre ambos se estará a lo dispuesto en el artículo 77 CP⁵⁹.

Con respecto al bien jurídico protegido referido al patrimonio de la Seguridad Social, conviene señalar la importante modificación que introdujo la LO 7/2012 en el artículo 307 CP, sobre el fraude a la Seguridad Social por falta de pago de las cuotas, al reducir la cuantía a partir de la cual la infracción es constitutiva de delito, que pasa de los 120.000 euros en un año natural a los 50.000 euros. En ese sentido, a los efectos de determinar la cuantía se estará al importe total defraudado durante cuatro años naturales, lo que no significa que se deba esperar al cumplimiento del período completo en los casos en que esta cuantía se alcance con anterioridad⁶⁰. Y es que, la cuantía de 120.000 euros en un año natural constituía un importe altísimo que impedía la aplicación del delito y la despenalización de conductas defraudatorias inferiores⁶¹. Por ello, el Preámbulo de la LO 7/2012 subraya que la reducción del importe del tipo delictivo supondrá que serán objeto de punibilidad hechos que antes solo eran objeto de sanción administrativa, pero que son objeto de reproche social en los momentos de especial dificultad en el ámbito empresarial

⁵⁷ Según artículo 307 CP, «el que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros».

⁵⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El delito laboral (art. 311.1.º CP) y la STS 247/2017», cit., p. 6.

⁵⁹ En estos supuestos, «se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado» (art. 77 CP).

⁶⁰ PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: «La reforma del delito contra la Seguridad Social operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre». *Revista doctrinal Aranzadi Social*, núm. 4/2013, p. 4.

⁶¹ LOZANO ORTIZ, J. C.: «La protección penal de la Seguridad Social». *Diario Expansión*, 15 de agosto de 2012.

como los que se produjeron con la crisis económica en los finales de la primera década y los inicios de la segunda de este siglo⁶².

Desde el punto de vista empresarial, en supuestos de grave crisis podría cuestionarse si sería posible aceptar la concurrencia de estado de necesidad del empresario como causa de exculpación o de justificación, que excluya la anti-juricidad, a lo que se debe responder de forma negativa⁶³.

a) *Tipificación del delito.*

Las causas que convierten la infracción en delito se describen en el artículo 311.3.º CP⁶⁴:

«3.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 trabajo⁶⁵, 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.»

La finalidad de esta normativa, es sancionar a quienes recurren, de forma masiva o colectiva, a la utilización de trabajadores sin haber formalizado previamente su incorporación al sistema de la Seguridad Social correspondiente⁶⁶. Y dicha incorporación es obligatoria, en las condiciones establecidas le-

⁶² PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: «La reforma del delito contra la Seguridad Social operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre», cit., p. 4.

⁶³ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El delito laboral (art. 311.1.º CP) y la STS 247/2017», cit., p. 10.

⁶⁴ El apdo. 3.º, artículo 311, reubica los dos comportamientos que fueron incorporados en el apdo. 2.º, artículo 311, por LO 7/2012, que anteriormente únicamente eran sancionados en vía administrativo-laboral: a) la contratación simultánea de una pluralidad de trabajadores «sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social» (art. 22.2 LISOS); b) «sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo» (art. 37.1 LISOS).

⁶⁵ La aprobación de la LO 7/2012, amplió el artículo 311 y elevó a la categoría de delito la ocupación simultánea de una pluralidad de trabajadores «sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social» o «sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo» (art. 311.2.º, ahora desplazado al apdo. 3.º por LO 14/2022).

⁶⁶ La STS (Sala de lo Penal) 478/2015, 17 julio, aborda una cuestión interesante, en un caso en el que la ITSS, realizó una visita inspectora a un banquete de bodas, en la que se tomaron datos a las personas que se encontraban presentes previamente al inicio de la actividad como cocineros, camareros. En este

gal y reglamentariamente, independientemente del número de trabajadores y horas de prestación en el mes anterior al momento del cómputo.

Sobre los tramos, que el legislador ha establecido para que se considere como delito, cabe hacer algunas precisiones, solamente, en lo que afecta a la falta de alta en la Seguridad Social, pues, pese a que los criterios para convertirse en delito son iguales que en los casos de ocupación de trabajadores que no hayan obtenido la autorización para trabajar, esta circunstancia será examinada en otro lugar de esta obra.

b) *Delimitación de la conducta.*

En cualquier caso, para dilucidar si las irregularidades pertenecen al ámbito administrativo sancionador o al terreno penal, «la conducta ha de quedar perfectamente constatada en los hechos probados, y en ellos ha de relacionarse el número de trabajadores correspondientes a la empresa o al centro de trabajo al que se refiera el hecho de no comunicar el alta en la Seguridad Social, en el régimen que corresponda, y que al venir referido el tipo a un porcentaje, éste se conecta con respecto al término «afectados», pero que necesariamente se ha de corresponder con la plantilla de la empresa o el expresado centro de trabajo, y esta comparación debe realizarse en términos de igualdad u homogeneidad de magnitudes»⁶⁷. En consecuencia, es necesario que los hechos sean claros y que recojan los elementos precisos para concluir la existencia de delito. De ese modo, si de los hechos probados «se refleja la falta de alta en la Seguridad Social de más de la mitad de los trabajadores que trabajaban en su empresa», era esta quien realizaba las contrataciones-, «y no cabe ignorar que los trabajadores lo hacían en beneficio de la acusada, que era la titular de la explotación y sobre quien recaía la responsabilidad de la falta de alta en la Seguridad Social»⁶⁸.

En consecuencia, la característica esencial para considerar como delito la conducta del empresario –consistente en dar ocupación a trabajadores sin dar

caso, el TS, se hace eco de la SAP Vizcaya 3/2015, 2 febrero, en la que se dice que «aun siendo cierto que ha de darse el alta previamente al inicio de la actividad, y que la presencia de estas personas en el lugar del trabajo (al margen de las dudas que suscite el que, efectivamente, estuvieran ya sirviendo un banquete, que, según todas las apariencias, habría de comenzar sobre las 21,30 horas para sus comensales), ha de interpretarse que no todas las llamadas se presentan en el lugar y en el momento en que se precisan sus servicios, razón por la que se les da de alta una vez en el lugar, y a todos los presentes, no según van llegando, sino a todos juntos, una vez se complete el número necesario para el servicio de que se trate. Por ello –concluye la Audiencia–, no es claro el ánimo de burlar la norma, y ante la duda, la resolución ha de ser pro reo».

⁶⁷ STS (Sala de lo Penal) 478/2015 17 julio.

⁶⁸ STS (Sala de lo Penal) 332/2019 7 febrero.

de alta en la Seguridad Social—, que, en principio, sería una infracción administrativa, es que tal conducta afecte a una «pluralidad de trabajadores» y además que sea de forma simultánea, especificándose por tramos ese número mínimo. De manera que, a partir de 101 trabajadores, el porcentaje de trabajadores afectados por no haber sido dados de alta para su consideración como delito será, al menos del 25% de la plantilla. En el caso de que la empresa tuviera entre 101 y 104 trabajadores afectaría a 25 trabajadores sin dar de alta; entre 105 y 108 afectaría a 26 trabajadores sin dar de alta, de manera que, si tuviera 107 de plantilla, afectaría solo a 25 trabajadores sin haber sido dados de alta porque no alcanza un número entero, el de 26 trabajadores en tal situación. Semejantes cálculos se producirán, en el caso de empresas entre 11 y 100 trabajadores, en las que los trabajadores afectados deben ser, al menos el 50% de la plantilla. De forma que si la empresa, con 100 trabajadores, tuviera simultáneamente 50 trabajadores sin haber sido dados de alta con carácter previo, también se consideraría tal situación como delito, pero si fueran 49 trabajadores ya no lo sería. En este caso, si tuviera, 75 trabajadores, la mitad de trabajadores sin dar de alta que se consideraría sería de 37 trabajadores, pues, aunque la mitad exacta son 37,5, no alcanzaría el decimal a un trabajador. Y lo mismo, en el caso, de que la empresa entre 6 y 10 trabajadores, estuvieran al mismo tiempo sin haber sido dados de alta con carácter previo al inicio de su actividad laboral.

Este tipo de baremación, tiene el inconveniente, de que, el delito, puede ser fácilmente eludido por la empresa, pues conociendo los márgenes que tiene, puede acomodar el número de trabajadores, que simultáneamente se encuentren sin haber sido dados de alta, para no alcanzar el porcentaje mínimo, en función de la plantilla de la empresa para que se considere como delito. Bien es verdad, que es un pobre consuelo, porque de ser detectada la situación no se libraría de las importantes cuantías que llevan consigo las correspondientes sanciones administrativas, que serían incluso mayores que la propia multa penal⁶⁹.

c) *Sentido de la expresión «den ocupación».*

Debe precisarse que la expresión «den ocupación simultáneamente» no se refiere a contratar de manera simultánea sino a «estar ocupando a la vez» a un número de trabajadores cuya alta en la Seguridad Social no ha sido comunica-

⁶⁹ En la infracción administrativa se tiene en cuenta una infracción y correspondiente sanción por cada trabajador lo que incrementará la sanción frente a la multa penal, si bien, en este caso quedaría excluida la pena de prisión.

da⁷⁰. En este punto, la redacción del precepto puede crear confusión, porque en sentido literal, dar ocupación simultánea a una pluralidad de trabajadores, podría interpretarse como la mera contratación, es decir, el momento inicial de la celebración del contrato, en el que, una pluralidad de trabajadores, son contratados a la vez, por lo que, si el empleador contratara de forma espaciada en el tiempo tal conducta no encajaría en el tipo penal, por más que se alcanzaran los porcentajes que se detallan en las letras a) hasta c) del precepto, de ahí la sugerencia de eliminar la referencia al carácter simultáneo de la contratación que, propicia que la aplicación del precepto pueda ser fácilmente burlada por el empleador mediante la contratación sucesiva⁷¹. Si acaso, se debería precisar que la conducta tipificada supondrá, no solo la ocupación, sino también la ejecución del trabajo por cuenta ajena de una pluralidad de trabajadores.

d) *Se considera un solo delito.*

Por otro lado, en los casos en que esa conducta afecte a una pluralidad de trabajadores, respondiendo a la descripción de los porcentajes del artículo 311.3.º CP, la empresa responderá penalmente por un solo delito⁷², un único delito referente a todos los trabajadores afectados por la falta de alta, a diferencia de la normativa administrativa laboral en la que se impone una infracción por cada trabajador afectado (arts. 22.2 y 22.16 LISOS), lo que se traduce en la imposición en vía administrativa, de sanciones pecuniarias más elevadas que las multas penales fijadas. Sin embargo, cualitativamente, el impago voluntario o en vía de apremio de las últimas permitirá que se active la responsabilidad personal subsidiaria y, por tanto, la conversión en privación de libertad o, de aceptarlo el penado, en trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53 CP)⁷³. Concretamente, con carácter general, «si el condenado no satisficere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente»⁷⁴.

⁷⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, cit., p. 199.

⁷¹ ARMENTEROS LEÓN, M.: «Respuesta penal a la contratación de extranjeros sin permiso de trabajo, tras la reforma operada en el Código Penal por Ley Orgánica 7/2012». *Diario La Ley*, núm. 8029, 22 febrero 2013.

⁷² Como se desprende de la STS (Sala de lo Penal) 639/2017, 28 septiembre.

⁷³ HORTAL IBARRA, J. C.: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores». cit., p. 1426.

⁷⁴ Artículo 53.1 CP.

Se trata, en definitiva, de un ilícito administrativo elevado a la categoría de delito en función del porcentaje de trabajadores que dentro de una empresa se encuentren afectados simultáneamente por la situación irregular.

e) *¿Empresa o centro de trabajo?*

El apdo. 3.º, artículo 311, CP, al establecer el baremo en porcentajes de los trabajadores sin dar de alta respecto a la plantilla, lo hace respecto a «la empresa» o «centros de trabajo». Lo que siembra cierta incertidumbre sobre el criterio que debe aplicarse, pues es evidente que si se interpreta respecto al centro de trabajo será más beneficioso para el empresario. Y es que, si existe más de un centro de trabajo, se podría eludir la aplicación de los porcentajes, distribuyendo a los trabajadores en los centros de trabajo de forma que se eluda el traspaso de los límites que le conducirían a la comisión del delito. Por otro lado, esa alternativa, «empresa» y «centro de trabajo», provoca una preocupante inseguridad jurídica al no establecerse cuándo debe considerarse uno u otro criterio.

2. Características del delito

Debe precisarse, que la conducta irregular de falta de alta en la Seguridad Social, es un ilícito administrativo elevado a la categoría de delito en función del porcentaje de trabajadores que dentro de una empresa se encuentren afectados por la situación irregular⁷⁵. No se considera, por ello, el previsible importe de la sanción impuesta a la empresa, ni siquiera distingue la norma, cuestión alguna que tenga que ver con la retribución, jornada, actividad, o cualquier otra característica del trabajo. Además, este tipo penal no requiere engaño, ni abuso de situación de necesidad ni, la imposición de condiciones laborales perjudiciales, pese a que tal situación laboral las propicia, no se exigen en el tipo, al que le basta con los resultados porcentuales establecidos del número de trabajadores afectados en tales condiciones de empleo sumergido que trabajan en la empresa⁷⁶. De manera, que el único criterio tomado en consideración para que la irregularidad se convierta en delito es el número de trabajadores afectados de forma simultánea. Eso significa que se descarta

⁷⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, cit., p. 200.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 199.

■ LOS DELITOS LABORALES

como delito, la falta de alta de un solo trabajador, por muy elevada que sea la cuantía de la sanción impuesta o la pluralidad de trabajadores sin dar de alta, de forma sucesiva y no simultánea.

A) CULPABILIDAD DEL EMPRESARIO Y CONSENTIMIENTO DE LOS TRABAJADORES

Sobre la posibilidad de aplicar el grado de culpabilidad de este delito, el artículo 311.3.º CP no hace alusión alguna, por lo que no se contempla la comisión u omisión imprudente del mismo, según el artículo 12 CP, porque se trata de infracciones dolosas con marcado carácter intencional en que la conducta del sujeto activo (empresario) deberá encaminarse a producir el resultado (perjudicar, suprimir o restringir derechos de los trabajadores) que, constituye elemento objetivo del tipo, excluyéndose de este modo las modalidades de actuación culposa⁷⁷, por lo que no se exige elemento subjetivo alguno del tipo por lo que basta con el dolo, ya sea directo o eventual⁷⁸. Sin embargo, en algún caso puede existir una duda razonable sobre la conducta de la empresa⁷⁹, teniéndose en cuenta la no culpabilidad, según la cual, pese a no haberse dado de alta a los trabajadores en tiempo y forma, y solo haberlo hecho unos minutos después de la visita de los funcionarios de la ITSS, a la vista de las declaraciones de los testigos y de la propia empresa que alegó haber entregado la documentación a la gestoría el día anterior al inicio de la actividad, y que esa era la conducta habitual de la empresa, se produjo una duda razonable en el tribunal, que aplicó el principio en derecho «in dubio pro reo», quedando absuelta la empresa.

Desde el punto de vista de los trabajadores afectados, el consentimiento resulta penalmente irrelevante porque los derechos derivados del contrato de trabajo, se ven afectados por la situación irregular de los derechos derivados de la relación jurídica de Seguridad Social, y por el conjunto de los derechos laborales, sindicales y de seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores afectados, bienes jurídicos indisponibles e irrenunciables⁸⁰.

⁷⁷ RUBIO SÁNCHEZ, F.: «Delito contra los derechos de los trabajadores. [Comentario a la STS (Sala 2.ª) de 5 de febrero 1999]», cit., p. 3.

⁷⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, cit., p. 206.

⁷⁹ En ese sentido, SAP Sevilla, 18 marzo de 2019.

⁸⁰ PRÁCTICUM SOCIAL 2015: «Delitos en materia laboral y de Seguridad Social. La responsabilidad civil derivada de delito», cit., p. 3.

B) SUCESIÓN EMPRESARIAL

En caso de sucesión empresarial, también cometen un delito contra los derechos de los trabajadores, los empresarios que suceden al anterior que, pese a saber los procedimientos utilizados por el anterior empresario, mantienen la omisión del alta en la Seguridad Social, perjudicando a los trabajadores (art. 311.4.º CP⁸¹), y aplicándose la misma pena que si ellos hubieran impuesto directamente esas condiciones (prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses). Si además las mismas se mantienen con violencia e intimidación se impondrán las penas superiores en grado (art. 311.5.º CP).

Al producirse una conducta por la que se omite el alta en la Seguridad Social, también en el caso de transmisión de empresas, según artículo 44 ET, conviene tener en cuenta que si el empresario cesionario no tuviera conocimiento del incumplimiento de las condiciones lesivas del empresario cedente, como la de haber omitido el alta en la Seguridad Social de los trabajadores no incurriría en responsabilidad penal, pero ello no le libraría de las responsabilidades de naturaleza administrativa que llevan consigo los incumplimientos del empresario que le precede⁸². En este caso, la pena es la misma que la establecida en el apartado primero, considerándose por la doctrina científica, que en caso del mantenimiento debía el legislador prever una pena menor⁸³.

El legislador penal en este apdo. 4.º conmina penalmente no sólo a los que imponen a los trabajadores condiciones de trabajo o de Seguridad Social ilegales, también a los que mantienen las condiciones impuestas por la anterior empresa, por lo que el precepto tiene la finalidad de evitar que, en los casos de compraventa o sustitución del empresario, se permita mantener las condiciones ilícitas impuestas a los trabajadores por su anterior empleador, de manera que el delito se consuma con la mera omisión, es decir, cuando el empresario no elimina las condiciones ilegales impuestas por el transmitente y mantiene en situación ilegal a los trabajadores⁸⁴.

⁸¹ Según el apdo. 4.º, artículo 311, CP, también serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses, «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».

⁸² PRÁCTICUM SOCIAL 2015: «Delitos en materia laboral y de Seguridad Social. La responsabilidad civil derivada de delito», cit., p. 5.

⁸³ MORILLAS CUEVA, L.: en Cobo del Rosal (Coord.) Derecho Penal Español. Parte Especial I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 656, citado por DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, cit., p. 214.

⁸⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, cit., pp. 211 y 214.

C) OTROS ELEMENTOS QUE ACOMPAÑAN AL DELITO

Pese a no establecerse ninguna previsión en el artículo 311.3.º CP, con respecto a la conspiración, la proposición (art. 17 CP) y la provocación (art. 18 CP), por lo que no serían sancionables estas conductas, podría existir la complicidad, así como formas asimiladas a la autoría, como la cooperación necesaria e inducción⁸⁵.

3. Ocupación de trabajadoras de «alterne»

La ocupación simultánea de una pluralidad trabajadoras sin estar de alta en la Seguridad Social, es un delito cuya comisión se ha circunscrito en su gran mayoría a la persecución y sanción por ocupar a trabajadoras que desarrollan tareas de alterne⁸⁶.

Al referirme a la actividad de alterne, es ineludible vincularla en la mayoría de supuestos a la prostitución. Se trata de dos actividades que suelen ir íntimamente relacionadas, pero con consecuencias jurídicas muy distintas, pues, la actividad de alterne se define «como aquella consistente en la captación y entretenimiento de clientes, induciéndose a realizar consumiciones y obteniendo por ello una contraprestación de las propias consumiciones»⁸⁷, en cambio, «la actividad será de prostitución cuando además de esa actividad de alterne se lleve a cabo el ejercicio de la prostitución. Desde la perspectiva de la jurisdicción social en el primer caso no cabe duda de que es factible la existencia de una relación laboral, si se dan las notas que caracterizan dicha relación (dependencia y ajenidad) y en el segundo caso no cabe la existencia de relación laboral por ilicitud de la causa, conforme a los artículos 1.271. 1.275 y concordantes de la LECrim»⁸⁸. Y ello, porque, más allá de la reivindicada inescindibilidad entre el alterne y el ejercicio de la prostitución, lo cierto es que, se debe delimitar «entre una labor de alterne, claramente reglamentada en la relación entre las mujeres y la empresa para la que trabajaban, respecto de retribución y horarios,

⁸⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El delito laboral (art. 311.1.º CP) y la STS 247/2017», cit., p. 12.

⁸⁶ STS (Sala de lo Penal) 162/2019, 26 marzo; SSAP Pontevedra 4.ª, 26/2016, 30 junio; Pontevedra 4.ª, 52/2019, 11 octubre; Almería 3.ª, 110/2022, 23 marzo; Asturias 8.ª, 6/2022, 7 febrero.

⁸⁷ La STS (Sala de lo Penal), 792/2022, 29 septiembre, considera laboral, un supuesto en el que se producía la actuación profesional de «alterne» por (21) mujeres (sin dar de alta) que estaban sometidas a un horario («... el Club fijaba el horario de las trabajadoras, con la flexibilidad propia de su actividad entre las 17:00 y las 5:00 horas a.m., coincidiendo con el de apertura y cierre del local») y a cambio de una remuneración («...consistente en una comisión por cada copa en función del precio, siendo establecidas previamente estas cantidades por la empresa y pagadas a las chicas por ésta, no por los clientes»). En el mismo sentido, STS (Sala de lo Penal) 890/2022, 11 septiembre.

⁸⁸ STS (Sala de lo Penal) 162/2019, de 26 de marzo.

y una prostitución ocasional que era fruto siempre de una decisión personal, libre y voluntaria de cada una de ellas»⁸⁹. Se trata, por tanto, de una situación jurídicamente compleja porque intervienen elementos de diversa naturaleza. En ese sentido, la calificación jurídica de una situación jurídicamente compleja está determinada no tanto por la escindibilidad o inescindibilidad de los elementos que la integran, sino por la relación de prevalencia existente entre los mismos, por eso, cuando se declara probado que los servicios de la actividad de alterne se realizan de forma voluntaria y remunerada (comisiones y alojamiento) por cuenta de una empresa en el ámbito de su organización y dirección (horario de trabajo y uniforme), es decir que la sentencia describe los elementos ajenidad y dependencia propios de una relación laboral por cuenta ajena⁹⁰.

Por el contrario, en aquellos supuestos en los que se identifica una actividad de prostitución por cuenta ajena y los actos de «alterne» se consideren puramente accesorios o instrumentales de aquella, la jurisprudencia del TS ha calificado el objeto de ilícito y, en consecuencia, ha negado que pueda reconocerse la existencia de un contrato laboral⁹¹, sin perjuicio de las acciones que, en protección de los derechos fundamentales lesionados, otorgan a las personas que han sufrido tal situación los artículos 177 a 185 de la Ley de la Jurisdicción Social. Sin embargo, descartada la subordinación a terceros en el ejercicio de la prostitución, «la Jurisprudencia de la Sala de lo Social⁹² no ha dudado en afirmar el carácter laboral de la actividad de «alterne» siempre que se acredite la ajenidad de la prestación y la dependencia de dicha actividad en el seno de una organización empresarial. La razón fundamental estriba en que la actividad de «alterne» genera unos rendimientos económicos, consecuentes a la previa organización de capital y trabajo, que deben estar sometidos a las condiciones tributarias y laborales que protejan a los trabajadores»⁹³.

⁸⁹ SAP 155/2020, 10 junio.

⁹⁰ STSJ Cantabria (Sala de lo Penal) 9/2020, 24 septiembre. En el supuesto ventilado en esta sentencia, señala el TSJ, que la «relación de trabajo por la actividad de alterne permitía a las mujeres en cuestión acceder al ejercicio de la prostitución en las mismas habitaciones que la empresa ponía a su disposición como alojamiento gratuito. La condición de prestadora de servicios de alterne era la que permitía el ejercicio de la prostitución en el hotel, previo pago de lo pactado a la empresa por cada uno de los servicios. En esta relación, el ejercicio por cuenta propia de la prostitución era una actividad subordinada a la prestación de los servicios de alterne por cuenta ajena».

⁹¹ STS (Sala de lo Social) 29 octubre 2013 (rec. 61/2013).

⁹² STS (Sala de lo Social) 18/2004, 27 noviembre; STS (Sala de lo social) 584/2021, 1 julio, en la que, «si bien se excluye a la prostitución por cuenta ajena como relación laboral, se declara legal la constitución del Sindicato OTRAS, cuyo ámbito funcional de representación y actividad sindical se refiere a «actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes», entre las que cabe encontrar la de «alterne»; STS (Sala de lo social) 1084/2016, 21 septiembre, que reafirma la laboralidad de la actividad de «alterne» desligada del ejercicio de la prostitución por cuenta ajena.

⁹³ STS (Sala de lo Penal) 34/2023, 25 enero.

En este sentido, la Jurisprudencia del TJUE⁹⁴, señala que la prostitución por cuenta propia no puede afirmarse que esté prohibida por el derecho internacional o el Derecho de la Unión siempre y cuando se demuestre que el prestador del servicio la ejerce bajo las siguientes condiciones: inexistencia de cualquier vínculo de subordinación en la elección de dicha actividad y en las condiciones de trabajo y de retribución; ejercicio bajo responsabilidad propia; recepción íntegra y directa por quien la presta de la remuneración pactada. En consecuencia, si las personas que desarrollan «la actividad laboral de «alterne» que se declara probada pudieran, además, ejercer eventualmente la prostitución por cuenta propia no tinta a aquella de ilicitud causal y, en consecuencia, no diluye las obligaciones del empresario de darles de alta en la Seguridad Social por la actividad lícita efectivamente ejecutada»⁹⁵.

En suma, la actividad de alterne puede dar lugar a una relación laboral, si reúne las notas de laboralidad del artículo 1.1 ET, distinguiéndose entre la prostitución ejercida por cuenta propia, y la ejercida por cuenta ajena. Teniendo en cuenta que la explotación de la prostitución por cuenta ajena «no es una relación laboral permitida por nuestro ordenamiento»⁹⁶.

4. Sobre la proporcionalidad de la pena derivada del delito

Conviene reflexionar acerca de si resulta adecuada la transformación de meros ilícitos administrativo-laborales (art. 22.2 LISOS) en delitos, castigados con una pena draconiana de hasta seis años de prisión o nueve años, de concurrir, respectivamente, el tipo básico (art. 311.1.º CP) o el agravado (art. 311.5.º CP)⁹⁷, porque la proporcionalidad que justifica la intervención del Derecho Penal va dirigida a proteger a los trabajadores frente a los incumplimientos

⁹⁴ STJUE, 20 noviembre 2001, Caso Jany y otros, Asunto C-268/99; STJUE 16 diciembre 2010, Caso Josemans, Asunto C-317/09; STJUE 1 octubre 2015, Caso Harmsen c. Burgemeester van Amsterdam; STJUE 8 mayo 2019, caso PL c. Landespolizaidirektion Tirol, Asunto C-230/18.

⁹⁵ STS (Sala de lo Penal) 34/2023, 25 enero; STS (Sala de lo Penal) 237/2023, 30 marzo.

⁹⁶ STS (Sala de lo Social) 27 noviembre 2004; STS (Sala de lo Penal) 425/2009, 14 abril; STS (Sala de lo Penal) 792/2022, 29 septiembre.

⁹⁷ HORTAL IBARRA, J. C.: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores». cit., p. 1423. Más adelante, el autor reflexiona sobre si la contratación de un trabajador nacional –o extranjero regular– omitiendo el alta en la Seguridad Social, «podría, a lo sumo, erigirse en un presupuesto sobre el que fundamentar una posterior e hipotética abusiva imposición de condiciones laborales. Pero en modo alguno se traduce, siempre y en todo caso, en una efectiva y sustancial negación del conjunto de derechos laborales mínimos reconocidos a este vulnerable colectivo. Lo primero puede justificar la configuración de un ilícito administrativo-laboral, pero lo segundo carece de entidad suficiente para legitimar su tipificación y la consiguiente imposición de una pena privativa de libertad, además, del todo punto desproporcionada» (p. 1436).

más graves, de manera que solamente cuando se produzca la vulneración de los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores y en la medida en que sea notable tal vulneración, podrá estar justificada la intervención penal⁹⁸.

Se trata de un delito en el que se castiga únicamente la conducta dolosa, en la que será necesario que concurra el conocimiento de la obligación de curar el alta del trabajador en la Seguridad Social, y la voluntad de incumplir esta obligación, para que la conducta adquiera relevancia penal, además de superar el umbral que marca el carácter colectivo del incumplimiento⁹⁹. En definitiva, ese principio de proporcionalidad que debe informar el *ius puniendi* del Estado aconseja interpretar que sólo la vulneración de los derechos considerados mínimos e irrenunciables para el trabajador constituye la conducta típica¹⁰⁰.

En el ámbito procesal, sucede algo parecido, pues, como se ha puesto de manifiesto, las actas de infracción de la Inspección de Trabajo «no pueden ser valoradas como prueba de cargo a estos efectos, pues la presunción *iuris tantum* de certeza que establece el artículo 53.2 LISOS, que rige en el derecho laboral, no puede desplegar tales efectos en el proceso penal en que rigen principios contrarios como la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*»¹⁰¹. Sin embargo, desde la óptica laboralista destaca la incoherencia de que el tipo penal sea más amplio que el ilícito administrativo al no incluir el contrato individual como fuente de derechos cuya infracción se sanciona, lo que vulnera el principio de proporcionalidad, porque, con carácter general el Derecho Penal conoce sobre violaciones del orden público social que se proyecta sobre la protección de las condiciones de trabajo o de Seguridad Social¹⁰².

Todo ello, no esconde, la existencia de un claro diálogo entre la sala 2.^a y la sala 4.^a del TS, pues son numerosas las ocasiones en las que la Sala de lo Penal acoge la doctrina elaborada en materia laboral para superar ciertos obstáculos y alejarse de una línea interpretativa que, por formalista, podría dejar sin sanción algunos comportamientos considerados como inadmisibles, siendo verdad que la Sala 2.^a del TS, supera en determinadas cuestiones, el alcance del Derecho laboral, al quedar este condicionado a la licitud del contrato de trabajo, como sucede en el ejercicio de la prostitución en condiciones de ex-

⁹⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El delito laboral (art. 311.1.º CP) y la STS 247/2017», cit., p. 9.

⁹⁹ PRÁCTICUM SOCIAL 2015: «Delitos en materia laboral y de Seguridad Social. La responsabilidad civil derivada de delito», cit., p. 3.

¹⁰⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El delito laboral (art. 311.1.º CP) y la STS 247/2017», cit., p. 9.

¹⁰¹ SAP (Sala de lo Penal) 24/2017, Guadalajara, 31 octubre (FJ 1).

¹⁰² SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El delito laboral (art. 311.1.º CP) y la STS 247/2017», cit., p. 4 y nota 10 de la p. 10.

plotación, así como el concepto de trabajador del ET, sustituyéndolo por un concepto más amplio¹⁰³.

IV. ALGUNAS PROPUESTAS SURGIDAS DE LA REFLEXIÓN

He querido, de intento, analizar separadamente, la conducta empresarial consistente en la omisión de dar de alta en la Seguridad Social a los trabajadores previamente al inicio de su actividad laboral, porque, en realidad, es esta misma conducta la que se sanciona por el ordenamiento administrativo o se penaliza por el Derecho Penal. El hacerlo de esta manera me ha permitido descubrir algunas de las diferencias entre ambos, así como otras cuestiones que plantean dificultades de aplicación que convendría solucionar o al menos mejorar. En ese sentido, la comisión de este delito lesiona dos bienes jurídicos protegidos, como son, el derecho de los trabajadores a percibir futuras prestaciones, pero también constituye una lesión al patrimonio de la Seguridad Social, que es necesario precisamente para satisfacer el derecho de los trabajadores.

La primera de las cuestiones hace referencia al propio título del capítulo. Pues, aunque parece sencillo distinguir quien debe ser el aplicador, la ITSS y la Jurisdicción Social o la Jurisdicción Penal, en la práctica no es así, porque puede ocurrir que confluyan ambos operadores en una misma situación. La existencia de cierta difuminación de las fronteras de los ilícitos administrativo-laborales de los delitos penales, en ocasiones dificultan la adscripción a uno u otro ordenamiento jurídico. Desde luego, la conducta básica la describe fielmente el artículo 22.2 LISOS, al señalar que, se considera infracción grave, «no solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido». Lo que lo convierte en delito, según el artículo 311.3.º CP, es que se trate de la ocupación simultánea de una pluralidad de trabajadores cuando se traspasen los porcentajes del 25% en empresas o centros de trabajo con más de 100 trabajadores; 50% en empresas o centros de trabajo entre 11 y 100 trabajadores o la totalidad en empresas o centros de trabajo entre 6 y 10 trabajadores.

En ese sentido, se observa cierta discordancia entre ambos ordenamientos, pues, el hecho de que el paso del orden Social al Orden Penal, dependa exclusivamente del número de trabajadores afectados sin haber sido dados de

¹⁰³ CEINOS SUÁREZ, A.: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo». *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 253/2022 (BIB 2022\1775), p. 23.

alta, provoca, que, sin perjuicio de la pena de prisión, automáticamente se reduzca la multa, al considerarse un solo delito, por muchos trabajadores que hayan sido ocupados sin estar de alta, mientras que si se mantuvieran en el Orden Social, el castigo que se impone a la empresa es una sanción elevada, por cada trabajador. Creo que esto requiere una reflexión, porque no le veo sentido, que las multas penales resulten más favorables que las sanciones administrativas derivadas del Orden Social.

Otra cuestión, es esa arriesgada interpretación de la expresión que se refiere a «los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores», como si solo se considerara el momento de la contratación, cuando es evidente que el legislador se refería, no solo a ese momento, sino a todo el desarrollo de la relación laboral. Por eso, debería modificarse, para evitar que las contrataciones sucesivas de trabajadores sin dar de alta puedan poner en peligro la correcta aplicación del precepto, dejando bien claro que la ocupación simultánea lo será al principio y en cualquier momento de la relación laboral.

Finalmente, resulta inquietante, que el legislador al concretar los porcentajes de trabajadores ocupados sin estar de alta en la Seguridad Social, lo haga con referencia a «las empresas o centros de trabajo», de manera que, si existe más de un centro de trabajo, se podría eludir la aplicación de los porcentajes, distribuyendo a los trabajadores en los centros de trabajo para evitar que se traspasen los límites que le conduciría a la comisión del delito. Pero, además, la existencia de ambas posibilidades, «empresa» y «centro de trabajo», crea, de por sí, inseguridad jurídica al no establecerse cuándo debe considerarse uno u otro criterio.

Son algunas de las cuestiones que siembran ciertas dudas a la hora de aplicar la conducta de la empresa que requiere, como sugiere el título de este capítulo, un claro deslinde entre la infracción administrativa y el delito, a propósito de la ocupación de trabajadores sin alta en la Seguridad Social.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTEROS LEÓN, M.: «Respuesta penal a la contratación de extranjeros sin permiso de trabajo, tras la reforma operada en el Código Penal por Ley Orgánica 7/2012». *Diario La Ley*, núm. 8029, 22 febrero 2013.
- ARROYO ZAPATERO, L. A.: «El “ne bis in idem” en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social». *Las fronteras del Código penal y el Derecho Administrativo sancionador*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, núm. 11.

■ LOS DELITOS LABORALES

- CEINOS SUÁREZ, A.: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo». *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 253/2022 (BIB 2022/1775).
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*. Tirant lo blanch. Tratados. Valencia. 2020.
- FERNÁNDEZ DíEZ, A.: «Plan extraordinario de regularización y control del empleo sumergido», *Información Laboral*, núm. 5, 2011.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social*. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Colección Seguridad Social, núm. 37. Madrid. 2014.
- GARCÍA ARÁN, M.: *Comentarios al Código penal. Parte Especial* (Dir. Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán). Tomo I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- HORTAL IBARRA, J. C.: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores». *Comentarios al Código Penal. Reformas LL. OO. 1/2023, 3/2023 y 4/2023* (Directores: Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig, coordinadores: Guillermo Ramírez Martín y Gabriel Rogé Such). Tirant lo blanch. Tratados. Valencia. 2024.
- LOZANO ORTIZ, J. C.: «La protección penal de la Seguridad Social». *Diario Expansión*, 15 de agosto de 2012.
- MARTÍNEZ GERMÁN: «Novedades en materia de responsabilidad penal en el ámbito laboral». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 993/2023 (BIB 2023\724).
- MORILLAS CUEVA, L.: en Cobo del Rosal (Coord.) *Derecho Penal Español. Parte Especial I*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: «La reforma del delito contra la Seguridad Social operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre». *Revista doctrinal Aranzadi Social*, núm. 4/2013.
- RUBIO SÁNCHEZ, F.: «Delito contra los derechos de los trabajadores. [Comentario a la STS (Sala 2.^a) de 5 de febrero 1999]». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Vol. Paraf. I14 (BIB 1999\690).
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El delito laboral (art. 311.1.º CP) y la STS 247/2017». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2017 (BIB\2017\13144).

CAMUFLAJE DE LA CONTRATACIÓN LABORAL (CP ART. 311.2º)

M.^a ELISA CUADROS GARRIDO

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. Delimitación: el trasfondo de la creación del delito de imposición de condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo (art. 311.2.º CP). II. Una plataforma para el fraude: el TRADE, su configuración jurídica. III. Estructura del tipo penal: imposición de condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo. 1. Autoría. 2. Tipos. 3. Características del delito. 4. Norma penal en blanco: infracción de derechos laborales. 5. Conducta tipificada. 6. Comisión del delito. 7. Falta de exigencia de medio. 8. Agravación. IV. Reflexiones conclusivas. Bibliografía.

I. DELIMITACIÓN: EL TRASFONDO DE LA CREACIÓN DEL DELITO DE IMPOSICIÓN DE CONDICIONES ILEGALES MEDIANTE FÓRMULAS AJENAS AL CONTRATO DE TRABAJO (ART. 311.2º CP)

La fenomenología propia de la prestación de servicios mediante plataformas digitales constituye una nueva versión del mercado donde se sigue comprando y vendiendo trabajo por cuenta ajena y se plantea un problema de fondo; ciertas manifestaciones con aplicaciones de plataformas digitales pueden convertirse de forma irregular o fraudulenta en «yacimientos» de empleo precario y de falsos autónomos contrariando la función del Derecho en general y,

del ordenamiento laboral en particular, al que repugna que la economía 4.0 transite, a la par que la precariedad y el fraude laboral de los trabajadores 4.0¹. Observamos cómo se ha evolucionado de un uso artesanal y ocasional de la figura de los falsos autónomos a un empleo masivo y casi industrial de esta práctica, impulsado por estrategias diseñadas para maximizar los beneficios empresariales a costa de los derechos sociales².

Las mutaciones del mundo del trabajo someten a una prueba de resistencia la capacidad inclusiva de los conceptos tradicionales, no sólo del concepto de trabajador, sino también el relativo al término empleador. El trabajo a pedido y la economía de plataformas digitales, no implican la forma tradicional de empleo con relación de dependencia, ni se llevan a cabo en los típicos lugares. Ello ha hecho imprecisos los límites de la relación de laboral sobre cuyas bases ha funcionado históricamente el diálogo social y la cooperación con el empresario.

Las plataformas digitales prestadoras directas de servicios, se caracterizan porque presentan algunas pautas comunes con el empleador clásico, pues imponen sus normas a los prestadores de servicio personal, sin margen de negociación ninguno por parte de estos, fijan los precios de los servicios, distribuyen porcentajes y asumen el riesgo de negocio. Pero también hay diferencias como que el *crowdworker* elige cuándo y dónde prestar sus servicios, pero ello no imposibilita el encuadramiento actual pleno en el contrato de trabajo.

La alerta mundial y el confinamiento aumentaron de sobremanera la demanda de los servicios de plataformas digitales, reconduciendo el negocio hacia necesidades básicas como productos de parafarmacia o supermercado; un servicio que ya se prestaba por alguna compañía pero que ahora ha multiplicado su uso, o bien se creó al efecto por algunas plataformas, ello nos muestra la rápida capacidad de este tipo de negocios de adaptación a las realidades cambiantes, mucho mayor que los negocios tradicionales.

En la Unión Europea operan unas 500 plataformas digitales de trabajo, que se encuentran activas en todos los países de la UE; más de 28 millones de personas en la UE trabajaron en 2022 a través de una o varias plataformas di-

¹ El trabajador 4.0 se caracteriza por tener limitada libertad en la mayoría de los aspectos fundamentales de su prestación de servicios, porque se encuentra abocado a utilizar la economía digital para adquirir obtener unos ingresos sin los cuales no podría garantizarse su subsistencia, estando sometido al imperativo contractual de la economía bajo demanda.

² ARA ESPASA, Alberto, CAMINO FRÍAS, Juan José, TUDÓN VALLS, José Miguel: «El trabajo autónomo y el falso autónomo» en AA. VV.: FABREGAT MONFORT, Gemma; BOHIGUES ESPARZA, María Desamparados (coors.): *Revisitar la obra de Carlos L Alfonso desde una perspectiva actual, Homenaje al profesor Carlos L. Alfonso Mellado con ocasión de su jubilación como catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2023.

giales y se estima que el próximo año 2025 esa cifra alcance los 43 millones³. La UE ha establecido una nueva norma para mejorar las condiciones laborales del colectivo de las personas que trabajan en la economía por encargo, la Directiva para la mejora de las condiciones laborales en plataformas digitales de trabajo⁴. Los dos logros más significativos que pretende conseguir la normativa son ayudar a determinar la situación laboral correcta de las personas que trabajan para las plataformas digitales y establecer las primeras normas de la UE sobre el uso de los sistemas de algoritmos en el puesto de trabajo.

En España, la sentencia emitida por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 25 de septiembre de 2020⁵, significó un hito en la lucha contra el fraude en la contratación laboral mediante la simulación contractual en el ámbito de las plataformas digitales. Esta resolución propició la entrada en vigor de dos normas importantes. La primera es la Ley *Rider*⁶, que modificó el Estatuto de los Trabajadores en sus artículos 8.1 y 64.4, y la segunda es la reforma del Código Penal operada a través de la Ley Orgánica 14/2022⁷, que añade al artículo 311 un nuevo párrafo segundo para introducir un nuevo delito dentro del título «De los delitos contra los derechos de los trabajadores»,

³ <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/platform-work-eu/>

⁴ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de abril de 2024, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales (COM (2021)0762 – C9- 0454/2021 – 2021/0414(COD)).

⁵ STS 25 septiembre 2020, rec. 4746/2019 (ECLI: ES: TS: 2020:2924). La sentencia reconoce que la prestación de servicios del demandante, rider de Glovo, se considera laboral, pues se cumplen las notas de la laboralidad establecidas en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (voluntariedad, remuneración, ajenidad y dependencia). Es importante destacar que el eje central que define el ámbito de aplicación del derecho laboral y del contrato de trabajo como tipo contractual en este ámbito sigue siendo la subordinación, pero ahora basadas en una *ajenidad y dependencia*, en este caso, *tecnológicas*:

— Reputación *on line*. El cliente valora la calidad del trabajo realizado a través de la aplicación informática de la plataforma puntuando al prestador del servicio. Tal sistema informático permite clasificar a los trabajadores en función de su puntuación, buena o mala. Y en el supuesto de que existan buenas críticas se otorgarán más tareas, y en el caso contrario si la puntuación no llega a un mínimo, se desactivará al trabajador.

— Propiedad de la información. El empresario posee toda la información: los datos de los clientes, los precios, la calidad de los servicios, etc.

— Capacidad de crecimiento del negocio. El prestador del servicio solo aporta mano de obra.

— *Know-how*. Quien aporta el conocimiento es el empresario, el que lo aplica es el trabajador.

— Ajenidad en la marca. Actuar en nombre de la marca, impide que se actúe en nombre propio, en el mercado lo que se conoce es la marca.

⁶ 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. BOE núm. 233, de 29/09/2021.

⁷ 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. BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2022.

que entró en vigor el 12 de enero de 2023⁸, probablemente esta norma surge por la falta de eficacia de las extrapenales⁹. Cierta doctrina considera que no estaríamos ante un delito laboral *strictu sensu*, sino más bien una desobediencia autónomamente incriminada encaminada a fortalecer, en última instancia, la potestad de autotutela de la Administración Pública¹⁰. Se alega además que la necesidad de una sanción penal constituye de por sí un fracaso en el desarrollo sano de las relaciones laborales y del respeto a la autoridad laboral y al orden social de la jurisdicción en sus requerimientos¹¹.

El tipo es la imposición o el mantenimiento, se entiende que, en contra de requerimiento o sanción administrativa, de condiciones ilegales a los empleados mediante su contratación con fórmulas ajenas al contrato de trabajo o las mantengan. Esta supone la segunda modificación del artículo 311, respecto del texto original de 1995, tras la efectuada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre¹² para tipificar y castigar a quienes contratasen sin permiso de trabajo o sin dar de alta en la Seguridad Social a un determinado número de trabajadores dependiendo del tamaño de la empresa.

Esta medida, que busca aumentar el rigor de los castigos para prevenir abusos empresariales hacia los trabajadores, ha recibido numerosas críticas, se llega a hablar de precarización del Derecho penal del trabajo¹³. Los detractores argumentan que, si la norma no se aplica siguiendo el principio de mínima intervención del derecho penal¹⁴, los conflictos laborales se convertirán en

⁸ Atendiendo al preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, con el siguiente tenor: «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» resulta patente que esta modificación guarda estrecha relación con las plataformas digitales de servicios.

⁹ Se ha llegado a afirmar que no se puede poner remedio al débil papel de la Inspección de Trabajo, *tirando de Código Penal*, sino que se hace fortaleciéndola personal y presupuestariamente. De Manuel CANCIO MELIÁ. Vid. [elpais.com](https://elpais.com/2022-12-11/ruido-y-furia-en-torno-a-la-reforma-penal.html) (2022, 11 diciembre). «Ruido y furia en torno a la reforma penal». <https://elpais.com/2022-12-11/ruido-y-furia-en-torno-a-la-reforma-penal.html>

¹⁰ CORCOY BIDASOLO Mirentxu (Dir.); MIR PUIG Santiago (dir): *Comentarios al Código Penal. Reformas LL. OO. 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, Tirant lo Blanch, 2024.

¹¹ CRUZ VILLALÓN, Jesús: «Los riders de la presunción de laboralidad a la sanción penal» en AA. VV. FABREGAT MONFORT, GEMMA MARÍA y DESAMPARADOS BOHIGUES ESPARZA (coors.) *Revisitar la obra de Carlos L Alfonso desde una perspectiva actual, Homenaje al profesor Carlos L. Alfonso Mellado con ocasión de su jubilación como catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2023.

¹² 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, BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012.

¹³ CORCOY BIDASOLO Mirentxu y MIR PUIG Santiago (dirs): *Comentarios al Código Penal. Reformas LL. OO. 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, *op.cit.*

¹⁴ Consiste en la exigencia de que el derecho penal solamente intervenga en casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Integrado por tres pilares fundamentales, el respeto al ca-

conflictos penales de manera generalizada. No obstante, lo anterior, el capítulo de delitos contra Derechos de Los Trabajadores, no se puede calificar como frecuente si se tiene en cuenta el contexto delictivo en general, si atendemos a los últimos datos oficiales existentes de 2022 en relación con la tasa de criminalidad, se recogieron 600 delitos contra derechos de los trabajadores dentro de 2.325.358 de tasa total de criminalidad¹⁵.

El precepto del 311.2.º para otro sector de la doctrina cubre una nueva laguna de punibilidad referida a hechos vinculados a TICs caracterizados con un incumplimiento masivo del contrato de trabajo negando así a los trabajadores derechos individuales y colectivos a los que tienen¹⁶.

Pero el delito no solo pueden padecerlo *riders*, en la mente del legislador, es cierto que planeó la idea de combatir el fenómeno de los falsos autónomos en general y, nada impide su extensión a otros grupos de casos en que el vínculo formalmente generado no coincide con el materialmente suscrito como los «falsos cooperativistas de trabajo asociado», o los «falsos becarios», por ejemplo.

Verdaderamente lo que castiga el artículo 311.2.º es un auténtico camuflaje de la laboralidad¹⁷, una estrategia que emplean algunas empresas que puede tomar diversas formas, dependiendo del contexto y de los objetivos del empleador que encubre una actividad paralela y real la de trabajador con las notas del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores. El camuflaje de la laboralidad implica una falta de transparencia y honestidad en el entorno de trabajo. Sin embargo, en algunas situaciones, los empleados pueden sentir que es una medida necesaria impuesta.

rácter fragmentario del Derecho Penal, su consideración como *última ratio*, y por último su *naturaleza accesoria*. Vid. MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio: «El principio de intervención mínima, Anuario de derecho penal y ciencias penales», Tomo 40, Fasc/Mes 1, 1987, pp. 99-13.

¹⁵ El hurto con 642.579 constituye el delito más común, seguido del robo con fuerza en domicilios con 120.676 y el tercero el robo con violencia o intimidación con 63.711. Vid. Tasa anual de criminalidad (infracciones penales por mil habitantes) correspondiente a 2022. Ministerio del Interior. <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/seriesAnuales.html>

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, 2023, p. 383

¹⁷ El «camuflaje de la laboralidad» se refiere a la práctica de disfrazar o encubrir una relación laboral auténtica para evitar las obligaciones y responsabilidades legales asociadas con el empleo formal. Esto a menudo implica contratar a trabajadores como autónomos o *freelancers*, cuando en realidad deberían ser empleados con contrato, beneficiándose así de la reducción de costos relacionados con impuestos, seguridad social y otros beneficios laborales. En estas situaciones, aunque el trabajador cumple con las características de un empleado (como tener un horario fijo, recibir instrucciones directas del empleador, y utilizar herramientas y equipos proporcionados por la empresa), es clasificado como autónomo. Esta práctica es ilegal y puede llevar a sanciones y multas para la empresa que la lleva a cabo, además de privar al trabajador de derechos y beneficios importantes.

II. UNA PLATAFORMA PARA EL FRAUDE: EL TRADE, SU CONFIGURACIÓN JURÍDICA

Sabemos que la mayor parte de los *riders* se encubren bajo el paraguas de la figura del TRADE. Todo comienza con la aprobación del Estatuto Trabajador Autónomo¹⁸ que (LETA) introdujo una nueva figura jurídica en el ordenamiento, que fue la del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE), según el artículo 11.1 LETA, es aquel autónomo que realiza 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 depende económicamente por percibir de él, al menos el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

La primera parte del concepto legal es la que define a un autónomo *sui generis* (realización del trabajo de forma personal), y es en el segundo inciso, donde se encuentra el matiz propio o piedra angular de la figura que es la nota de dependencia económica en la que se encuentra sumergido el TRADE.

Los rasgos del autónomo dependiente, son controvertidos desde un inicio y con las posteriores reformas del texto legal la figura no se ha clarificado, sino que se ha difuminado introduciendo mayor oscuridad, sobre todo con la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, introdujo la posibilidad de que el TRADE contratara asalariados en determinados supuestos. No resulta de aplicación el ámbito del Derecho del Trabajo en general, por ello no están dentro del ámbito de la ley de protección contra el despido, aunque existen excepciones que sí tienen una regulación de carácter laboral en iguales condiciones que los trabajadores subordinados en las siguientes materias:

- Vacaciones.
- Permisos retribuidos para formación.
- Derecho a la afiliación en los sindicatos.
- Derecho a la negociación colectiva.
- Obligaciones del empresario en materia de prevención de riesgos laborales¹⁹.

¹⁸ Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. BOE núm. 166, de 12/07/2007.

¹⁹ Las plataformas digitales quedan exoneradas de cualquier obligación en materia preventiva, pese a que se trata de una actividad con numerosos riesgos, al desarrollarse el trabajo en su mayor parte en bicicletas por carretera, patinetes eléctricos o motocicletas.

Procedemos dar unas pinceladas sobre los aspectos fundamentales del TRADE, siendo requisitos concurrentes: la dependencia económica, la necesidad de contrato por escrito y la autonomía funcional, si falta alguno de los tres no se estará ante tal figura:

A) DEPENDENCIA ECONÓMICA RESPECTO DE UN SOLO CLIENTE

Es aquí donde reside el criterio que sirve para delimitar la figura del trabajador autónomo dependiente del autónomo clásico, que carece de esta vinculación económica respecto de las personas con las que concierta relaciones jurídicas, en el caso del TRADE la existencia de esta dependencia se eleva a criterio fundamental: al cliente principal, le debe más del 75% de sus ingresos.

El otro 25 % restante de los ingresos puede proceder de otros clientes o incluso de su trabajo por cuenta ajena al no ser incompatibles el trabajo autónomo con el realizado por otro empresario.

B) SUSCRIPCIÓN DE UN CONTRATO POR ESCRITO Y REGISTRO DE ESTE

Es necesario que la relación entre TRADE y cliente principal sea por escrito, a diferencia del derecho alemán y en España a diferencia del resto de los trabajadores autónomos y de los trabajadores por cuenta ajena respecto a los que rige el principio de libertad de forma del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Según el artículo 12.1 LETA el contrato entre el TRADE y el cliente principal debe ser formalizado por escrito. Dicho contrato está enmarcado dentro del ámbito de la voluntad propio de una relación civil o mercantil y en él ha de recogerse:

— La identificación de las partes: condición expresa de TRADE respecto a un único cliente principal.

— Objeto y causa del contrato. Se ha de fijar un precio de la obra o servicio sin que se establezca una cantidad mínima garantizada legalmente.

— El régimen de la interrupción anual de la actividad, del descanso semanal y de los festivos, así como la duración máxima de la jornada de la actividad, incluyendo su distribución semanal si ésta se computa por mes o año.

El Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo economi-

camente dependiente y su registro. Existe un modelo de contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente recogido en el Anexo del Real Decreto 197/2009, que tiene carácter meramente indicativo.

Cabe precisar que la jurisprudencia ha venido interpretando dicho precepto en el sentido de que la forma escrita y el registro en la oficina correspondiente, no tiene carácter constitutivo de la relación, de ahí que por efecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social¹⁴, a partir del 11/12/2011 se modificara la regulación legal, introduciendo el artículo 11 *bis*, dedicado al reconocimiento de la condición de TRADE.

El requisito de la comunicación al cliente principal del TRADE produce mucha conflictividad judicial:

— Respecto a los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 20/2007, de 11 julio, y que no se adaptaron las previsiones de este. La cuestión ya fue resuelta por la STS 12 de julio 2011, que declaró la incompetencia de jurisdicción para los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 20/2007: tal argumentación basa su razonamiento en que el artículo 1.256 del Código Civil prohíbe que la validez y el cumplimiento de un contrato queden al arbitrio de una de las partes, resulta que el contrato sería nulo por un vicio del consentimiento prestado por el «cliente», al ignorar la naturaleza del contrato suscrito (artículo 1.266 del Código Civil). Para evitar esa nulidad, la Ley impone que el trabajador notifique a quien le contrata su condición de dependiente en los términos previstos en ella, como requisito constitutivo del contrato, por ello si tales previsiones no se cumplen, los tribunales vienen declarando la incompetencia de la jurisdicción social.

— Respecto del requisito de comunicación a la empresa cliente de la condición de dependencia constituye un requisito *ad solemnitatem*, por lo que la falta del mismo determina su inexistencia y, por tanto, la incompetencia de la jurisdicción laboral.

En definitiva, el régimen jurídico del TRADE, no se aplica a quien tiene los requisitos constitutivos de un TRADE, sino a quien, cumpliéndolos, concierne un contrato de esta naturaleza.

C) AUTONOMÍA FUNCIONAL

Supone llevar a cabo su actividad de manera diferenciada respecto al resto de trabajadores cualquiera que sea su naturaleza contractual, que presten servicios por cuenta del cliente. Es TRADE el que ejerce la profesión, pero no

junto con otros profesionales, aunque sea en dependencias del cliente. Implica realizar la actividad bajo criterios organizativos propios: No es por tanto TRADE el que realiza su trabajo dentro de la actividad productiva de la empresa e incluido en su círculo rector y organizativo, sino que es trabajador por cuenta ajena sin que obste a tal calificación la retribución mediante facturas, el alta del trabajador en el RETA y la aportación por éste de las herramientas para el trabajo.

Conlleva, disponer de infraestructura productiva y material propio necesario para el ejercicio de su actividad. Este requisito se entiende por cumplido, incluso, en supuestos de aportaciones de elementos de escasa relevancia económica.

Por último, se ha de percibir una contraprestación económica en función del resultado de la actividad de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo el riesgo y ventura. Incluso mediante sistema de pago es de carácter mixto: fijo y a comisión o incluso en algunas ocasiones únicamente a comisión.

D) ACUERDOS DE INTERÉS PROFESIONAL

Constituyen una figura novedosa, sui generis, que funciona como norma híbrida, entre un convenio colectivo estatutario y el extraestatutario, cuyas fuentes de aplicación son la Constitución Española y el Código Civil debido a que su eficacia personal queda limitada a las partes negociadoras y al TRADE.

Establecen las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de la actividad de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, así como a otras condiciones generales de contratación.

En todo caso, se establecen dos limitaciones en cuanto al contenido de estos acuerdos de interés profesional:

- Deben observar los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia.
- Deben respetar las disposiciones legales de derecho necesario, entendiéndose, en caso contrario, nulas y sin efecto las correspondientes cláusulas de los acuerdos.

Se puede afirmar que el legislador se ha limitado básicamente a instaurar un cauce para institucionalizar y dar estabilidad a la relación de los trabajadores autónomos con las Administraciones Públicas la eficacia real del método de contratación colectiva de las condiciones de trabajo de los TRADE es irri-

soria, seguramente por la excesiva voluntariedad que gobierna el sistema en todos sus aspectos. En puridad, los acuerdos vienen a ocupar el papel de los convenios colectivos por mucho que el legislador insista en lo contrario.

Por último, cabe aludir que quedan zonas grises que complican más la configuración de este modelo híbrido²⁰.

III. ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL: IMPOSICIÓN DE CONDICIONES ILEGALES MEDIANTE FÓRMULAS AJENAS AL CONTRATO DE TRABAJO

«Artículo 311. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses: (...)2.º Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa».

3.1 Autoría

El *sujeto activo* será el empresario. El legislador, a través de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/2022, no ha aprovechado la oportunidad de incluir los delitos contra los derechos de los trabajadores en el catálogo de aquellos que generan responsabilidad penal para las personas jurídicas. Es incoherente que la inclusión de un tipo penal que parece haber sido diseñado específicamente para ciertos casos y determinados sujetos activos. en este supuesto, empresarios personas jurídicas, no permita la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a aquellos sujetos colectivos que cometen actos cuya especial gravedad justifica, según el legislador, la sanción penal²¹.

²⁰ Tradicionalmente se exigía al TRADE no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes; esto es, la ley requería no ser al mismo tiempo empresario en sentido laboral y TRADE de modo que el TRADE tan sólo podría tomarse como empresario o emprendedor en sentido mercantil o económico. Pero tras la reforma introducida por la Ley 31/2015, se admite la contratación de «un único trabajador» por cuenta ajena en determinados supuestos, en los que, por consiguiente, el TRADE adquiere la condición de empresario laboral conforme al artículo 12. ET sin dejar de tener esa otra calificación por su trabajo autónomo. Los supuestos en los que se permite tal contratación se han introducido con la finalidad de conciliar la vida laboral y familiar 28. La contratación se regirá por lo previsto por las partes y, en su defecto, por el artículo 15 1. c. ET y normas de desarrollo para los contratos temporales de interinidad o sustitución.

²¹ Ello provoca no una distorsión del régimen aplicable a las personas jurídicas en este tipo de delitos (que estarían sujetas a las medidas accesorias del artículo 129 del Código Penal, según lo establece el artículo 318 del mismo), y puede generar efectos negativos al permitir un sistema sancionador dual. En

Respecto a la víctima es el del trabajador, en sentido fáctico, porque no posee esa condición jurídica, generalmente la relación con el empleador se formaliza a través de contratos mercantiles o civiles²², por lo que los sujetos pasivos son trabajadores fraudulentamente contratados mediante fórmulas ajenas a la relación laboral, generalmente como *falsos autónomos*. La condición de vulnerabilidad ante el empleador es, sin lugar a dudas, una característica de todas las personas trabajadoras pero, en el caso de quienes prestan servicios en las empresas de las plataformas digitales²³, precisa una interpretación añadida de lo que se entiende por trabajador para que, de esta manera, el Derecho del Trabajo pueda desplegar su acción protectora, garantizando un nivel mínimo de derechos por debajo de los cuales se puede decir que el ser humano se encuentra en una condición inferior de dignidad²⁴.

efecto, cuando los hechos que justifican la sanción administrativa hayan sido realizados por un empresario con personalidad jurídica, nunca habrá identidad de sujeto respecto a la sanción penal que, según el artículo 318 del Código Penal, no puede imponerse a dichas entidades. La falta de coordinación entre el ámbito penal y el administrativo sancionador en este aspecto permitirá la posibilidad de imponer una sanción basada en la LISOS al empresario persona jurídica y, al mismo tiempo (si se cumplen todos los requisitos), condenar penalmente por los mismos hechos a su administrador o encargado del servicio correspondiente, en virtud del artículo 318 del Código Penal, sin vulnerar el principio *non bis in idem*. Vid. ALBAU PEREIRO, Pau. «¿Imponer o mantener? consideraciones en torno al nuevo delito de imposición o mantenimiento de condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 31, 2024.

²² MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, CARLOS: «El nuevo delito de imposición o mantenimiento de condiciones ilegales a los trabajadores mediante su contratación con fórmulas ajenas al contrato de trabajo» en AA. VV: GÓNZALEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS (dir.): *Comentarios a la LO 14 /2022 de Reforma del Código Penal*, Tirant Lo Blanch, 2023.

²³ Dentro de las plataformas hay un maremágnum de términos y clases, por lo que cabe delimitar dentro de ellas las que son objeto de nuestro estudio:

- Plataformas de economía colaborativa. Suponen un nuevo modelo económico-social, que se pretende que sea más justo, solidario y sostenible. Se identifican con parámetros económicos diferentes: sostenibilidad de la producción, reutilización redistribución de la riqueza, solidaridad, igualdad de derechos, cooperación y responsabilidad, etc.).

- Plataformas digitales que adoptan una posición de intermediarias. No son objeto de análisis, cabe destacar que cierto sector de la doctrina considera que suponen un trampolín potencial para relanzar la figura del autónomo dependiente.

- Plataformas digitales prestadoras directas de servicios. Son objeto de nuestro estudio, basan su actuación en:

- * Algoritmos y, a través de estos gestionan la conexión entre los usuarios clientes y los prestadores de servicio a través de un sistema de asignaciones de microtarefas.

- * La voluntariedad en el tiempo y lugar de prestación de servicios, es su reclamo publicitario por antonomasia. Algunos autores hablan de voluntariedad plena¹⁰, aunque se discrepa de tal aseveración.

- *La trazabilidad. El alto nivel de confianza que se genera entre los usuarios que proveen servicios y quienes los reciben se debe en gran medida a cuestiones como la verificación de identidades y los sistemas de reputación y evaluación.

²⁴ FERNÁNDEZ NIETO, Livina A.: «Los delitos contra los derechos de los Trabajadores, El tipo especial del nuevo artículo 311.2.º del Código Penal», *Diario La Ley*, 3146/2023.

3.2 Tipos

En este delito se incluyen dos modalidades delictivas²⁵ y un tipo cualificado común, la reforma legal también contiene ciertas imprecisiones técnicas, que convendría corregir o, al menos, reinterpretar desde el principio de intervención mínima propia del Derecho Penal. Es cierto que literalmente la norma tipifica también como delito la simple conducta de imponer «condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo», sin que exista el precedente de la sanción administrativa, pero la doctrina de forma mayoritaria entiende que tal precedente ha de existir, con el fin de restringir y proporcionar mayores cuotas de seguridad jurídica al justiciable, se sostiene que el requisito de la advertencia canalizada vía requerimiento o sanción sería exigible tanto al empresario que impone como al que mantiene²⁶. Ello tiene el inconveniente de que el sujeto infractor puede mantener la situación perjudicial para el trabajador hasta que se produzca el requerimiento fehaciente o la sanción administrativa. El requerimiento o sanción administrativa», no es una condición objetiva de punibilidad, sino el presupuesto de la acción típica, y que, por ende, debe ser abarcado por el dolo del autor²⁷.

Primera modalidad.

— Supone una conducta activa, consistente en la imposición de condiciones ilegales a los trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo.

— El bien jurídico que se pretende proteger se concreta en los derechos que dimanen de las condiciones mínimas exigibles e irrenunciables de la contratación laboral. Se trata de proteger las condiciones laborales mínimas a las que no pueden renunciar los trabajadores (art. 3.5 ET).

²⁵ Antes de analizar las conductas incluidas en el nuevo tipo penal, es necesario aclarar la relación entre ellas, ya que están conectadas por la conjunción disyuntiva «o». Aunque vincular ambas conductas mediante la conjunción copulativa «y» habría resuelto la mayoría de las dudas que plantea el precepto, el legislador ha preferido relacionarlas de manera alternativa. Por lo tanto, debe descartarse la interpretación de que solo es típica la imposición de condiciones ilegales cuando se mantenga en contra de un requerimiento o sanción administrativa, ya que esto podría violar el principio de legalidad.

²⁶ El problema de la posible duplicidad entre sanciones administrativas y penales surge porque en el sistema jurídico coexisten un ilícito administrativo y un ilícito penal basados en los mismos hechos. La coincidencia entre los ilícitos administrativos graves o muy graves y los tipos penales es, sin duda, muy alta, lo que dificulta encontrar elementos que los diferencien. Esta falta de distinción clara entre el ilícito penal y el administrativo ha causado, desde su planteamiento en la Ilustración, la frustración de los juristas.

²⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos: «El nuevo delito de imposición o mantenimiento de condiciones ilegales a los trabajadores mediante su contratación con fórmulas ajenas al contrato de trabajo», *op.cit.*

Cabe la modalidad de tentativa siempre que se dé a comienzo de la ejecución del delito.

El tipo sustituyen los medios determinados «engaño o abuso de situación de necesidad» por la «contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo», aunque ambos exigen la producción de un resultado: la imposición de condiciones, en nuestro caso, ilegales. La supresión de los medios comisivos descritos en el artículo 311.1.º CP había sido una demanda un sector doctrinal desde hace tiempo²⁸, que entendía que reducían en exceso, el ámbito de aplicación del tipo penal.

Segunda modalidad.

El mantenimiento de condiciones ilegales a los trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo en contra de requerimiento o sanción administrativa supone una conducta omisiva.

En lo referente al término «sanción», se considera únicamente relevante, a efectos penales, la sanción administrativa. Es decir, aquella impuesta por la Inspección de Trabajo por la comisión de una infracción tipificada en la Ley de Infracciones del Orden Social²⁹ LISOS, siguiendo el procedimiento establecido en el Real Decreto 928/1998³⁰.

3.3 Características del delito

La imposición de condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo supone un delito de peligro³¹ y de un tipo especial, ya que solo puede ser cometido por el empleador.

²⁸ BAYLOS GRAU, ANTONIO y TERRADILLOS BASOCO, Juan M.ª: *Derecho penal del trabajo*, ed. Trotta, 1997, p. 72.

²⁹ 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. BOE, núm. 189, de 8 de agosto de 8 de 2000.

³⁰ Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. BOE núm. 132, de 3 de junio de 1998.

³¹ Cabe matizar que existen ciertas reticencias dogmáticas dirigidas hacia esta clase de delitos pues suponen una anticipación del Derecho Penal que protege solo de manera muy remota una posible afectación al individuo. Sin embargo, otros autores, a partir de la superación de la teoría de la protección del bien jurídico, abogan por la legitimidad de los delitos de peligro como instrumento idóneo para la protección de normas primarias de dirección económica. Vid. ALABAU PEREIRO, PAU: «¿Imponer o mantener? consideraciones en torno al nuevo delito de imposición o mantenimiento de condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, op.cit.

El delito es instantáneo ya que se entiende consumado desde el momento en que se imponen condiciones contrarias a las recogidas en la legislación laboral (se recoge *legislación laboral* lo que excluye el convenio colectivo y el contrato individual). Al configurarse como un delito permanente, el plazo de prescripción se inicia cuando cesa la ilegal imposición de condiciones notoriamente perjudiciales.

3.4 Norma penal en blanco: Infracción de derechos laborales

El uso de la técnica legislativa de las leyes penales en blanco para definir delitos laborales, requiere que el intérprete consulte la normativa extrapenal antes de establecer algunos de sus elementos esenciales. No obstante, el principio de autonomía del Derecho Penal establece que los conceptos de «trabajador» y «empresario» adoptados de la normativa laboral tengan un carácter indicativo, pero no determinante. Es preciso concretar qué derechos laborales han sido vulnerados porque a efectos penales, no resulta relevante la violación de cualquier derecho que la persona trabajadora pueda tener reconocido, de modo que, si se imponen condiciones laborales o de seguridad social que generen cierto menoscabo de derechos, pero son «fácilmente reparables acudiendo al procedimiento administrativo»³², no resultará de aplicación el artículo 311.2 CP, se considera que únicamente colman el tipo las conductas en las que haya una verdadera imposición de condiciones ilegales a los trabajadores; esto es, aquellas acciones que se desarrollan en un contexto que permita afirmar una verdadera situación de *explotación laboral*³³, así lo exige la vigencia de los principios de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad consustanciales al Derecho Penal.

El comportamiento que sanciona el nuevo texto del artículo 311.2.º CP, colisiona con varias infracciones laborales, entre las que se encuentran:

— Infracción grave artículo 7.2 LISOS:

«La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo

³² STS de 5 de abril de 2017, núm. rec. 1087/2016. (ECLI: ES: TS: 2017:1303).

³³ ALABAU PEREIRO, Pau. «¿Imponer o mantener? consideraciones en torno al nuevo delito de imposición o mantenimiento de condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo» *op.cit.*

cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva. A estos efectos se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas.»

— Infracción grave artículo 7.10 LISOS:

«Establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 ET, salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente.»

— Infracción grave artículo 22. 2 de la LISOS:

«No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectado.»

No resulta sencilla la tarea de concretar el alcance típico del nuevo delito. Como ahora estos supuestos de la LISOS pasan a estar protegidos y sancionados por el orden penal, se deberán atender por la jurisdicción únicamente los casos que ya tienen un expediente sancionador, porque así se entiende que el autor tiene la garantía y el conocimiento de que está contratando de manera irregular³⁴.

3.5 Conducta tipificada

El tipo penal acota el ámbito de la autoría a aquellos que vulneran los derechos de las personas trabajadoras con un nuevo marco de referencia, al margen del contrato laboral; el *modus operandi* es, bien, la utilización espuria de un contrato o, bien, la desatención del llamamiento a adecuarse a la legalidad que se le ha hecho mediante requerimiento o sanción al infractor.

3.6 Comisión del delito

Para la perpetración del delito no basta que exista una imposición de condiciones desfavorables, sino que se precisa que la imposición se lleva a cabo

³⁴ ACALE SÁNCHEZ, MARÍA: «El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo o de seguridad social», en AA. VV.: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (dirs): *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, Tirant lo Blanch, 2024.

por medios tasados. Respecto al verbo *imponer* se utiliza como sinónimo de asignar o atribuir, sin que quepa restringir al uso de medios violentos. En una relación laboral desigual, la imposición en el sentido penal no implica intimidación o violencia, sino la falta de libertad del trabajador para elegir, ya que la alternativa de dejar de trabajar y enfrentarse al desempleo, no constituye una verdadera opción libre tal y como recoge el ATS 18 febrero 2021³⁵.

El concepto de «requerimiento» ha generado mayor controversia doctrinal y jurisprudencial, dando lugar a tres interpretaciones posibles: (I) considerar relevante a efectos penales únicamente el requerimiento administrativo; (II) otorgar importancia tanto al requerimiento administrativo como al judicial; (III) admitir solo el requerimiento judicial, excluyendo el administrativo. No obstante, lo anterior, y pese a que el tenor literal del precepto admita ambas posibilidades interpretativas, en la práctica, el único requerimiento que puede colmar el tipo del artículo 311.2.º CP *in fine* será únicamente el administrativo³⁶.

3.7 Falta de exigencia de medio

A diferencia del artículo 311.1.º CP no es necesario engaño, ni situación de necesidad. El consentimiento del trabajador en las condiciones ilegales no incide en la existencia del delito.

3.8 Agravación

Al delito del artículo 311.2.º CP, le es de aplicación el precepto del núm. 4 que contiene una modalidad agravada si se emplea violencia o intimidación y castiga las conductas con las penas superiores en grado.

IV REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La redacción del tipo penal estudiado no es afortunada porque da lugar a interrogantes que deben interpretarse en virtud del principio de intervención mínima que debe guiar la interpretación de las leyes penales, por ello los dos tipos básicos han de ser interpretados para que exista delito bajo el presupuesto de previa existencia de un expediente sancionador, ya que se considera que

³⁵ ATS 18 febrero 2021, rec. 1337/2020 (ECLI: ES: TS:2021: 2680.º).

³⁶ ALABAU PEREIRO, Pau. «¿Imponer o mantener? consideraciones en torno al nuevo delito de imposición o mantenimiento de condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo» *op.cit.*

el empleador tiene la certeza y el conocimiento de que está realizando contrataciones de manera irregular. Por lo tanto, es entendible que el legislador penal brinde una oportunidad a los empleadores, en esencia, para regularizar la situación y convertir a sus falsos autónomos en trabajadores dependientes mediante la formalización del contrato de trabajo correspondiente. Dado que cualquier otra forma posible de tipificación imaginable, como establecer un plazo determinado, sería aún peor desde el punto de vista de una técnica legislativa adecuada, el legislador penal decidió recurrir a una fórmula que, aunque no es muy ortodoxa, pretende procurar una plena seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María: «El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo o de seguridad social», en AAVV: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (dirs): *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, Tirant lo Blanch, 2024.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón; «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, 2.ª ed., Atelier, 2023.
- ALABAU PEREIRO, Pau: «¿Imponer o mantener? consideraciones en torno al nuevo delito de imposición o mantenimiento de condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 31, 2024.
- ARA ESPASA, Alberto, CAMINO FRÍAS, Juan José, TUDÓN VALLS, José Miguel: «El trabajo autónomo y el falso autónomo» en AAVV: FABREGAT MONFORT, Gemma BOHIGUES ESPARZA, María Desamparados (coors.): *Revisitar la obra de Carlos L Alfonso desde una perspectiva actual, Homenaje al profesor Carlos L. Alfonso Mellado con ocasión de su jubilación como catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2023.
- BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan María: *Derecho penal del trabajo*, 2.ª ed., Trotta, Madrid, 1997.
- CORCOY BIDASOLO Mirentxu y MIR PUIG Santiago (dirs): *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, Tirant lo Blanch, 2024.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús: «Los riders de la presunción de laboralidad a la sanción penal» en AA. VV. FABREGAT MONFORT, Gemma y BOHIGUES ESPARZA, María Desamparados (coors.): *Revisitar la obra de Carlos L Alfonso desde una perspectiva actual, Homenaje al profesor Carlos L. Alfonso Mellado con ocasión de su jubilación como catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2023.

■ LOS DELITOS LABORALES

FERNÁNDEZ NIETO, Livina, «Los delitos contra los derechos de los trabajadores. El «tipo especial» del nuevo artículo 311.2.º del Código Penal», en *Diario La Ley*, Vol. 10279, 2023.

GOENA VIVES, Beatriz, «Tema 7. Las sanciones y otras consecuencias jurídicas», en Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, 2.ª ed., Atelier, 2023.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Parte Especial, 7.ª ed., 2023, Tirant lo Blanch.

— «El nuevo delito de imposición (o mantenimiento) de condiciones ilegales a los trabajadores mediante su contratación con fórmulas ajenas al contrato de trabajo del artículo 311-2.º del Código Penal», en AA. VV.: González Cussac José Luis (coord.) *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, 2023, Tirant lo Blanch.

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio: «El principio de intervención mínima», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 40, 1987.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, 2023.

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE QUIEN TRABAJA

IMPOSICIÓN DE CONDICIONES LABORALES O DE SEGURIDAD SOCIAL LESIVAS DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS (CP ART. 311.1.º)

GRATIELA-FLORENTINA MORARU
Profesora Contratada Doctora
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario: I. La tutela penal del derecho del trabajo y el bien jurídico protegido en Título XV del libro II del código penal. II. El delito de imposición de condiciones de trabajo o de seguridad social lesivas mediante engaño o abuso de situación de necesidad: el artículo 311.1 del Código Penal. 1. El bien jurídico protegido. 2. Los sujetos activo y pasivo. 3. Imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social. 3.1 La imposición como elemento central en el tipo delictivo ex artículo 311.1 CP. 3.2 Perjudicar, suprimir o restringir como presupuesto de la conducta delictiva. 3.3 Condiciones laborales o de Seguridad Social. 3.4 La regulación normativa: disposiciones legales, convenios colectivos o contratos individuales. 3.5 El engaño y el abuso del estado de necesidad. 4. El tipo subjetivo. 5. Consumación. 6. Concurros. 7. Imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social perjudiciales mediante violencia o intimidación.

I. LA TUTELA PENAL DEL DERECHO DEL TRABAJO Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO XV DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL

El alcance y significado del constructo «Derecho Penal del Trabajo» se caracteriza por su naturaleza incierta, consideración que deriva principalmente

de la indeterminación o desavenencia respecto de su formación histórica, la conformación terminológica del mismo concepto y la conjugación de la función del Derecho Penal del Trabajo con el paradigma político-jurídico ulterior a la Segunda Guerra Mundial. Junto a lo anterior, hay que considerar la importancia del análisis del significado de este sector del ordenamiento jurídico en el marco de las relaciones de trabajo. Los dos aspectos retratados constituyen verdaderos impedimentos en la determinación concisa del contenido que el Derecho Penal del Trabajo encierra¹.

El Derecho del Trabajo junto con el derecho sancionador administrativo laboral tutela los derechos e intereses de las personas trabajadoras, pero la consecución de esta protección no se agota con estos dos. En la protección de los derechos de las personas trabajadoras concurre también el Derecho Penal², cuya aplicación procede cuando confluyen dos condiciones: primeramente, la naturaleza fundamental de los intereses y bienes jurídicos y, en segundo lugar, la exigua protección de las normas laborales y sancionadoras administrativas³. El objetivo último del Derecho Penal del Trabajo radica en robustecer la tutela derivada del Derecho del Trabajo pretendiendo así añadir protección a las personas trabajadoras por cuenta ajena. La desigualdad material que se encuentra en el origen de la relación de trabajo se eleva en la razón última para la intervención del Derecho Penal en este ámbito⁴.

El amparo penal de la persona trabajadora y sus derechos constituye un presupuesto constitucional del Estado Social y Democrático⁵. Como acertadamente señala Arroyo Zapatero, lo anterior se explica desde la consideración de un Estado Social y Democrático cuya Constitución «sustituye la imagen abstracta del hombre libre e igual por la imagen del hombre condicionado y desigual por la proclamación del deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas y para remover los obstáculos que los impidan»⁶. La Constitución de 1978 instituye un modelo democrático de relaciones de trabajo que rompe

¹ BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS, Juan: *Derecho penal del trabajo*, Trotta, Madrid, 1997, p. 18.

² Sobre las relaciones entre el Derecho Penal y el derecho administrativo sancionador, una obra de referencia viene de la mano de DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 2001.

³ ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Praxis, Madrid, 1988, p. 6.

⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant, Valencia, 2020, p. 31.

⁵ ORTUBAY FUENTES, Miren: *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código Penal*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 39.

⁶ ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho Penal...*, op. cit., p. 5.

decididamente con el orden autoritario precedente apostando por la fundamentalidad de la libertad sindical y la huelga como derechos protegidos al máximo nivel. Entre los cometidos de la Constitución, la democratización de las relaciones de trabajo ha supuesto un requisito de trascendental relevancia para la democratización de la sociedad en general⁷. Por ello, la Constitución recoge los derechos laborales básicos ideando un sistema de garantías diferenciado atendiendo a su carácter de derechos fundamentales y libertades públicas, derechos de los ciudadanos o principios rectores de la política social y económica⁸.

Un nada desdeñable sector de la doctrina defiende que lo que el Título XV del Libro II del Código Penal defiende son los derechos de las personas trabajadoras en cuanto tal, esto es, en cuanto sujetos de una relación de trabajo en sentido amplio. Por lo tanto, resulta fundamental considerar el reconocimiento de derechos a la persona trabajadora en cuanto miembro de un colectivo, lo cual conduce a la reafirmación de un bien jurídico supraindividual, aunque conectado con derechos individuales. Esta tesis viene reforzada en sede jurisprudencial por sentencias muy destacadas como la STS de 30 de junio de 2000, pronunciamiento en el que se define el bien jurídico como un elenco de intereses que blindan la indemnidad de la relación de trabajo⁹. El delito de imposición de condiciones de trabajo o de Seguridad Social ilegales representa el ilícito central del Título XV del Libro II del Código Penal, consideración avalada tanto por el Tribunal Supremo que lo califica como «tipo central del Derecho Penal del Trabajo»¹⁰ como por alguna Audiencia Provincial que se refiere al mismo como el «núcleo esencial de tutela penal del trabajador»¹¹. A pesar de lo anterior, las críticas en torno a su indeterminación en la conformación del tipo penal, la dificultad probatoria y muchos otros aspectos han sido significativos¹².

⁷ BAYLOS GRAU, Antonio: «Constitución y trabajo», *Revista de Derecho Social*, n.º 84, 2018, pp. 31 ss.

⁸ Véase en este sentido ALONSO OLEA, Manuel: *Las fuentes del derecho. En especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982.

⁹ GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Título XV. De los delitos contra los derechos de los trabajadores» en CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 1259.

¹⁰ STS de 30 de junio de 2000.

¹¹ AP de Córdoba de 11 de marzo de 2006.

¹² DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Derecho Penal del Trabajo...*, *op. cit.*, pp. 123-124.

II. EL DELITO DE IMPOSICIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO O DE SEGURIDAD SOCIAL LESIVAS MEDIANTE ENGAÑO O ABUSO DE SITUACIÓN DE NECESIDAD: EL ART. 311.1 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 311.1 del Código Penal dispone:

«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.

[...]

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

El cometido del artículo 311.1 CP consiste en la protección de los derechos mínimos de las personas trabajadoras derivados de la relación laboral definiéndose en este ilícito los derechos que provienen de las condiciones mínimas exigibles e irrenunciables de la contratación laboral para cuya especificación se debe acudir al marco normativo estatal y a los convenios colectivos. Esta especificación de los derechos mínimos también encuentra anclaje constitucional en la medida en que son varios los preceptos constitucionales que consagran derechos de las personas trabajadoras. En este sentido, el artículo 35 CE consagra el derecho a la promoción en el trabajo y a un salario suficiente para la satisfacción de las necesidades personales y familiares. En el marco de los principios rectores de la política social y económica, el artículo 40 contempla el derecho de los trabajadores y las trabajadoras al descanso necesario limitando la jornada laboral y consagrando el derecho a las vacaciones periódicas retribuidas. Por otro lado, la interpretación conjunta de los artículos 15 relativo al derecho a la dignidad y un trato digno y el ya referido artículo 35 CE permite la conformación de un fundamento constitucional respecto de unas condiciones mínimas en el trabajo ¹³.

¹³ NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant, Valencia, 1998, pp. 49-50.

El derogado artículo 499 bis del Código Penal de 1973 delimitaba en su primer apartado la conducta típica en atención a la imposición de condiciones ilegales de trabajo a los trabajadores o la restricción de beneficios o condiciones de trabajo «*usando maquinaciones o procedimientos maliciosos*», mientras que en su segundo apartado se refería al recurso de medios tasados o «*de cualquier otra forma maliciosa*»¹⁴. Los posibles significados de estos términos han dado lugar a distintas interpretaciones siendo una de ellas la tesis objetivista que entendía que el engaño sobre los derechos irrenunciables era carente de relevancia, lo cual suponía la identificación de las «maquinaciones» o «forma maliciosa» con el dolo directo. Otra teoría distinta abogaba por acentuar lo subjetivo¹⁵. Frente a esta formulación legal, el Código Penal de 1995 redefine este ilícito penal exigiendo actuar «*mediante engaño o abuso de una situación de necesidad*»¹⁶.

En lo que se refiere a la regulación de esta figura delictiva es importante reseñar su modificación por obra de la Ley 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Esta reforma del artículo 311.1 CP ha variado la pena pasando de ser de «*prisión de seis meses a tres y multa de seis a doce meses*» a «*prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses*» introduciendo un marco penal más amplio respecto de la pena de pri-

¹⁴ El artículo 499 bis del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publicaba el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, establecía que: «*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 hubieren adoptado medidas para remediarlos. En su caso procederá la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa*».

¹⁵ La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1984 interpretaba lo términos del artículo 499 bis como una actuación «maliciosa y subrepticia». Otro importante pronunciamiento es la sentencia de 6 de octubre de 1995 que dictaminaba que «*la restricción o supresión de derechos laborales sólo será típica cuando el medio utilizado revele un elevado grado de desaprobación ético-social*» poniendo de relieve que cuando el Código Penal se refiere a «*cualquier otra forma maliciosa, no se refiere a un elemento subjetivo del tipo [...] sino a la reprochabilidad ético-social de los medios utilizados, es decir, a un elemento del tipo objetivo*».

¹⁶ BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS, Juan: *Derecho penal del trabajo...*, op. cit., pp. 70-71.

sión¹⁷. Esta reforma ha recibido varias críticas doctrinales en la medida en que no se plantea la supresión de la referencia al contrato individual como fuente de derechos. La inclusión del pacto individual entre las fuentes enunciadas en el artículo 311.1 CP puede originar colisiones con los principios de legalidad, igualdad y de intervención mínima. Otro aspecto señalado a modo de crítica es la pérdida de oportunidad de determinar la concurrencia o no del abuso de la situación de necesidad. Las controversias doctrinales y jurisprudenciales han sido una constante desde 1995 planteándose si las características del mercado de trabajo y aspectos como las altas tasas de desempleo constituyen cuestiones determinantes de la situación de necesidad en el demandante de trabajo o si es necesaria la concurrencia de elementos específicos para constatar esta situación¹⁸. No ha pasado inadvertido el incremento de la pena del tipo básico poniéndose de relieve que la gravedad de la pena tenía que haber conducido al planteamiento de la tipificación del delito de trabajos forzados o de sometimiento a condiciones de servidumbre o esclavitud¹⁹.

1. El bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es otro de los aspectos que suscita disputas estando la doctrina escindida entre aquellos que sostienen la existencia de un único bien jurídico y aquellos otros que, por el contrario, entienden la existencia de una pluralidad de bienes jurídicos²⁰. Tras la formulación de este tipo delictivo en el Código Penal de 1995, la división de las corrientes doctrinales ha permanecido. Un sector de la doctrina representado por Ortubay Fuentes delimita el bien jurídico protegido en el artículo 311.1 CP con atención al trabajador individualmente considerado. Es la persona trabajadora la perjudicada cada vez que se lesiona o se pone en peligro el bien jurídico derivado de la discordancia entre las condiciones laborales impuestas y las contempladas le-

¹⁷ PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María: «Delitos contra los derechos de los trabajadores» en GÓMEZ PAVÓN, Pilar, ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen, PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María y BUSTOS RUBIO, Miguel: *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015, p. 223.

¹⁸ La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017 señala que «*el abuso de estado de necesidad debe tener más consistencia que la derivada de la ínsita situación de desigualdad que existe en el mercado laboral entre empleadores y trabajadores, porque de no ser así, todo incumplimiento debería tener acceso a la respuesta penal, máxime teniendo en cuenta la crisis económica que ha golpeado con especial fuerza a la clase trabajadora*».

¹⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María: «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XLI, 2021, pp. 28-30.

²⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Derecho Penal del Trabajo...*, *op. cit.*, p. 125.

galmente²¹. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, con su máxima expresión en las sentencias 30 de junio de 2000 y 29 de marzo de 2004, ha señalado que el bien jurídico protegido en el artículo 311.1 CP viene representado por un haz de intereses específicos y generales que preservan la indemnidad de la relación de trabajo mediante la tipificación y sanción de las conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores²².

Frente a la anterior corriente doctrinal, Baylos Grau y Terradillos Basoco defienden la dimensión colectiva e institucional del bien jurídico tutelado en el artículo 311.1 CP señalando que no se tutelan a las personas trabajadoras en cuanto individuos necesitados de ayuda, sino «a la fuerza de trabajo como titular de esos intereses difusos y colectivos que coinciden en el desarrollo de un determinado orden económico y social»²³. En consonancia con esta doctrina, varias de las audiencias provinciales de nuestro país han interpretado que el bien jurídico protegido en el artículo objeto de análisis es plural. A modo ilustrativo, el auto dictado por la Audiencia Provincial de Castellón de 3 de septiembre de 2003 señala que el postulado consagrado en el artículo 311.1 CP «*trata de tutelar el conjunto de expectativas y beneficios derivados del contratos de trabajo, así como la humana y social dignidad del operario, especialmente en lo que concierne a la realidad y fijeza de las condiciones pactadas de trabajo y en la permanencia que se encamina a suprimir o restringir, maliciosamente, los beneficios de estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo, reconocidas, a los obreros en las disposiciones legales o en convenios colectivos*»²⁴.

El artículo 311.1 CP tutela el desarrollo de la relación de trabajo conforme a las condiciones laborales establecidas legalmente y resulta de fundamental importancia reseñar que este precepto extiende su protección a toda rela-

²¹ ORTUBAY FUENTES, Miren: *Tutela penal de las condiciones de trabajo...*, op. cit., p. 788 ss. Apoyando esta óptica individualista, MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant, Valencia, p. 163, fundamenta su teoría en la libertad del trabajador, de modo que la concurrencia de este delito no se dará cuando «la aceptación de las condiciones es libre por parte del trabajador [...] En definitiva, lo que importa es que se constriña o se suprima la libertad del trabajador a la hora de contratación».

²² DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Derecho Penal del Trabajo...*, op. cit., p. 126.

²³ BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS, Juan: *Derecho penal del trabajo...*, op. cit., p. 50. En esta misma orden de ideas, PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», *Relaciones Laborales*, vol. I, 1997, p. 274 y ss, defiende que «es la infracción de los derechos del colectivo lo que le interesa atajar al Estado, en la medida en que ello supone una alteración sustancial de condiciones bajo las cuales se configuran las relaciones y funciones del orden socioeconómico».

²⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Derecho Penal del Trabajo...*, op. cit., p. 127. Otra interesante sentencia sería la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de julio de 2003 en la que se pone de manifiesto que «no debe olvidarse que el bien jurídico protegido del artículo 311.1 CP lo constituyen los derechos mínimos de los trabajadores, en sentido colectivo, nacidos de la relación laboral que se concreta en los derechos que dimanan de las condiciones mínimas exigibles e irrenunciables de la contratación laboral, que tiene su fundamento en el artículo 35 de la Constitución española».

ción de prestación de servicios, sin ninguna referencia a la posible validez o nulidad del contrato de trabajo o a la situación legal o de inmigración ilegal.

2. Los sujetos activo y pasivo

A) EL SUJETO ACTIVO

La delimitación de la autoría *ex* artículo 311.1 CP sigue la estela del preterito artículo 499 bis que, al requerir que el sujeto activo sea el empresario, en los supuestos de empresarios individuales, si el ilícito era llevado a cabo por personal a su servicio y no se podía demostrar o probar el conocimiento o consentimiento del empresario, el resultado inmediato era un auténtico escollo en la aplicación del precepto y la impunidad²⁵. Así, atendiendo tanto a la conducta definida como a la expresión «*a los trabajadores a su servicio*», estamos ante un delito especial propio, que sólo lo puede cometer el empresario o empleador²⁶.

El artículo 311.1 CP se refiere expresamente a la imposición de condiciones «*a los trabajadores a su servicio*» debiendo interpretarse esta expresión en un sentido material, que posibilite la inclusión tanto de los empresarios de trabajadores por cuenta ajena como del sujeto empresarial que tiene a su servicio trabajadores sujetos a una relación estatutaria o funcionarial contemplándose así un delito especial propio pues la conducta punitiva sólo podrá realizarla el sujeto en el que se proyecten los requisitos requeridos para ostentar la condición de empresario²⁷. El Derecho Penal del Trabajo está dirigido al empresario dado que el ejercicio de la actividad productiva hace recaer sobre si la salvaguarda de los bienes e intereses de las personas que integran la organización productiva. El Estatuto de los Trabajadores en su artículo 1 consagra que «*serán empresarios 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*».

²⁵ ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 27.

²⁶ NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos...*, *op. cit.*, pp. 57-58.

²⁷ ROJO TORRECILLA, Eduardo: «El artículo 311 CP. La imposición y mantenimiento de condiciones laborales o de seguridad social ilegales» en ROJO TORRECILLA, Eduardo (coord.): *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 42.

Ante supuestos de contratos de puesta a disposición suscritos entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria, ambas empresas pueden incurrir en responsabilidad: la empresa de trabajo temporal asume el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social respecto de las personas trabajadoras contratadas para ser puestas a disposición de la empresa usuaria, mientras que a esta última le correspondería las potestades fiscalizadoras y de dirección de la prestación de servicios debiendo informar al trabajador sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo y las medidas de protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo, así como el recargo de prestaciones de Seguridad Social²⁸.

Como se ha señalado, lo anterior no impide la concurrencia de responsabilidad de personas en las que delegue el empresario que impongan condiciones lesivas de derechos dado que resultaría de aplicación tanto el postulado general sobre el actuar en nombre de otro que se contiene en el artículo 31 CP²⁹ como el precepto específico relativo a la actuación en nombre de personas jurídica prevista en el artículo 318 CP³⁰.

B) EL SUJETO PASIVO

Denominamos sujeto pasivo de un delito a la persona titular del bien jurídico tutelado por el tipo. La determinación del sujeto pasivo ha de realizarse atendiendo al específico objeto de tutela de cada uno de los tipos que se insertan en el Derecho Penal del Trabajo. De manera muy general, se puede afirmar que son las personas trabajadoras los sujetos a quienes va orientada la protección penal. La definición penal de persona trabajadora va íntimamente ligada

²⁸ VIEIRA MORANTE, Francisco: «Título XV. De los delitos contra los derechos de los trabajadores» en CONDE PUMPIDO, Conde (dir.) y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (coord.), *Comentarios del Código Penal*, tomo 3, Bosch, Barcelona, 2007, p. 2337.

²⁹ El artículo 31 CP contempla expresamente que: «*El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre*». Por lo que se refiere al artículo 318 CP, el mismo señala que «*Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código*».

³⁰ GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Título XV. Delitos contra los derechos de los trabajadores», *op. cit.*, p. 1265.

al concepto jurídico-laboral de trabajador³¹. La definición de trabajador descansa sobre la idea de la ajenidad considerando una «realidad social en la que los frutos del trabajo son atribuidos inicial y directamente a persona distinta de quien ha ejecutado el trabajo»³². Una de las principales características es, como decimos, la ajenidad y, sobre sus contornos, el artículo 1.1 ET se pronuncia señalando que son personas trabajadoras «*quienes 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*». Para conectar este postulado estatutario con las disposiciones contenidas en el artículo 311.1 CP, tenemos que invocar un importante pronunciamiento del Tribunal Supremo que en su sentencia de 2 de marzo de 1998 interpreta que, desde una óptica jurídico material, el ilícito penal requiere «*un trabajador o productor, como sujeto pasivo*», esto es, una persona que voluntariamente presta servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica llamada empleador o empresario³³.

El concepto de trabajador resultante del artículo 1.1 del ET no ha de limitarse, en lo que a los sujetos pasivos del artículo 311.1 CP se refiere, a aquellas personas trabajadoras que cuenten con un contrato de trabajo formal. Los trabajadores inmigrantes irregulares o los trabajadores con un contrato cuyo objeto sea ilícito son igualmente tutelados por el manto protector del artículo 311.1 CP³⁴. Respecto al supuesto de los trabajadores inmigrantes irregulares, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reafirmado la aplicación y eficacia del artículo 311.1 CP a todas las relaciones de trabajo independientemente de la existencia o no de un contrato de trabajo o de la regularidad o irregularidad en la que se encuentre el trabajador³⁵. En consecuencia, cuando una persona consciente y voluntariamente contrata a otra persona inmigrante ilegal no puede imponer condiciones de trabajo que vulneren su dignidad humana.

³¹ ORTUBAY FUENTES, Miren: *Tutela penal de las condiciones de trabajo...*, op. cit., p. 55.

³² ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia: *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2009, p. 41 ss.

³³ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Derecho Penal del Trabajo...*, op. cit., p. 130.

³⁴ VIEIRA MORANTE, Francisco: «Título XV. De los delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 2337. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de julio de 2004 reafirma que los sujetos protegidos en el artículo 311.1 CP son «*los trabajadores, englobándose dentro de este término tanto a los que ejercitan labores públicas o privadas, sean nacionales o extranjeras*».

³⁵ Muy interesante resulta la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2004 que pone de relieve que «*el inmigrante ilegal, aquel que carece de permiso de trabajo y de residencia en España, aunque no está incluido en el artículo 35 de la Constitución que reconoce a todos los españoles el deber de trabajar y el derecho al trabajo, tal derecho se ejercita frente a los poderes públicos, y sólo frente a ellos, no pudiendo constituir tal condición una patente de impunidad frente a quienes contratan a tales emigrantes conscientes de su situación ilegal*».

Considerar únicamente al trabajador con contrato de trabajo supondría abogar por una interpretación que priva de protección a los trabajadores inmigrantes y perpetua las desigualdades sociales³⁶. En lo que se refiere a las personas con un contrato de trabajo con objeto ilícito, hemos de hacer una somera referencia a la actividad de «alterne». Respecto a este supuesto, el Tribunal Supremo ha entendido que puede constituir el objeto de un contrato de trabajo como actividad que puede desempeñarse por cuenta ajena y de forma retribuida y dependiente³⁷.

Como se ha señalado en apartados previos, el artículo 311.1 CP no exige la existencia de una relación o contrato de trabajo formalizado. Sin embargo, el recurso a la expresión «*trabajadores a su servicio*» tiene un carácter restrictivo en la medida en que parece limitar las conductas típicas a aquellas coyunturas posteriores a la celebración y formalización del contrato de trabajo. Lo anterior no puede admitirse puesto que supondría la impunidad de la imposición de condiciones lesivas en el momento de la contratación porque la persona trabajadora no se encuentra aún al servicio del empresario. No se puede perder de vista que el instante en el que se formaliza la contratación constituye un momento clave respecto de la posible producción de comportamientos ilícitos ex artículo 311.1 CP. La locución «*a su servicio*» ha de calibrarse como inclusiva de los trabajadores que se contratan «para su servicio», aun cuando no se hayan incorporado al mismo³⁸.

3. Imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social

La tipificación del delito perfilado en el apartado primero del artículo 311 CP requiere para su producción la imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social que supongan un perjuicio o una vulneración de los derechos de las personas trabajadoras, derechos que, según el CP, han de tener su reconocimiento en disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. A lo anterior, el artículo 311.1 CP añade que la imposición ha de realizarse mediante engaño o abuso de situación de necesidad. En las siguientes páginas, este estudio se propone desmenuzar los elementos objetivos que concurren en este delito.

³⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Derecho Penal del Trabajo...*, *op. cit.*, p. 131.

³⁷ STS de 17 de noviembre de 2004.

³⁸ GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Título XV. Delitos contra los derechos de los trabajadores», *op. cit.*, p. 1265.

3.1 LA IMPOSICIÓN COMO ELEMENTO CENTRAL EN EL TIPO DELICTIVO EX ARTÍCULO 311.1 CP

La propia disposición penal se encarga de delimitar el elemento central de la conducta típica definiéndolo a través del uso del verbo «*imponer*». La formulación gramatical contenida en el tantas veces referido artículo 311.1 CP no ha sido dispensada de críticas y divergencias doctrinales. Desde los prolegómenos de este tipo delictivo, esto es, desde el derogado artículo 499 bis, se suscitaban distintas interpretaciones. Quintero Olivares hacía coincidir el tenor literal del artículo 311.1 CP con las amenazas entendiendo que el comportamiento penado se definía a través de la imposición de condiciones de trabajo o seguridad social que conducía al ejercicio de una presión moral sobre las personas trabajadoras determinante para la aceptación de esas condiciones³⁹.

El recurso al verbo «*imponer*» ha sido calificado e interpretado por la profesora Ortubay Fuentes por su impacto poco contundente al señalar que la literalidad del citado precepto podría sustituirse, sin variaciones apreciables de su contenido, por expresiones más asépticas, como «poner» o «aplicar» condiciones laborales que, al igual que la empleada por la ley vigente, únicamente aluden a la especificación del modo en que ha de desarrollarse la relación; el término «*imponer*» por sí mismo, no tiene ningún efecto delimitador de la conducta típica⁴⁰. Frente a esta tesis, Baylos Grau y Terradillos Basoco han defendido que el empleo del verbo «*imponer*» ha sido decisivo en la delimitación e interpretación del artículo 311 CP señalando que «la carga se impone contra o sin la voluntad de quien la ha de sufrir, lo que presupone una situación desigual entre los sujetos» y añadiendo que «por ello se podrían haber eliminado las referencias a engaño o abuso, pues imponer es término preciso que acota suficientemente el ámbito de lo que se desea prohibir»⁴¹. En este reflejo de tesis interpretativas, la profesora De Vicente Martínez señala que la acción de «*imponer*» se define como una obligación de hacer algo, por lo que implica el sometimiento y condicionamiento de la voluntad del trabajador imponiéndole la aceptación de unas condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen sus derechos⁴².

Junto a estas teorías doctrinales, recientemente el Tribunal Supremo, en su auto de 18 de febrero de 2021, sentencia que «*el verbo definidor del tipo*

³⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Algunas consideraciones críticas sobre la libertad y seguridad en el trabajo», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1972, pp. 63 y ss.

⁴⁰ ORTUBAY FUENTES, Miren: *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 648 ss.

⁴¹ BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 72.

⁴² DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Derecho Penal del Trabajo...*, op. cit., p. 136.

penal es el de imponer», lo cual ha de interpretarse como «*la existencia de una situación en la que el perjudicado por la fijación de condiciones ilegales carezca de capacidad para reaccionar en defensa de sus derechos*». Para el Tribunal Supremo, «*en una situación de esencial desigualdad como es la relación laboral, el término imposición al que se refiere el tipo penal no supone una nota de intimidación o violencia, como se ha dicho, sino una situación en la que el trabajador no tiene libertad de optar porque cuando la alternativa es dejar de trabajar e irse al paro es claro que eso no es fruto de una opción libre*». Otro interesante pronunciamiento que se refiere a la opción libre de la persona trabajadora es la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017 que señala que «*el consentimiento solo puede enervar la imposición cuando se es libre de consentir o no, esto es, se es libre de decidir*».

Tras las anteriores reflexiones, cabe constatar que el verbo «*imponer*» ha de ser comprendido como un resultado, sin impregnar las formas o los rasgos de la acción. Se trata de una acción de ponimiento de condiciones de trabajo sin enlazar o vincular esa imposición de condiciones con los instrumentos para hacerlo. En consecuencia, la imposición se traduce en la obtención de un resultado, esto es, conseguir la imposición de unas condiciones ilegales se proyecta sobre la voluntad contraria de la persona trabajadora de admitir unas condiciones de trabajo lesivas de sus derechos⁴³.

El momento de la «*imposición*» es otro de los aspectos que suscita discusión planteando si esta puede producirse en el momento de celebración del contrato de trabajo o cuando las personas trabajadoras se encuentran ya prestando servicios para el empresario. Como hemos señalado en anteriores líneas, esta controversia deriva de la locución «*a los trabajadores a su servicio*»⁴⁴.

3.2 PERJUDICAR, SUPRIMIR O RESTRINGIR COMO PRESUPUESTO DE LA CONDUCTA DELICTIVA

La tipificación que encierra el artículo 311.1 CP requiere que la imposición de condiciones laborales implique el perjuicio, supresión o restricción de derechos consagrados legalmente. En un intento de delimitación conceptual, De Vicente Martínez acota el verbo «*perjudicar*» como la producción del daño o menoscabo. Por otro lado, por «*restringir*» ha de entenderse la reducción a

⁴³ *Ibidem*, p. 137.

⁴⁴ PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», *op. cit.*, p. 234.

limites inferiores. Dentro de esta enumeración, «*suprimir*» supondría la anulación o eliminación de las condiciones de trabajo. Cada una de estas acciones es reconducible al «perjuicio»⁴⁵.

No obstante lo anterior, hay que señalar que no cualquier disminución de derechos se encuadraría en la acción delictiva que venimos delimitando. El principio de intervención mínima impide que cualquier reducción o depreciación de derechos tutelados pueda ser típica. Al mismo tiempo, el tipo no exige una anulación irreversible de los derechos laborales dado que el legislador ha enfatizado la relevancia de los instrumentos empleados restando la exigencia de un alto desvalor de resultado⁴⁶.

3.3 CONDICIONES LABORALES O DE SEGURIDAD SOCIAL

La conducta delictiva contemplada en el precepto objeto de estudio ha de proyectarse, para su concurrencia, sobre las condiciones laborales o de Seguridad Social derivadas de un reconocimiento legal, convencional o contractual. El tipo penal realiza una remisión a las normas de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social con el fin de realizar una concreción de este presupuesto contemplado en el artículo 311.1 CP. Se trata de una expresión que comprende todas las condiciones que constituyen el contenido del contrato de trabajo, esto es, aquellas condiciones que propician la celebración de los contratos de trabajo, su ejecución y cumplimiento⁴⁷. Determinado sector de la doctrina laboralista acota las condiciones laborales como «aquellas con arreglo a las cuales los contratos se celebran, ejecutan y se cumplen», mientras las condiciones de Seguridad Social se definen como «todas aquellas que pertenecen al conjunto integrado de medidas de ordenación estatal para la prevención de los riesgos laborales mediante las prestaciones individualizadas y económicamente evaluables»⁴⁸. En este mismo sentido, Baylos Grau y Terradillos apuntan que el artículo 311.1 CP se refiere a todas aquellas actuaciones que transgreden el conjunto del ordenamiento laboral o sus fundamentos elementales de tutela. A lo anterior, añaden los referidos autores aquellas conductas que entrañan una privación de derechos irrenunciables de las personas trabajadoras consagrados

⁴⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Derecho Penal del Trabajo...*, op. cit., p. 139.

⁴⁶ BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., pp. 73-74.

⁴⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, Tirant, Valencia, 2023, p. 999.

⁴⁸ Este sector de la doctrina viene representado por ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia: *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2009.

legalmente y las acciones que obvian un elenco de tuteladas legal y convencionalmente como integradoras de una posición jurídica del trabajador en una empresa. Uno de los supuestos que necesariamente ha de ser enmarcado en el precepto penal objeto de análisis es el trabajo irregular, informalidad que niega a las personas trabajadoras el ejercicio de sus derechos y el nivel mínimo de tutela legal o convencional⁴⁹.

La Seguridad Social viene integrada por condiciones referidas a la prevención de riesgos personales y régimen de prestaciones del régimen de la Seguridad Social. El ejercicio de estas requiere un acto de encuadramiento obligatorio en el referido sistema de la Seguridad Social, por lo que la comisión del delito previsto en el artículo 311.1 CP podría derivar de las infracciones relativas a afiliación, altas, bajas y alteración de datos que supongan un perjuicio para los derechos de las personas trabajadoras. En varias ocasiones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁰ ha entendido que no dar de alta a las personas trabajadoras en la Seguridad Social es constitutivo del tipo penal *ex* artículo 311.1 CP⁵¹. También se han abordado por el Tribunal Supremo supuestos de encuadramiento en un régimen diferente al que legalmente corresponde a la persona trabajadora en atención a la prestación de servicios desempeñada.

3.4 LA REGULACIÓN NORMATIVA: DISPOSICIONES LEGALES, CONVENIOS COLECTIVOS O CONTRATOS INDIVIDUALES

El marco normativo del que proceden las condiciones laborales o de Seguridad Social a que se refiere el artículo 311.1 CP viene integrado por las disposiciones legales, convenios colectivos o contratos individuales. Este conjunto de fuentes invita a remitirnos a los postulados contenidos en el artículo 3 ET que contempla expresamente que la ordenación de los derechos y obligaciones derivadas de la relación de trabajo deriva de las disposiciones legales y reglamentarias, el convenio colectivo, la voluntad de las partes plasmada en el contrato de trabajo, usos y costumbres, etc.

⁴⁹ BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Derecho Penal del Trabajo*, *op. cit.*, p. 75.

⁵⁰ Un ejemplo lo constituyen las SSTs de 25 de enero de 1984 y 26 de mayo de 1987. La primera de ellas pone de relieve que «[...] así aparecen destacados con toda evidencia en el relato de hechos de la resolución disentida la actividad antijurídica y maliciosa por parte del procesado, tendente a hacer ineficaces los derechos del trabajador; el que, contratado como peón de albañil, no le dio de alta en la Seguridad Social [...]».

⁵¹ GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Título XV. De los delitos contra los derechos...», *op. cit.*, p. 1267.

Desde una óptica amplia o material, la «ley» es comprendida como norma jurídica que emana del Estado entendiendo incluido dentro de su significado el reglamento. Por el contrario, desde una perspectiva técnica o formal, por ley se ha de entender la norma jurídica que emana del órgano del Estado al que constitucionalmente se consigna el poder legislativo. Atendiendo a la jerarquía de fuentes, queda patente la primacía de la ley⁵². La inclusión de las disposiciones legales en el artículo 311.1 CP conduce a su consideración de norma penal en blanco. La determinación y especificación de los derechos laborales reconocidos por las disposiciones legales a las personas trabajadoras requiere acudir al ordenamiento jurídico-laboral⁵³. Dentro de las «disposiciones legales» hemos de incluir las leyes, las normas con rango de ley, decretos-ley, reglamentos⁵⁴, normas sectoriales, ordenanzas, sentencias normativas, laudos normativos, etc⁵⁵. Es decir, que tenemos que considerar todas las leyes generales o sectoriales, nacionales o autonómicas.

Los convenios colectivos constituyen verdaderas normas jurídicas, cuya adopción requiere la participación de los empresarios y de las personas trabajadoras a través de sus representantes en la creación de Derecho a través de la manifestación de la autonomía colectiva por el acuerdo libremente negociado⁵⁶. Dentro del precepto penal se han de incluir, por tanto, los convenios colectivos estatutarios, de cualquier ámbito⁵⁷, pero no únicamente estos dado que instrumentos negociales como laudos arbitrales o acuerdos de mediación tienen el mismo valor que lo estipulado en un convenio colectivo. El artículo 91 ET contempla que «[...] El acuerdo logrado a través de la mediación y el lau-

⁵² **BLASCO PELLICER**, Ángel: «Artículo 3. Fuentes de la relación laboral» en CRUZ VILLALÓN, Jesús, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, GOERLICH PESET, José María y MERCADER UGUINA, Jesús: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, Navarra, 2016, p. 60 ss.

⁵³ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Derecho Penal del Trabajo...*, op. cit., p. 144.

⁵⁴ La inclusión de los reglamentos dentro de las «disposiciones legales» ha recibido críticas en sede doctrinal dado que autoras como GARCÍA MURCÍA ha enfatizado la subordinación de los reglamentos en el sistema de fuentes (GARCÍA MURCÍA, Joaquín: «Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo y su aplicación jurisprudencial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 8, 1981, p. 463). Frente a esta opinión, ORTUBAY FUENTES, Miren en su obra *Tutela penal de las condiciones de trabajo* (op. cit., pp. 439-440) reafirma e insiste en la inclusión de los reglamentos entre las fuentes fundamentándose en la naturaleza especificadora que esta norma puede hacer de las condiciones de trabajo.

⁵⁵ ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho penal...*, op. cit., pp. 35-37.

⁵⁶ GALIANA MORENO, Jesús María: «Artículo 82. Concepto y eficacia» en MONTOYA MELGAR, Alfredo, GALIANA MORENO, Jesús, SEMPERE NAVARRO, Antonio y RÍOS SALMERÓN, Bartolomé: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 954-955.

⁵⁷ El artículo 82.1 ET define los convenios colectivos como el «resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva» añadiendo el apartado 2 del artículo 82 que «Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad. Igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten».

do arbitral tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos regulados en esta ley, siempre que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo conforme a lo previsto en los artículos 87, 88 y 89». Sobre la pertinencia de entender incluidos los convenios colectivos extraestatutarios y los acuerdos de empresa en la protección del artículo 311.1 CP, la doctrina enfatiza que la naturaleza normativa es irrelevante desde el punto de vista penal dada la extensión del precepto al contrato de trabajo individual⁵⁸.

Por último, el artículo 311.1 CP extiende su protección a los derechos reconocidos a los trabajadores por contrato individual. La incorporación del contrato de trabajo individual como fuente de derechos ha sido objeto de críticas dado que, tal y como apoya De Vicente Martínez, el artículo 311.1 CP tutela el mínimo indisponible de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social, por lo que la protección de los derechos adquiridos por encima de ese mínimo, que pueden ser disponibles por contrato o convenio, queda fuera del ámbito del Derecho Penal. En este sentido, una coherente política criminal con el principio de ultima *ratio* debería haber encomendado el respeto a lo pactado en el orden civil o laboral⁵⁹. En sintonía con esta postura doctrinal, Arroyo Zapatero ha puesto de manifiesto que la libertad de la persona trabajadora existe jurídicamente únicamente por encima de lo mínimo contemplado legalmente⁶⁰. El artículo 3.1.c) ET consagra la autonomía individual, expresada formalmente en el contrato de trabajo confiriéndole condición de «fuente de relación laboral». Sin embargo, se trata de una fuente de obligaciones y no de una fuente de Derecho. En el marco del ordenamiento jurídico-laboral, el contrato de trabajo ha de respetar las fuentes de derecho estatales y convencionales «siendo su objeto lícito y que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos»⁶¹.

El contrato de trabajo se define como el vínculo entre quienes como trabajadores prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección de la otra parte del contrato, al que se conoce

⁵⁸ BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 77.

⁵⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Derecho Penal del Trabajo...*, op. cit., p. 147.

⁶⁰ ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho penal...*, op. cit., p. 24.

⁶¹ MONEREO PÉREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves, «Artículo 3. Fuentes de la relación laboral» en MONEREO PÉREZ, José Luis (dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 1998, p. 108.

como empresario o empleador (art. 1.1 ET)⁶². No hay que olvidar que el artículo 5.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social también tutela las condiciones de trabajo de los trabajadores: «*Son infracciones laborales las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional para el empleo, de trabajo temporal y de inserción sociolaboral, tipificadas y sancionadas de conformidad con la presente ley. Asimismo, tendrán dicha consideración las demás acciones u omisiones de los sujetos responsables en las materias que se regulan en el presente capítulo*».

3.5 EL ENGAÑO Y EL ABUSO DEL ESTADO DE NECESIDAD

El engaño es el artificio mediante el que se disfraza la significación de la condición que se impone o la condición misma. Existe unanimidad en hacer coincidir el engaño con el dolo civil ex artículo 1269 CC, sin que se requiera necesariamente la exigencia de todos los elementos del engaño propio de la estafa. La configuración legal de este medio comisivo puede conducir a equívocos en el sentido de que si se sanciona la concurrencia de un vicio en el consentimiento (mediante el engaño) podría sugerir que el consentimiento en cuanto a la privación de derechos por parte de los trabajadores posee alguna trascendencia. Dada la referencia a derechos irrenunciables, es obvio que la sanción del vicio del consentimiento no puede conducir a la conclusión de que son derechos disponibles. Cabe traer a colación el dictado contenido en el artículo 3.5 ET: «*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*». El mandato contenido en el artículo 3.5 ET es concluyente para determinar que el consentimiento sólo es significativo en condiciones laborales supra-mínimos que pueden ser pactadas en el contrato individual⁶³.

La doctrina ha señalado que la formulación contenida en el artículo 311.1 CP es sucesora del derogado artículo 499 bis del Código Penal de 1973 fomen-

⁶² PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo: *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, Aranzadi, 2018, p. 98 ss.

⁶³ GARCÍA ARÁN, Mercedes: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», *op. cit.*, p. 1268-1269.

tando la confusión al exigir la concurrencia de un engaño cuya relevancia no se fundamenta dado que puede conducir a una renuncia viciada de la persona trabajadora sobre los derechos irrenunciables distintos de los derivados del contrato de trabajo⁶⁴. El artículo 499 bis hacía referencia a recurrir a «*maquinaciones o procedimientos maliciosos*», lo que se interpretaba como el dolo en la imposición de condiciones laborales⁶⁵.

La naturaleza indisponible de los derechos implica que la exigencia del engaño no entraña que el límite de este esté en la falta del consentimiento, sino en el añadido que supone el medio empleado y que se suma a la lesión del bien jurídico integrado por los derechos. Esta idea anula el debate doctrinal sobre si el consentimiento del trabajador justifica o destipifica este delito, al menos en lo que al engaño respecta. El consentimiento del trabajador con pleno conocimiento y sin concurrencia de engaño resta tipicidad al hecho, pero no por la renunciabilidad del derecho, sino por la falta del medio comisivo requerido. Sería un hecho típico si se da abuso de situación de necesidad, abuso en el que el consentimiento prestado no tendría validez. Ante la inexistencia de engaño y del referido abuso, estaríamos ante un ilícito administrativo por ausencia de los medios comisivos sancionados penalmente⁶⁶.

Pasando al abuso de situación de necesidad, su concurrencia ha sido considerada como resultado de la estructura del mercado de trabajo dadas los objetivos desequilibrios entre persona trabajadora y empresario que se prevalece de su posición para imponer las condiciones laborales y de Seguridad Social a las que hace referencia el artículo 311.1 CP. El abuso encierra cualquier tipo de aprovechamiento o el uso en exceso e indebido de una especial posición de fuerza en el marco de las relaciones de trabajo. Por lo que se refiere a la situación de necesidad, esta constituye un constructo sin fronteras o delimitaciones, pero su interpretación ha de ser restrictiva y con una evidente proyección laboral, con independencia de la procedencia de las causas económicas, familiares, de edad, etc⁶⁷. La doctrina ha incidido en la necesidad de que «el abuso

⁶⁴ BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 70.

⁶⁵ VALLE MUÑOZ, José Manuel y VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: «Libro II: Título XV (art. 311)» en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1070.

⁶⁶ GARCÍA ARÁN, Mercedes: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 1269.

⁶⁷ BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., pp. 71-72.

llevado a cabo por el empresario pueda identificarse con una específica y concreta situación de precariedad en el empleo del sujeto pasivo de la infracción»⁶⁸.

La contemplación de este medio comisivo ha sido receptora de muchas críticas en la medida en que constituye un requisito típico de difícil concreción y prueba, pues esto implica suponer que en toda aceptación de condiciones ilegales existe una situación de necesidad en el trabajador que, de no existir, no lo aceptaría. La doctrina aboga por la concreción y especificaciones de los supuestos enmarcados en el «abuso de la situación de necesidad». Para ello, resulta de fundamental importancia el dimensionamiento de la necesidad objetiva y concreta del trabajador siendo suficiente con que el empresario conozca la situación concreta y el hecho de que el trabajador acepta forzosamente las condiciones⁶⁹.

4. El tipo subjetivo

La redacción del artículo 499 bis se refería en su dicción literal al uso de «*maquinaciones y procedimientos maliciosos*», fórmula que ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a analizar la necesidad de la concurrencia de algún elemento subjetivo en la comisión del delito. Un sector de la doctrina interpretaba que el vocablo «*maliciosos*» encerraba la existencia de un elemento subjetivo del injusto que exigía el ánimo concreto de perjudicar a las personas trabajadoras⁷⁰. Otro sector de la doctrina entendía, sin embargo, que las maquinaciones constituyen un subtipo del género «*procedimientos maliciosos*» debiendo calibrarse estos como procesos dolosos o intencionales orientados a imponer condiciones laborales ilegales, por lo que se trataría de un elemento subjetivo que ha de asemejarse al dolo⁷¹.

Hay que señalar que otras voces doctrinales han manifestado el surgimiento de la controversia reflejada desde la existencia de una coyuntura de crisis empresarial y el posible alzamiento de bienes por parte del empresario

⁶⁸ VALLE MUÑIZ, José Manuel y VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores» en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 1996, p. 810.

⁶⁹ GARCÍA ARÁN, Mercedes: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», *op. cit.*, p. 1269.

⁷⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Algunas consideraciones críticas sobre la libertad y la seguridad en el trabajo», *Revista Jurídica de Catalunya*, pp. 64 y ss.

⁷¹ ARROYO ZAPATERO, Luis: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores. Especial consideración del artículo 499 bis CP», *Revista Española del Derecho del Trabajo*, p. 364.

con el fin de anular los derechos económicos de las personas trabajadoras. Esta discusión doctrinal se reconduce hoy al artículo 257 CP⁷².

Actualmente, todos los delitos previstos en Título XV del Libro II del CP, salvo el artículo 316, se configuran dolosamente como consecuencia del sistema de incriminación cerrada de la imprudencia que se establece en el artículo 12 CP. La actual enunciación del artículo 311.1 CP evita el recurso al adjetivo «malicioso» relegando la controversia existente en torno al artículo 499 bis a tiempos pretéritos. No hay nada que impida la admisión del dolo sin más para la realización del delito, es decir, es suficiente con la conciencia de imponer condiciones gravosas para los derechos de las personas trabajadoras haciendo uso del engaño o sabiendo que se abusa de una situación de necesidad sin el concurso de un específico ánimo de perjudicar⁷³. En consecuencia, al tratarse de un tipo doloso, el dolo debe comprender no sólo el conocimiento y la voluntad en la imposición de las condiciones de trabajo restrictivas de los derechos de las personas trabajadoras, sino la utilización del engaño o el abuso de una situación de necesidad en la que se encuentre el trabajador⁷⁴.

Para concluir, cabe señalar que es mayoritaria la doctrina que circunscribe la dimensión subjetiva del delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo al dolo contrariando la exigencia de cualquier ánimo específico de perjudicar. Según esta interpretación, el sujeto activo debe ser, como hemos señalado, consciente de que está anulando la voluntad de la persona trabajadora recurriendo para ello al engaño, abuso de necesidad, violencia o intimidación como instrumentos idóneos para conseguir que el sujeto pasivo soporte condiciones laborales degradantes y alejadas de las que le corresponde⁷⁵.

5. Consumación

La disposición penal consagrada en el artículo 311.1 CP tiene como principal cometido tutelar los intereses de la persona trabajadora por cuenta ajena y, con ese central objetivo, aperece con una pena alguna de las conductas del empleador idóneas para perpetuar un determinado perjuicio: la articulación de

⁷² NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, *op. cit.*, p. 66.

⁷³ VALLE MUÑOZ, José Manuel y VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», *op. cit.*, p. 1074.

⁷⁴ VIEIRA MORANTE, Francisco: «Título XV. De los delitos contra los derechos de los trabajadores», *op. cit.*, p. 2340.

⁷⁵ ORTUBAY FUENTES, Miren: *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, pp. 399-400.

la prestación de servicios de modo distinto al conformado por el ordenamiento jurídico laboral. Por lo tanto, sin profundizar aún en las distintas corrientes doctrinales, se puede afirmar que el tipo penal se consuma totalmente cuando el sujeto activo ha realizado ciertas maniobras y ha logrado, a través de ellas, que el trabajador soporte unas condiciones de trabajo inferiores a las que legalmente le corresponderían⁷⁶.

La producción efectiva del tipo delictivo de imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social ilegales está condicionada a que se mantenga que sea preciso o no que la persona trabajadora sufra perjuicios de cualquier índole, esto es, que el trabajador sufra o no un perjuicio material con la imposición de las condiciones ilegales⁷⁷. En opinión de Arroyo Zapatero, el resultado y la consumación en este delito no requiere el perjuicio material o efectivo. La consumación de este tipo se produce con el perjuicio «jurídico», con la infracción o vulneración del ordenamiento jurídico que gesta las condiciones para que, de no interceder otra intervención jurídica correctora, el perjuicio se produzca efectivamente. La consumación tiene lugar desde el instante en que las condiciones vulneradoras para los derechos de las personas trabajadoras comienzan a vincular a éste⁷⁸. Sumando otras opiniones doctrinales, García Arán apunta que se trata de un delito de resultado cortado en el que cabe la tentativa, emplazable en el momento en que se empiezan actuaciones engañosas o abusivas orientadas a la imposición de la condición. Al mismo tiempo, sostiene la autora referida, que estamos ante un delito permanente cuyas consecuencias o estragos siguen desplegando efectos más allá de la consumación⁷⁹. Frente a la calificación de este tipo penal como delito de resultado cortado, Baylos Grau y Terradillos han señalado que esta calificación encuadra los supuestos en que la consumación del resultado no se integra en el tipo, sino que es suficiente con la intencionalidad del autor dirigida al resultado castigándose aquí la imposición de condiciones con consciencia de su naturaleza perjudicial para el trabajador⁸⁰.

A colación del artículo 499 bis, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con ocasión de su pronunciamiento de 10 de abril de 1992, ha tratado de esclarecer que constituye un delito de resultado «*en cuanto exige la producción del perjuicio para el trabajador previsto en el precepto, más no es menester que el*

⁷⁶ *Ibidem*, p. 476.

⁷⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Derecho Penal del Trabajo...*, *op. cit.*, p. 172.

⁷⁸ ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 36.

⁷⁹ GARCÍA ARÁN, Mercedes: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», *op. cit.*, p. 1271.

⁸⁰ BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Derecho Penal del Trabajo*, *op. cit.*, p. 73.

perjuicio se traduzca de inmediato en uno de naturaleza económica, sino que basta que el daño de dicha especie sea potencial y de futuro para que se produzca la perfección del delito». Otra importante sentencia del Tribunal Supremo, en esta ocasión de 4 de octubre de 1993, ha reafirmado que *«el resultado ha de consistir en la supresión o restricción de la estabilidad en el empleo u otras condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por normas legales, consumándose el delito cuando se hay producido ese nocivo efecto laboral sin que sea preciso que la pérdida de beneficios dé lugar o vaya seguida de efectos económicos perjudiciales concretos bastando que estos últimos efectos sean potenciales y futuros».*

El artículo 311.1 CP persigue la punición de la imposición de condiciones contrarias a Derecho, de modo que su imposición y la vinculación del trabajador a condiciones ilegales consuma el delito. En cuanto delito de resultado, la imposición de las condiciones laborales y de Seguridad Social ya es el resultado del tipo y como delito que se consuma en el momento en que se imponen las condiciones que perjudican, suprimen o restringen los derechos reconocidos a las personas trabajadoras, se requiere una determinada permanencia dado que si la supresión o restricción no llegan a ser efectivas es difícil que se entienda la producción de la imposición⁸¹. De otra forma, se podría llegar al absurdo de que, iniciando el computo de la prescripción desde el momento de la comisión del delito, esto es, desde la imposición de las condiciones, hubiese prescrito la infracción encontrándose el trabajador en situación de vulneración de sus derechos⁸².

6. Concursos

La complejidad que rodea el concurso de delitos deriva fundamentalmente de dos premisas: en primer lugar, los supuestos en que, con el comportamiento, se imponen condiciones laborales a varias personas trabajadoras y, en segundo lugar, las situaciones en que la actuación que impone las condiciones laborales es llevada a cabo mediante un delito que lesiona otros intereses diferentes a los derechos laborales. El análisis de estas dos premisas está supeditado por la caracterización asignada al bien jurídico tutelado por este tipo delictivo.

⁸¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Derecho Penal del Trabajo...*, op. cit., p. 175.

⁸² VALLE MUÑIZ, José Manuel y VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 1075.

tivo⁸³. En siguientes líneas, vamos a tratar de esbozar una posible respuesta a cada una de ella.

Tratándose del primer supuesto planteado, hay que señalar que la problemática gira en torno a la determinación de si se trata de tantos delitos como trabajadores afectados o, sensu contrario, estamos ante un solo delito, cuestión a la que se ha de responder teniendo en cuenta el bien jurídico protegido por este delito. Como ya hemos expresado, el artículo 311 trata de proteger los derechos reconocidos a las personas trabajadoras como sujetos de una clase social, cuyo titular no es el trabajador sino el conjunto de trabajadores, por lo que, en este caso, solo existirá un solo delito con independencia del número de trabajadores afectados. Por lo que se refiere a la segunda premisa formulada, si se estima concurso de delitos cuando la conducta que vulnera los derechos de los trabajadores se ejecuta mediante un delito que lesiona otros intereses del trabajador o de la colectividad, hay que observar los bienes jurídicos que resulten afectados y si el total del injusto es encuadrable o no en el artículo 311 CP. Teniendo en cuenta que el delito ex artículo 311.1 CP tutela los derechos reconocidos al trabajador como consecuencia de la existencia de la relación de trabajo, únicamente a través de la aplicación de las reglas del concurso de delitos se podrán evaluar las lesiones a otros bienes jurídicos individuales del trabajador o a otros intereses colectivos no previstos en el artículo 311 CP⁸⁴.

Por lo tanto, una concreta conducta puede lesionar los derechos de los trabajadores y, además, ser realizada mediante un delito que lesione un interés individual de un determinado trabajador (como, por ejemplo, una estafa). También se puede dar la realización de otros ilícitos como la falsedad documental o delitos contra la hacienda pública o contra el patrimonio de la Seguridad Social. Estos supuestos ponen de relieve la existencia de un concurso de delitos. La admisión del concurso entre falsedad en documento privado y delito contra la libertad y seguridad de los trabajadores ha resultado pacífica en la jurisprudencia⁸⁵. Los órganos judiciales también han admitido la concurrencia de delitos entre prevaricación y delito contra la libertad y la seguridad de los trabajadores⁸⁶. La actuación que implica simulación de contrato en perjuicio de los derechos de los trabajadores incluida en el artículo 311.1 CP presenta dificultades concursales con la estafa consistente en el otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro (art. 251.3 CP). Nuestro actual Código Penal

⁸³ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan: *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del artículo 311 del Código Penal en el marco del Derecho Penal del Trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 115.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 115-116.

⁸⁵ Muy representativa en este sentido resulta la STS de 17 de julio de 1992.

⁸⁶ Muestra de ello es la STS de 12 de diciembre de 1994.

dispone penas superiores a las previstas en la versión anterior de nuestra norma penal, pero la pena privativa de libertad del artículo 311.1 CP es inferior a la estafa específica, por lo que la aplicación exclusiva del artículo 311.1 CP supondría un privilegio para quienes simulan un contrato dentro de una relación de trabajo en comparación con quien lo hace al margen de ella. De modo que la sola condena por estafa no daría cobertura al desvalor de injusto de la conducta. La diversidad de bienes jurídicos permite concluir la admisión de la concurrencia de delitos⁸⁷.

El delito contemplado en el artículo 311.1 CP también puede concurrir con los delitos relativos a la prostitución. Así, el Tribunal Supremo, en su auto de 5 de octubre de 2005, reafirma que: «*En la argumentación empleada por la sentencia recurrida se acude a la doctrina contenida en la STS 438/2004, de 29 de marzo, que cita otras, exponiendo cómo la negación de todo derecho en la prestación de los servicios que se veían obligadas a realizar, conculca sin duda el bien jurídico protegido en la figura del artículo 311; sin que ello sea obstáculo para la comisión además de un delito como el artículo 188.1 al resultar atacada la libertad sexual de las víctimas*»⁸⁸.

7. Imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social perjudiciales mediante violencia o intimidación

El apartado 5.º del artículo 311 CP señala expresamente que si las conductas reseñadas en los cuatro párrafos previos se llevaran a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado. Según la doctrina académica, estamos ante un subtipo agravado de la conducta tipificada en el artículo 311.1 CP dado que la pluralidad de vías comisivas entre las que el engaño y el abuso de situación de necesidad, así como la violencia o la intimidación, plantean una interpretación excluyente de ambas modalidades. Hablamos, en consecuencia, de un tipo autónomo consistente en la imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social perjudiciales utilizando violencia o intimidación⁸⁹.

⁸⁷ VALLE MUÑIZ, José Manuel y VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», *op. cit.*, p. 1077.

⁸⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Derecho Penal del Trabajo...*, *op. cit.*, p. 190.

⁸⁹ Defensores de esta tesis interpretativa serían BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Derecho Penal del Trabajo* y NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, obras citadas a lo largo de este estudio.

INFRACCIÓN DE NORMAS DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL (CP ART. 316 Y 317)¹

M.^a BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. La infracción de las normas de prevención de riesgos laborales como delito. 1. Unas pinceladas históricas y contextualizadoras sobre la normativa de prevención de riesgos laborales. 2. Incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales y responsabilidades. 3. Responsabilidad penal y bien jurídico protegido.– II. Los tipos especiales previstos en los artículos 316 y 317 del Código Penal. 1. Conducta punible. 2. Sujetos del tipo.–III. Los tipos comunes y el concurso.–IV. Conclusiones y reflexión sobre el tipo penal y la aplicación del principio de intervención mínima. Bibliografía.

Artículo 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.

Artículo 317. Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto PID2022-137171OB-I00 sobre «La prevención de riesgos laborales ante la transición ecológica y digital y los desafíos económico, demográfico y de género», financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por el FSE+ e incluido en la Convocatoria de Proyectos de Generación de Conocimiento, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

I. LA INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES COMO DELITO

1. Unas pinceladas históricas y contextualizadoras sobre la normativa de prevención de riesgos laborales

Si bien es cierto que hasta el año 1995 y, a resultas de la Directiva Marco 89/391/CEE de 17 de junio, no se promulga la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), ello no obsta a que pueda afirmarse que las normas que tienen por objeto la seguridad y la salud en el trabajo son coetáneas a la propia génesis de la regulación del trabajo voluntario, personal, por cuenta ajena, retribuido y dependiente.

Las primeras manifestaciones legislativas a este respecto se ubican entre finales del siglo XIX y el primer tercio del siglo XX, teniendo por objeto fundamental las condiciones de higiene y de salubridad en las que se desarrolla la relación laboral² y prestando especial atención a los colectivos que son considerados como más vulnerables: mujeres y menores³. Tal es el caso de la Ley de 24 de julio de 1873 (Ley Benot), sobre el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos⁴, y la Ley de 26 de julio de 1878, limitadora de los trabajos peligrosos de niños. Estas primeras normas de prevención de riesgos laborales buscan la protección de trabajadores y trabajadoras limitando determinadas condiciones laborales, como la Ley de 27 de febrero de 1912, conocida como «ley silla» por prever el derecho de las empleadas a sentarse, o la Ley de 11 de julio de 1912, que prohibía el trabajo nocturno de las mujeres. Por su parte, incide de manera más mediata en la tutela de la seguridad y salud: la Ley de 13 de marzo de 1900, sobre condiciones de trabajo de mujeres y menores⁵ y supone el primer gran hito norma-

² Un análisis detallado sobre los precedentes históricos y la formación de la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo puede verse en GONZÁLEZ SÁNCHEZ, José Juan: *Seguridad e higiene en el trabajo. Formación histórica y fundamentos*, CES, 1997.

³ MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio.: «Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)» en VV. AA.: *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada, Comares, 2006, p. 5.

⁴ Vid. MARTÍN VALVERDE, Antonio: «La formación del Derecho del Trabajo en España», en VV. AA.: *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, p. LII.

⁵ La Ley de 13 de marzo de 1900 limita la jornada, prohíbe el desarrollo de determinados trabajos, así como el trabajo nocturno e incorpora medidas protectoras de la salud de la mujer trabajadora como la instauración de un período de descanso por maternidad, con reserva del puesto de trabajo de cuatro semanas de duración y la interrupción del trabajo durante una hora al día por lactancia. Para mayor abunda-

tivo en materia de responsabilidad la conocida como Ley Dato⁶, la Ley de 30 de enero de 1900, sobre Accidentes de Trabajo, completada por la Real Orden de 2 de agosto de 1900, por la que se promulga el catálogo de mecanismos preventivos de dichos accidentes, instituyéndose un sistema de responsabilidad objetiva, frente al hasta entonces vigente sistema de responsabilidad subjetiva que precisaba de una intervención culposa en la producción del daño⁷.

Con todo, habría que esperar al Reglamento de Seguridad e Higiene de 31 de enero de 1940 para catalogar por vez primera las sanciones por infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo, más tarde sustituido por la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971 (OSHT), hasta la entrada en vigor de la originaria Ley de Infracciones en el Orden Social, aprobada por la Ley 8/1988, de 7 de abril, hoy sustituida por el 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 (LISOS).

A día de hoy, el acervo normativo sobre seguridad y salud laboral es ciertamente profuso, al tratarse de una materia que se erige como fuente inagotable de normas de diverso rango que afectan a multitud de sectores. En todo caso, ese conjunto de normas parte de la consagración del deber de protección de la seguridad y salud en el trabajo como uno de los principios rectores de la política social y económica por la Constitución española de 1978, que atribuye a los poderes públicos «el deber de velar por la seguridad e higiene en el trabajo» (art. 40.2), mandato que se materializa en la publicación de la LPRL, como «marco general en el que habrán de desarrollarse las distintas acciones preventivas, en coherencia con las decisiones de la Unión Europea». En consecuencia, sin perjuicio de las normas específicas sobre prevención de riesgos laborales aplicables a cada supuesto concreto, el pilar normativo referencial en el que se sostiene el tipo penal objeto de este capítulo es la LPRL, siendo la LISOS, el texto normativo en el que se tipifican las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales (arts. 11, 12 y 13 LISOS), se fijan las responsabilidades y sanciones (genéricas –arts. 39, 40 y 41 LISOS– y específicas en materia laboral y de prevención de riesgos laborales –artículo 42–) y se prevé el procedimiento sancionador aplicable (arts. 51 a 54 LISOS).

miento *vid.* PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos: «Orígenes de la regulación del trabajo femenino en España: la Ley de 13 de marzo de 1900», *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 1 y 2, 1975-1976.

⁶ Nombre del ministro que presentó el proyecto de Ley: Eduardo Dato.

⁷ Sobre la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 *vid.* BORRAJO DACRUZ, Efrén: «Fundamento de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva (notas introductorias al estudio de la Ley de 1900)» y DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: «La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español», en VV. AA.: *Cien años de Seguridad*, Madrid, Muprespa, 2000.

2. Incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales y responsabilidades

El artículo 14 LPRL proclama el derecho «a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo», un derecho que se corresponde con el derecho de los trabajadores y trabajadoras a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene [arts. 4.2.d) y 19.1 ET], así como con el deber de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo que afecta de forma imperativa al empresario/a, que a su vez ha de exigir al trabajador/a la observancia de las medidas de seguridad e higiene que se adopten [art. 5.b) ET]⁸.

Pese a que el ámbito de aplicación de las normas de prevención de riesgos laborales, y más concretamente el de la propia LPRL, no queda circunscrito a las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (art. 3 LPRL), el incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales y las responsabilidades que del mismo derivan, radican básicamente en la inobservancia del deber empresarial en seguridad y salud laboral⁹. Un deber con una doble y clásica proyección¹⁰: como obligación privada contractual [art. 4.2.d) y 19.1 ET], de cuyo incumplimiento derivan responsabilidades indemnizatorias; y como deber jurídico-público frente al Estado (deber de cumplir con la normativa sobre prevención de riesgos laborales constituida por la LPRL, sus reglamentos y demás normas legales y convencionales sobre la materia), de cuya infracción emanan responsabilidades administrativas e incluso penales.

Esa doble proyección del deber empresarial en materia de prevención de riesgos laborales determina que el incumplimiento del deber de seguridad y salud despliegue sus efectos en diversas áreas del derecho, puesto que genera responsabilidad administrativa, civil, penal y laboral o de seguridad social. En este sentido, la LPRL en su art. 42.1 señala que el incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales «dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento».

⁸ Cfr. RIVERO LAMAS, Juan y DE VAL TENA, Ángel Luis: «Régimen general de obligaciones y derechos en materia de prevención de riesgos profesionales», en VV. AA.: *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada, Comares, 2006, p. 243.

⁹ Sobre el mismo vid. GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco Antonio: *La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales*, CES, Madrid, 2002.

¹⁰ MONTOYA MELGAR, Alfredo: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2023, p. 406.

Todas ellas tienen una finalidad común: la represión de los comportamientos infractores y la prevención con carácter general de nuevos incumplimientos, pudiendo agruparse de un lado, las que ostentan naturaleza pública y sus fines son puramente sancionadores: la responsabilidad administrativa y la penal, y de otro, las que, como la responsabilidad civil y la responsabilidad en materia de seguridad social, pretenden fundamentalmente resarcir a la víctima por el daño y los perjuicios ocasionados, sin que ello no obste a que en el fondo pueda suponer una forma de disuasión para el empresario infractor.

La responsabilidad administrativa es la más típica y característica, así como el centro de imputación del resto de responsabilidades¹¹. Al igual que la responsabilidad penal, regulada en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), la responsabilidad administrativa representa una manifestación de la potestad punitiva del Estado, con la que se trata de garantizar la posición de la Administración Pública como garante último de la existencia de una efectiva seguridad y salud en el trabajo (art. 40.2 CE), y el bien jurídico protegido es igualmente la vida y la integridad física del trabajador, razón por la cual, ambas son incompatibles.

La responsabilidad en materia de seguridad social está regulada principalmente en el 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 (LGSS): en el art. 164 LGSS sobre el recargo de prestaciones, los artículos 167 y 168 LGSS en cuanto al pago de prestaciones básicas, y los artículos 242-244 LGSS, referidos a la responsabilidad como consecuencia de la falta de medidas de prevención y vigilancia de la salud. Este tipo de responsabilidad pretende compensar los gastos o el defecto de ingresos como consecuencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional. Su finalidad es reparadora, a excepción de la figura especial del recargo de prestaciones cuya naturaleza es mixta (reparadora y sancionadora), asemejándose así a la responsabilidad patrimonial o indemnizatoria, con la que sin embargo es compatible.

Y con la responsabilidad patrimonial indemnizatoria o civil, prevista con carácter general en el Código Civil (arts. 1101, 1902 y 1106 CC) se cierra el

¹¹ «Ocupa la posición nuclear en el ámbito de las responsabilidades relativas a la prevención de riesgos laborales y refleja el papel principal de la Administración en la garantía de la seguridad y salud en el trabajo» VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda: «El modelo de responsabilidad empresarial por incumplimiento de obligaciones de prevención de riesgos laborales», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 2011-II, p. 51. De hecho, puede decirse que es la única regulada por la propia LPRL, si bien es cierto, que los preceptos más específicos, los destinados a la tipificación y sanción de las faltas, prescripción y competencias sancionadoras (arts. 46-52 LPRL), fueron derogados por la LISOS, que ha recuperado el papel principal de norma reguladora de la responsabilidad administrativa por infracción de las normas de seguridad y salud en el trabajo.

complejo círculo de responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral, a través de la reparación o compensación de los daños y perjuicios causados. De naturaleza privada y fines reparadores, complementa las responsabilidades de seguridad social incardinadas en el contexto del sistema público de protección social, que sobre los principios de solidaridad, objetividad y automaticidad, buscan la inmediata reparación de los daños ocasionados mediante la percepción de prestaciones de diversa naturaleza (económica, sanitaria y asistencial), la protección de situaciones de necesidad objetivadas por la ley y, en su caso, la sanción del infractor, pero no la compensación del daño en sentido estricto, que es lo que pretende cubrir la responsabilidad patrimonial, resarcir de los daños y perjuicios sufridos (el lucro cesante, el daño emergente y los daños físicos o morales).

3. Responsabilidad penal y bien jurídico protegido

La responsabilidad penal es la derivada de un delito o falta y viene regulada en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), cuyo artículo 10 dispone que «Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley». La responsabilidad penal por infracción de las normas de seguridad y salud laboral se ubica en el catálogo de delitos que en sede doctrinal recibe el nombre de «Derecho Penal del Trabajo»¹², en el Título XV, bajo la rúbrica «De los delitos contra los derechos de los Trabajadores» (arts. 311-318 CP), donde se reconocen los derechos de los trabajadores y trabajadoras como interés susceptible de protección, concretamente en los artículos 316 y 317 CP, donde se recogen dos tipos penales: uno doloso y otro culposo.

Estos dos tipos en materia de seguridad y salud laboral (arts. 316 y 317 CP) no representan ninguna novedad en nuestro ordenamiento jurídico, pues ya el CP de 1928, promulgado bajo la dictadura de Primo de Rivera, tipificaba este tipo de conductas, así, el artículo 578 castigaba a «los que dieran lugar por su imprevisión, imprudencia o impericia a un peligro para la salud o la vida de los empleados en minas, trabajos subterráneos o en cualquier género de industrias peligrosas». Igualmente, el CP de 1973 en el Capítulo rubricado «Delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo» tipificaba tres tipos de conductas¹³:

¹² STS (Sala de lo Penal) de 29 julio (RJ 2002, 8826).

¹³ Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén: «La protección penal en materia de prevención de riesgos laborales», *Actualidad Laboral*, núm. 34, 2001.

delito de riesgo (art. 348 bis CP de 1973)¹⁴; delito de lesiones (art. 427 CP de 1973)¹⁵; y delito por imprudencia (art. 565 CP de 1973)¹⁶.

El bien jurídico protegido en la responsabilidad penal en materia de prevención de riesgos laborales es la seguridad en el trabajo vinculada a la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores¹⁷, no el trabajo en situaciones penosas o abusivas sin riesgo para la vida, la salud y la integridad física, situación que ya queda tipificada en el apartado 1 del artículo 311 CP¹⁸. Se trata de un «bien jurídico colectivo», «de la seguridad del grupo social, integrado por las personas que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección empresarial (art. 1.1 ET)», un bien jurídico autónomo e independiente de la efectiva lesión que, en su caso, merecería calificación independiente¹⁹. En consecuencia, junto con estos tipos penales de puesta en peligro, en los que se sancionan conductas de riesgo, cuando dicho riesgo se materializa en un resultado lesivo son de aplicación, como parte de la responsabilidad penal, cualquiera de los tipos penales que contemplan resultados dañosos para la vida, la integridad física o la salud del trabajador o trabajadora.

Como ya se indicó, al igual que la responsabilidad administrativa, la responsabilidad penal tiene naturaleza jurídico-pública, sus fines más inmediatos son la represión pública de las conductas delictivas y la sanción del sujeto responsable²⁰. Y es que tanto la responsabilidad penal como la administrativa, cumplen con una función complementaria de la responsabilidad patrimonial con la que se pretende reparar el daño causado, ya que de no existir esa función

¹⁴ El artículo 348 bis CP de 1973, introducido por la LO 8/1983, castigaba a «los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física».

¹⁵ «Las penas señaladas en los artículos 420 a 422, en sus respectivos casos, serán aplicables a los que por infracciones graves de las leyes de trabajo ocasionen quebranto apreciable en la salud o en la integridad corporal de los obreros».

¹⁶ «Cuando se produjere muerte o lesiones graves a consecuencia de impericia o de negligencia profesional se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo. Dichas penas se podrán elevar en uno o dos grados, a juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad».

¹⁷ TERRADILLOS BASOCO, Juan María: «Delitos contra los derechos de los trabajadores» en VV. AA.: *Empresa y Delito en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial-Consejo General del Poder Judicial, 1997, p. 134.

¹⁸ «Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses: 1. 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».

¹⁹ STS (Sala de lo Penal) de 29 julio (RJ 2002, 8826) y AP de Las Palmas (Sección 1.ª) de 17 enero (JUR 2014, 110346), entre otras.

²⁰ GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Aranzadi, 2003, pp. 112-113.

punitiva del Estado con la que proteger a la colectividad, se correría el riesgo de convertir el sistema de protección frente a los riesgos laborales en un modelo individualista y patrimonialista, un sistema basado en el abono de la indemnización por los daños ocasionados, con una responsabilidad asegurable que sólo entrañaría unos costes económicos, con lo que difícilmente se podría conseguir una lucha efectiva contra la siniestralidad laboral²¹.

II. LOS TIPOS ESPECIALES PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 316 Y 317 DEL CÓDIGO PENAL

1. Conducta punible

A) EL DELITO DE RIESGO Y SUS DOS MODALIDADES

La infracción de normas de seguridad y salud laboral se tipifica como un delito de riesgo con dos modalidades, según el grado de culpabilidad del sujeto (arts. 316 y 317 CP). Un delito doloso en el artículo 316 CP «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 un delito culposo o imprudente en el artículo 317 CP «Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado»²².

La diferencia entre los artículos 316 y 317 CP radica en el elemento subjetivo: conciencia del peligro cuando se trata del tipo doloso y a pesar de ello se omiten las medidas adecuadas y necesarias, mientras que en el imprudente concurre infracción del deber del cuidado por ausencia de todas las previsibles exigibles al garante de la seguridad y salud de los trabajadores (art. 14.2 LPRL)²³. El propio Tribunal Constitucional ha declarado la diferente naturaleza de ambas figuras en un caso en el que se acusa por la comisión del tipo pe-

²¹ CORREA CARRASCO, Manuel: *Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento*, Albacete, Bomarzo, 2007, p. 61.

²² Este segundo tipo carece de sustantividad propia, siendo únicamente una variación en el tipo de culpabilidad del sujeto en comparación con el delito previsto en el anterior. GARCÍA MURCIA, Joaquín, *op. cit.*, p. 120.

²³ STS (Sala de lo Penal) de 26 julio (RJ 2000, 7920).

nal recogido en el artículo 317 CP y se condena por la comisión del recogido en el artículo 316 CP²⁴.

Se trata, además, de un delito especial propio pues, como se verá más adelante, únicamente pueden cometerlo quienes están obligados a tomar las medidas de prevención en materia de riesgos laborales conforme a la normativa aplicable.

B) ELEMENTOS DEL TIPO COMUNES A LAS DOS MODALIDADES

La conducta antijurídica prescrita en los artículos 316 y 317 CP requiere tres elementos comunes: la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales; una conducta omisiva consistente en la no facilitación de las medidas de seguridad e higiene por quienes estén legalmente obligados; y la creación, como consecuencia de ello, de una situación de peligro grave, es decir, una relación de causalidad²⁵.

1. La infracción de las normas de prevención de riesgos laborales.

La remisión del tipo penal a «la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales», así como a las «medidas de seguridad e higiene adecuadas», determinan la consideración doctrinal del artículo 316 CP como una «norma penal en blanco»²⁶. Una opción legislativa ciertamente controvertida²⁷ por su posible colisión con los principios en los que ha de inspirarse el Derecho Penal (tipicidad, legalidad y seguridad jurídica). Si bien, el propio Tribunal Constitucional (STC 127/1990, de 5 de julio de 1990) ha señalado que «es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco», siempre que se cumplan los siguientes requisitos: «que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y

²⁴ STC de 23 de abril (RTC 2003, 75).

²⁵ En el mismo sentido, aunque distinga 4 elementos, la STS (Sala de lo Penal), de 26 de septiembre (RJ 2001, 9603) señala como elementos del tipo «1.º) infracción por su parte de normas de prevención de riesgos, 2.º) omisión de facilitar medios necesarios para el desempeño del trabajo, 3.º) en condiciones de seguridad adecuadas, que en este caso lo eran y estaban exigidas por las normas reguladoras de esa protección frente a riesgos laborales, y 4.º) efecto de poner en peligro la vida o integridad física de los trabajadores, que, en el presente caso tuvo el infortunado colofón de actualizarse con el fallecimiento de uno de los que en las obras trabajaba».

²⁶ SSTS de 12 de noviembre (RJ 1998, 7764) y de 26 julio (RJ 2000, 7920), entre otras.

²⁷ Vid. REVELLES CARRASCO, María: «El artículo 316 CP como norma penal en blanco y su compatibilidad con el principio de legalidad: análisis jurisprudencial», *Revista de Derecho Social*, núm. 46, 2009, pp. 173-193.

sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada»²⁸, requisitos con los que cumple el artículo 316 CP²⁹.

Para fijar la conducta punible hay que acudir a la LPRL, así como al resto de normas reguladoras de las obligaciones y responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales, con independencia de su rango jerárquico³⁰ (normas internacionales provenientes de la OIT o de la UE, disposiciones legales o reglamentarias, convenios colectivos, e incluso normas técnicas)³¹. La doctrina científica ha sido muy crítica con el hecho de que la remisión incluya las normas reglamentarias e incluso las normas de carácter colectivo. Las normas reglamentarias, por considerar que ello podría suponer una configuración expansiva del tipo punible, algo muy lejos de la realidad, dado que el desarrollo reglamentario se limita a concretar las previsiones legales y en todo caso rige la prohibición reglamentaria *contra legem* y *extra legem*³². Y las normas de carácter colectivo, en el entendimiento de que ello podría entrañar reconocer a sujetos privados el *ius puniendi* penal, una tesis también refutable³³, en tanto en cuanto los sujetos negociadores se encuentran en todo caso sometidos a lo dispuesto en las normas legales sobre prevención de riesgos laborales³⁴. También, en contra de la compatibilidad de los convenios colectivos con el principio de legalidad penal, se ha argüido que, en la medida en que los convenios sólo pueden mejorar disposiciones de carácter mínimo, su incumplimiento, tal vez, no debería de considerarse tan grave, como la lesión de las condiciones mínimas legalmente establecidas, un argumento que tampoco es

²⁸ En el mismo sentido, *vid.* las SSTC 118/1992, 111/1993, 62/1994 y 24/1996.

²⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «La provocación de riesgos laborales en el derecho penal. La responsabilidad de la Administración», *Actas del VI Congreso de Derecho Sanitario*, Madrid, 1999. www.aeds.org/congreso06.

³⁰ AGUADO LÓPEZ, Sara: *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 212 ss.

³¹ *Id.* PURCALLA BONILLA, María Ángel, RIVAS VALLEJO, Pilar, y BARBANCHO TOVILLAS, Fernando: «La responsabilidad penal en los delitos de riesgo o peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores», *Tribuna Social*, núm. 99, 1999, pp. 28-29.

³² GIL PLANA, Juan: «La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 138, 2018 (Ejemplar dedicado a: Derecho del trabajo: Prevención y protección de los riesgos profesionales), p. 439.

³³ GALLARDO GARCÍA, Rosa M.ª: *Protección jurídica de la vida y salud de los trabajadores. Derecho penal. Derecho administrativo sancionador*, Comares, Granada, 2016, pp. 132-133.

³⁴ GIL PLANA, Juan, *op. cit.*, p. 440.

muy sólido, no sólo porque la gravedad exigida es la del peligro y no la de la norma, sino porque los convenios colectivos son el instrumento más idóneo para concretar de forma más práctica, correcta y eficaz las medidas preventivas aplicables en un sector de actividad o en una determinada empresa³⁵.

Por otro lado, conforme al principio de intervención mínima, la integración del tipo penal con la normativa de prevención de riesgos laborales, sólo debe ser en relación con la infracción de los preceptos más graves, cuya omisión sea capaz de generar un grave peligro³⁶, pues se está ante una infracción de una norma de seguridad que se ha reconvertido en tipo penal por la mayor lesividad que aquella infracción conlleva para el bien jurídico de la vida, salud o integridad del colectivo de trabajadores³⁷. No obstante, ha de tenerse presente que legalmente no se exige gravedad en la infracción de las normas de prevención, sino en el peligro y en la comisión por imprudencia³⁸, lo que significa que no es suficiente con que el incumplimiento sea calificado por la legislación laboral (LISOS) como grave o muy grave³⁹, de hecho, existen infracciones calificadas como graves por la LISOS, que sólo de forma muy indirecta o mediata pueden crear un peligro grave y ser en consecuencia objeto de sanción penal⁴⁰.

2. Una conducta de estructura omisiva⁴¹ consistente en la no facilitación de las medidas de seguridad e higiene por quienes estén legalmente obligados.

La referencia legal a la no facilitación, por quienes estén legalmente obligados, de «los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su ac-

³⁵ Cfr. SALVADOR CONCEPCIÓN, Rosa: «La remisión normativa extrapenal del artículo 316 del Código Penal», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 40, 2015.

³⁶ Nótese que, aunque el tipo penal no alude a la gravedad de la infracción, difícilmente una infracción leve puede generar un peligro grave para la seguridad y la salud.

³⁷ STS (Sala de lo Penal) de 29 julio (RJ 2002, 8826).

³⁸ El elemento normativo consistente en la infracción de las normas de prevención no exige legalmente dosis de gravedad alguna, a diferencia del peligro y de la comisión por imprudencia, y precisamente por ello una cosa es la falta de prevención del riesgo equivalente a la omisión de las medidas necesarias y adecuadas exigidas conforme a la legislación laboral y otra distinta su insuficiencia o defectuosidad, lo que debe dar lugar a los dos tipos de comisión previstos [STS (Sala de lo Penal) de 26 julio (RJ 2000, 7920)].

³⁹ Cfr. GALLO, Patricia: «Interpretación jurisprudencial de la cláusula de remisión del delito «contra la seguridad de los trabajadores»» (art. 316 del Código Penal Español), *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 2, 2021, pp. 210-222.

⁴⁰ Por ejemplo, los deberes de comunicación, información y consulta, o la no designación de coordinadores de seguridad... [AP de Córdoba (Sección 1.ª) de 8 noviembre (ARP 2013, 1687)].

⁴¹ Para PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel: «Delitos específicos de peligro contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica en los artículos 316 y 317 del Código Penal», *Aranzadi Social*, núm. 22, 2005, BIB 2005/2741, «no se trata únicamente de un delito de omisión pura (aunque hubiera casos-límite en los que pudiera plantearse: conducta dolosa plenamente intencionada de no facilitar un ambiente de trabajo acorde con los umbrales de ruido o exposición a agentes químicos permitidos), sino de un delito más bien de comisión por omisión, esto es, de omisión impropia, pues en ello consiste muchas veces la conducta punible».

tividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas», configura un tipo penal considerablemente amplio⁴², ya que en el concepto de medios necesarios tienen cabida multitud de obligaciones⁴³: proporcionar al trabajador los equipos de trabajo y los medios de protección previstos en el artículo 17 LPRL, el incumplimiento de los deberes de advertencia, evaluación, formación⁴⁴ e información⁴⁵, de las medidas de control y de emergencia, o de los deberes de vigilancia de la salud, o incluso la infracción de las normas específicas para determinados grupos de trabajo especialmente expuestos a las situaciones de riesgo⁴⁶.

3. La creación, como consecuencia de ello, de una situación de peligro grave, es decir, una relación de causalidad.

La situación de peligro grave ha de ser el resultado de la falta de medidas de seguridad y la infracción normativa.

No se trata, por tanto, de un delito de resultado, sino de un delito de peligro concreto o de riesgo⁴⁷, un delito en el que se adelanta la línea de intervención punitiva, ya que para que se consuma se requiere la generación de un peligro grave y concreto para los bienes jurídicos objeto de protección⁴⁸. Sin embargo, ello no significa que no exista una respuesta penal ante la producción de un resultado⁴⁹, sino que la singularidad de la materia de seguridad y salud

⁴² Se trata de «una norma penal incompleta e indeterminada que ha de llenarse según el caso y sus circunstancias, es decir, empíricamente, estableciéndose una suerte de relación de causalidad entre la falta de medios y el peligro grave para la vida, salud e integridad física» [STS (Sala de lo Penal) de 26 julio (RJ 2000, 7920)].

⁴³ Tales medios pueden comprender aquellos de contenido estrictamente material (los distintos componentes del equipo personal –ropa, utensilios...– sería el ejemplo más sobresaliente), como también los de contenido inmaterial (información, cursos formativos,...) [AP de Barcelona (Sección 10.ª) de 3 junio (JUR 2013, 267704)].

⁴⁴ AP de Madrid (Sección 15.ª) de 13 mayo (ARP 2013, 1087). Para mayor abundamiento sobre la obligación de formación y la responsabilidad por incumplimiento de este deber *vid.* FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén: «La responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral. Especial referencia a la obligación de formación de los trabajadores», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 418, 2018, pp. 67-94.

⁴⁵ STS de 12 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 7764).

⁴⁶ GARCÍA MURCIA, Joaquín, *op. cit.*, p. 119.

⁴⁷ MONERO PÉREZ, José Luis y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «Prevención de riesgos laborales y sistema de responsabilidades empresarial, sindical y de los trabajadores» en GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo y NOGUEIRA GUSTAVINO, Magdalena (Dir.) VV. AA.: *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Madrid, La Fraternidad Muprespa-UNED, 2000, p. 161.

⁴⁸ PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, *op. cit.*, los califica como «delitos de peligro concreto y no abstracto o hipotético (pues no basta con el acometimiento de una acción peligrosa, sino que se exige para su consumación la efectiva puesta en peligro del bien jurídico que, ligado causalmente a esa acción, deriva en un resultado de peligro, imputable objetivamente a la misma)».

⁴⁹ La aplicación del artículo 316 CP responde a la idea de adelantar la línea de intervención punitiva, pues tiene la estructura característica de un delito de omisión y de peligro concreto grave, a diferencia de

laboral es precisamente la tipificación de un delito de riesgo, pues cuando el riesgo se materialice en una lesión para la vida, la integridad física o la salud de un trabajador, concurrirá, además, la responsabilidad penal tipificada con carácter general⁵⁰.

C) ELEMENTOS DEL TIPO PROPIOS DE CADA MODALIDAD

A estos elementos comunes a los dos tipos (arts. 316 y 317 CP) ha de sumarse el elemento subjetivo: dolo en la conducta prevista en el artículo 316 CP e imprudencia grave en el artículo 317 CP.

La doctrina judicial viene considerando que en el supuesto del artículo 316 CP debe concurrir la conciencia de la infracción de la norma de seguridad y de la situación de peligro, así como la decisión de no evitar dicho peligro, bastando a tales efectos el dolo eventual, mientras que en el caso del artículo 317 CP la omisión del deber de cuidado se produce por una imprudencia grave⁵¹.

El elemento subjetivo del artículo 316 CP no viene representado por la intencionalidad de la conducta en el sentido de perseguir la causación del resultado dañoso, exigiendo el dolo únicamente la conciencia de la infracción de la norma de prevención, el conocimiento de la ausencia de facilitación de los elementos de seguridad imprescindibles y el de la existencia de una grave situación de peligro creada como consecuencia de aquellas dos omisiones. El tipo penal «acepta perfectamente la figura del dolo eventual, que llega incluso a constituir la modalidad más frecuente de presentación, de tal manera que resulta suficiente con que los acusados se representen el grado de peligro que su comportamiento significa junto a la alta probabilidad de que con ello se estén infringiendo normas de prevención de riesgos laborales, aceptando la situación de peligro concreto para el caso de que se produjera»⁵².

Por su parte, el artículo 317 CP requiere imprudencia grave, es decir, «una falta de previsión exigible de la integridad del riesgo, cuando quien omi-

los delitos de resultado, y permite la compatibilidad entre ambos si el resultado lesivo se produce, y ello sin perjuicio de que pueda resultar de aplicación la consunción del artículo 8.3.º CP, pues, en algunas ocasiones, el delito de resultado absorberá al de peligro como una manifestación lógica de la progresión delictiva, pero en otras el delito de peligro no quedará consumido por el de resultado cuando, por ejemplo, se genera un peligro colectivo para todos los trabajadores y no sólo para el accidentado [AP de Tarragona (Sección 2.ª) de 11 noviembre (ARP 2013, 1343)].

⁵⁰ DEL REY GUANTER, Salvador (Dir.) y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.) VV. AA.: *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, La Ley, 2008, p. 29.

⁵¹ AP de Barcelona (Sección 10.ª) de 3 junio (JUR 2013, 267704).

⁵² AP de Valencia (Sección 2.ª) de 19 febrero (JUR 2014, 121183) y AP de Vizcaya (Sección 1.ª) de 19 abril (JUR 2014, 156983).

te el cumplimiento de sus obligaciones legales de previsión y evitación del riesgo, ni llegó a representarse –debiendo haberlo hecho por su vinculación a la actividad de riesgo en posición de garante– el grado de peligro que su omisión provocaba, ni la aceptó»⁵³.

La delimitación entre la imprudencia leve y la imprudencia grave es muy compleja en la práctica. La graduación de la imprudencia no atiende a la gravedad del resultado, sino que reside en la entidad del riesgo que el cumplimiento de la norma objetiva de cuidado evitaba y en la de la propia imprevisión, en la calidad y cantidad de los deberes de atención y cuidado infringidos. Para calificar como grave⁵⁴, la imprudencia habrá que tener presente la intensidad de la omisión ante la pluralidad de normas de seguridad laboral vulneradas, la alta probabilidad de resultados lesivos como consecuencia de la inobservancia de las normas de prevención, y la especial importancia de los bienes jurídicos afectados. La imprudencia grave (imprudencia temeraria en el Código Penal vigente hasta 1995)⁵⁵ es considerada por la jurisprudencia como la «actuación omisiva de las cautelas o precauciones más elementales para prevenir un mal previsible en circunstancias normales», cuando «la conciencia del peligro es tan palmaria que éste resulta previsible a cualquiera sin exigencias de extraordinarias dotes o atención y si las precauciones a tomar eran también evidentes a la mayoría de las personas y realizables normalmente, por lo que su omisión resulta indisciplinable a la consideración social»⁵⁶, «la omisión de las más elementales cautelas exigibles al hombre medio»⁵⁷.

Tampoco resulta nada sencillo establecer la línea divisoria entre el nivel más alto de imprudencia «culpa con previsión» y el dolo eventual propio de la conducta del artículo 316 CP⁵⁸.

2. Sujetos del tipo

A) SUJETO ACTIVO

A diferencia de los delitos comunes, en los que no se exigen unas características especiales para la autoría del hecho punible, en los delitos especiales,

⁵³ AP de Vizcaya (Sección 1.ª) de 19 abril (JUR 2014, 156983).

⁵⁴ SSTS de 19 de octubre (RJ 2000, 9263), y de 26 de septiembre (RJ 2001, 9603).

⁵⁵ STS de 22 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3319) y STS de 26 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 71).

⁵⁶ STS de 21 de julio de 1995 (RJ 1995, 6292).

⁵⁷ STS de 26 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 71).

⁵⁸ La STS de 4 de julio de 2003 (RJ 2003, 5445).

el sujeto activo ha de reunir determinadas condiciones. En concreto, en los delitos previstos en los artículos 316 y 317 CP, el sujeto activo es la persona obligada a garantizar la salud de los trabajadores y trabajadoras.

Esta responsabilidad penal no queda limitada a la persona del empresario/a, pues, si bien, ésta es la principal destinataria de las obligaciones en materia de seguridad y salud laboral⁵⁹, también existen otros sujetos a los que la norma sitúa en una posición de garantes de la prevención⁶⁰: especialistas en materia de seguridad y salud laboral, trabajadores/as designados/as, mandos intermedios, técnicos de prevención⁶¹, coordinadores/as en materia de seguridad y salud laboral⁶², arquitectos/as técnicos⁶³ y superiores⁶⁴ en las obras de construcción, recursos preventivos⁶⁵...

⁵⁹ Vid. RIVERO LAMAS, Juan: «Responsabilidades penales de los empresarios en materia de prevención de riesgos laborales», *Actualidad Laboral*, núm. 36, 1996, pp. 697 ss.

⁶⁰ Vid. MORALES GARCÍA, Óscar: «Régimen de responsabilidad penal derivada de la siniestralidad laboral en la ejecución de obras civiles», *Actualidad Jurídica (Uria & Menéndez)*, núm. 12, 2005. Más genéricamente, sobre los sujetos responsables por incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales, vid. MARTÍNEZ BARROSO, María Reyes: *Sujetos responsables de los incumplimientos en materia preventiva*, Bomarzo, Albacete, 2016. También RODRÍGUEZ LÓPEZ, María del Mar: *Las responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales y su perspectiva desde la doctrina judicial*, Aranzadi, 2021, pp. 32-55, aunque no trata la responsabilidad penal, sí que aborda otros sujetos responsables distintos al empresario/a: personas jurídicas, trabajadores autónomos, técnicos de prevención

⁶¹ Vid. ÁLVAREZ SACRISTÁN, Isidoro: «Una supuesta responsabilidad de los técnicos de prevención en los accidentes de trabajo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 754, 2008 y URRUTIKOETXEA BARRUTIA, Mikel: «Las distintas responsabilidades de los técnicos en PRL en el ejercicio de su profesión», *Lan Harremanak*, núm. 28, 2013, pp. 192-210.

⁶² Cfr. AP de Valladolid (Sección 2.ª) de 31 enero (ARP 2014, 239).

⁶³ La STS Penal, de 26 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 9603) señala que es obligación del arquitecto técnico o aparejador «estar a pie de obra y obligado a controlar y verificar que se cumplen los requisitos precisos para el buen fin de la misma y, entre ellos, los de seguridad y protección de riesgos generados por la obra, porque, aunque no empresario, sólo mediante su control y comprobaciones se puede evitar la omisión del empresario». En el mismo sentido, la AP de Madrid (Sección 30.ª) de 20 febrero (ARP 2014, 256) declara que el arquitecto técnico debe tomar una actitud activa y comprobar personalmente que la obra se desarrolla en condiciones de seguridad.

⁶⁴ En la sentencia de la AP de Alicante (Sección 3.ª) de 14 marzo (JUR 2013, 260352) se considera sujeto activo del delito al arquitecto superior de la obra, pues aunque los coordinadores en materia de seguridad eran los arquitectos técnicos, por lo que la responsabilidad de arquitecto superior director se limitaba a la establecida en el RD 1627/97, que como tal dirección facultativa se resume en tener a su disposición el Plan de Seguridad y Salud (art. 7.5) y otorgarle facultades de advertir al contratista de la infracción de medidas de seguridad, y de llegar incluso a la paralización de la obra (art. 14.1). El arquitecto superior no puede exonerarse, sin más, de la posible responsabilidad de los accidentes que puedan suceder, es necesario determinar el grado de conocimiento que de los hechos pudiera tener y, en su caso, valorar la conducta que adoptó. De manera tal que si el arquitecto superior conocía el plan de seguridad y debía atenderlo, ya que en sus palabras, lo dio por bueno, pero no lo leyó, y sostiene como lógico en cualquier caso que la excavación se hiciera asumiendo con ello el estado de la obra que existía en el momento del desprendimiento, añadiendo que la arquitecta técnico iba casi diariamente a la obra y que los tres miembros de la dirección facultativa de la obra en definitiva, se reunían con un frecuencia semanal, es obvio que conocía del estado de la obra así como de la existencia de un plan de prevención, y a pesar de ello consintió en que se efectuase incorrectamente.

⁶⁵ AP de Cáceres (Sección 2.ª) de 26 diciembre (ARP 2013, 1677).

De hecho, en general, en los delitos contra los derechos de los trabajadores el sujeto activo responsable será quien tenga capacidad para decidir sobre la contratación o imposición de las condiciones de trabajo, o quien se aproveche del resultado del mismo, concepto que puede no coincidir con quien ostente la condición de empresario/a en la legislación mercantil o laboral. Ello significa que puede ser cualquier persona que reciba en el ámbito de la empresa algún encargo relacionado con la seguridad y salud en el trabajo, como las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría a las empresas, las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas, las entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales, los coordinadores de seguridad, los directores facultativos o, en general las personas responsables que han de ser designadas en algunas actividades productivas (minería, construcción...), e incluso, llegado el caso, los restantes sujetos implicados en el correspondiente proceso productivo (fabricantes, importadores y suministradores de productos y equipos de trabajo artículo 41 LPRL). Sin obviar las actuaciones de los administradores/as, directivos/as y, en general, encargados/as y mandos intermedios..., en definitiva, toda aquella persona que tenga facultades decisorias o de control⁶⁶.

Con todo, un aspecto básico para este tipo delictivo concreto es que el sujeto activo tenga capacidad de actuación real. Es más, «nada obsta a que pueda existir responsabilidad penal exclusiva de persona distinta al empresario cuando éste ha cumplido sus obligaciones, ya que de lo que se trata en realidad, es de determinar material y no solo formalmente quién realmente tiene la competencia y puede ejercerla en relación a la seguridad e higiene, ya que la responsabilidad penal, debe, necesariamente, referirse a una actuación dolosa o imprudente»⁶⁷.

Además, a la hora de determinar la responsabilidad penal es necesario considerar el caso concreto y valorar si realmente el sujeto obligado ostenta facultades de decisión y la conducta puede estimarse lo suficientemente grave y no meros descuidos o negligencias calificables de imprudencia leve⁶⁸.

Por último, dado que la persona jurídica suele ser la figura jurídica más habitual en el tráfico mercantil cabe cuestionarse si puede ser sujeto activo de este tipo de delitos las personas jurídicas. Desde el año 2010, las personas ju-

⁶⁶ AP de Madrid (Sección 15.ª) de 7 abril (JUR 2014, 159426).

⁶⁷ STS Penal, de 26 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 9603).

⁶⁸ Cfr. ALFONSO MELLADO, Carlos Luis: «Responsabilidad de «terceros» por accidente de trabajo» en AGUSTI JULIÀ, Jordi (Coord.) VV. AA.: *La imputación de responsabilidad en las relaciones laborales*, Bomarzo, 2008, pp. 160-161.

rídicas pueden incurrir en responsabilidad penal conforme al artículo 31 bis CP, sin embargo, no parece que sea muy viable el encaje en estos dos tipos penales de infracción de las normas de seguridad y salud laboral. En primer lugar, porque el artículo 31 bis CP se instituye básicamente para delitos que supongan algún tipo de beneficio a la empresa, es decir, básicamente para delitos económicos. En segundo lugar, porque el artículo 318 CP no se remite al artículo 31 bis, sino a las penas accesorias del artículo 129 CP⁶⁹.

El tenor literal del artículo 318 CP señala que, en estos tipos delictivos, cuando los hechos se atribuyan a personas jurídicas, «se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos, la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código». Este precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia –coincidiendo con el criterio de la Fiscalía General del Estado– en el sentido de que la responsabilidad penal, en estos tipos delictivos previstos en los artículos 316 y 317 CP, ha de imputarse a la persona física identificada por la ley, lo que no significa que no pueda activarse ningún mecanismo sancionador frente a la mercantil, pudiendo, eso sí, de forma facultativa⁷⁰, imponerse algunas de las consecuencias que se prevén para la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el artículo 31 bis CP, pero en condición de penas accesorias a la que corresponda a la autoría del delito y no como criminalmente responsable⁷¹. Además, el artículo 318 CP sirve para identificar en la persona de 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» la persona física que se entenderá como sujeto pasivo del delito, siempre que sean los deudores del deber de seguridad, de acuerdo con lo ya señalado sobre los elementos del tipo, quedando, por tanto, la empresa –persona jurídica– y su aseguradora como responsables civiles.

B) SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo de estos tipos penales es la persona que desempeña su actividad, careciendo de las medidas de seguridad e higiene adecuadas, ex-

⁶⁹ GIL PLANA, Juan, *op. cit.*, p. 449.

⁷⁰ «La autoridad judicial podrá decretar».

⁷¹ *Ídem*.

puesto a un peligro grave para su vida, salud o integridad física. No obstante, al tratarse de un delito especial, en el que el sujeto activo ha de estar obligado legalmente por las normas de prevención de riesgos laborales a facilitar los medios y medidas de seguridad, únicamente pueden considerarse sujetos pasivos los deudores del deber de seguridad prescrito por la normativa aplicable. En este sentido, debe tenerse presente que el artículo 3 LPRL extiende su ámbito de aplicación más allá del marco del art.1.1 ET al personal con una relación administrativa o estatutaria al servicio de las Administraciones Públicas y a los socios de las cooperativas cuya actividad consista en una prestación de trabajo personal.

Por lo que hace a los trabajadores y trabajadoras que de forma personal y voluntaria prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica (art. 1.1 ET), serán considerados sujetos pasivos del tipo con independencia de que se hayan cumplido las obligaciones de afiliación y alta en el sistema de Seguridad Social, o de que el contrato de trabajo sea considerado nulo por tratarse de menores de 16 años, o de extranjeros sin la preceptiva autorización de trabajo.

También tienen cabida como sujetos pasivos del tipo penal tanto los trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena con una relación directa con el sujeto obligado, como quienes prestan sus servicios en virtud de un contrato de puesta a disposición, de contratas o subcontratas de actividades o se hallen prestando sus servicios en un centro de trabajo, aun siendo trabajadores/as de otra empresa.

La gran duda surge con respecto al trabajo autónomo, ya que pese al reconocimiento *ex* artículo 4.3.e) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA) del derecho a «una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo», nadie ostenta el correlativo deber de seguridad, salvo dos casos excepcionales en los que sí que se establece una deuda de seguridad frente a un trabajador/a autónomo/a subsumible en el tipo penal. Se trata de los casos de concurrencia de empresarios/as y los deberes de coordinación de actividades empresariales previstos en el artículo 24.5 LPRL y de la deuda de seguridad que se establece con respecto al coordinador/a en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra o, en su caso, de la dirección facultativa, en el artículo 12.1.g) del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.

Con independencia de las dos excepciones aludidas, el trabajador/a autónomo/a no parece que pueda considerarse como sujeto pasivo de los delitos previstos en los artículos 316 y 317 CP, ni siquiera el trabajador/a

autónomo/a económicamente dependiente (TRADE). Los TRADE, entendiéndose por tales «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» (art. 11.1 LETA)⁷² son considerados como trabajadores/as autónomos/as, cuya dependencia se circunscribe única y exclusivamente al ámbito económico, al percibir, al menos, el 75% de los ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales de una persona física o jurídica. Sin embargo, el resto de características del mismo denotan su autonomía (art. 11.2 LETA): «b) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente; c) 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; d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente; e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla». Es por ello que, sólo encajarían en el tipo penal como sujetos pasivos los TRADE que pese al *nomen iuris* esconden una auténtica relación de laboralidad de acuerdo con el artículo 1.1 ET, es decir, los conocidos como «falsos autónomos».

III. LOS TIPOS COMUNES Y EL CONCURSO

Cuando como resultado de la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales por quienes están legalmente obligados a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, además de poner en peligro grave la vida, salud o integridad física del trabajador, se produzca un resultado lesivo para la vida, la salud o la integridad física del trabajador, podrán ser de aplicación

⁷² Sobre los derechos y obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales de los TRADE, vid. RODRÍGUEZ EGÍO, María Monserrate: «Cuestiones pendientes en la prevención de riesgos laborales del trabajo autónomo económicamente dependiente» en FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén (Dir.) VV. AA.: *Trabajo autónomo: aspectos fiscales, negociación colectiva, salud laboral, conciliación y protección social*, Aranzadi, 2023, pp. 261-286.

cualquiera de los tipos penales que contemplan resultados dañosos para la vida, la integridad física o la salud del trabajador⁷³:

— El delito de homicidio (art. 138 CP), para el que se prevé una pena de prisión de diez a quince años.

— El delito de homicidio imprudente (art. 142 CP), que contempla una pena de prisión de uno a cuatro años para «el que por imprudencia grave causare la muerte de otro», y la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años, cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional⁷⁴.

— El delito de lesiones (art. 147 CP), cuyo tenor literal señala que «el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico», si bien, la pena será de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando la lesión sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

— Delito de lesiones por imprudencia grave o imprudencia profesional (art.152 CP), que castiga con la pena de prisión de tres a seis meses las lesiones previstas en el artículo 147.1 CP cuando fueren causadas por imprudencia grave, y con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años la imprudencia profesional.

En todos estos supuestos en los que el peligro termina causando un daño efectivo habrá que acudir a las reglas del concurso entre el artículo 316 o 317 CP y el correspondiente al resultado de homicidio o lesiones⁷⁵. En este sentido la doctrina distingue si el delito de peligro sólo ha afectado a la persona o las personas accidentadas, o si se ha puesto también en peligro a otras.

⁷³ GARCÍA MURCIA, Joaquín, *op. cit.*, pp. 114-115, alude también a la aplicación de ciertos tipos penales referidos a la provocación de situaciones de riesgo que, aunque se tipifican por su alcance social y su posible afectación a los ciudadanos, también podrían causar efectos nocivos para la seguridad y salud de los trabajadores (arts. 341, 342, 346, 348, 349 y 350 CP).

⁷⁴ Cfr. FERNÁNDEZ MARCOS, Leodegario: «Responsabilidad penal en materia de prevención de riesgos laborales», *Documentación Laboral*, núm. 88, 2010, p. 78 ss.

⁷⁵ Vid. MATA y MARTÍN, Ricardo: «Aproximación al problema del concurso penal de infracciones en materia de siniestralidad laboral», *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, núm. 8, 2007, (Ejemplar dedicado a: Incapacidad, prevención y seguridad en el trabajo), pp. 205-217.

Si como consecuencia de la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, se ha puesto en peligro a las mismas personas en las que dicho riesgo se ha materializado en un resultado dañoso, son de aplicación las normas del concurso de leyes, lo que significa que, conforme al artículo 8.3 CP, la lesión u homicidio absorberá el delito de peligro⁷⁶. En estos casos puede ocurrir que el sujeto infractor se vea beneficiado por el principio de la consunción, cuando la pena del delito de resultado sea inferior a la del delito de peligro, por lo que habrá de aplicarse el artículo 8.4 CP en el que se establece el principio de alternatividad, de manera tal que se resuelve el concurso de leyes a favor de la aplicación del delito más grave [STS de 4 de junio (RJ 2002, 6921)]⁷⁷.

Sin embargo, si pese a la existencia de resultados lesivos para la vida o la salud de una o varias personas, existen también otra u otras personas en situación de peligro por el incumplimiento de la normativa de seguridad laboral, será de aplicación el concurso ideal de delitos⁷⁸, a resolver conforme al artículo 77 CP, debiendo imponerse la pena por ambos delitos para evitar que la situación de peligro para el resto de personas expuestas a la situación de riesgo quede impune⁷⁹.

IV. CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN SOBRE EL TIPO PENAL Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

La construcción técnico-jurídica de dos modalidades de delito de peligro, uno doloso y otro culposo, integradas en el Título del Código Penal dedicado

⁷⁶ Cfr. Juzgado de lo Penal de Pamplona (Provincia de Navarra) de 12 febrero (ARP 2014, 187).

⁷⁷ DEL REY GUANTER, Salvador (Dir.) y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.), *op. cit.*, p. 33.

⁷⁸ «Ciertamente, cuando como consecuencia de la infracción de normas de prevención de los riesgos laborales se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas (la muerte o las lesiones del trabajador), el delito de resultado absorberá al de peligro (art. 8.3 CP), como una manifestación lógica de la progresión delictiva; más cuando –como es el caso de autos– el resultado producido (la muerte de uno de los trabajadores) constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad (ya que –como dice el Tribunal de instancia– en la misma situación de peligro se encontraba trabajando la generalidad de los que desempeñaban sus funciones en la obra), debe estimarse correcta la tesis asumida por dicho Tribunal de instancia al entender que ha existido un concurso ideal de delitos». [STS de 14 de julio de 1999 (RJ 1999, 6180)].

⁷⁹ SSTS de 26 de julio (RJ 2000, 7920), de 26 de septiembre (RJ 2001, 9603), de 4 de junio y de 25 de abril de 2005 (RJ 2005, 6547). Esta es también la tesis seguida por la Fiscalía General del Estado que en su Instrucción 1/2001 afirma estar de acuerdo con lo sostenido por la doctrina del Tribunal Supremo y orienta a las fiscalías para mantener la acusación y los recursos en vía procesal necesarios de acuerdo a la tesis del concurso de delitos. *Vid.* MARTÍNEZ RUIZ, Jesús: «Sobre los delitos contra la seguridad en el trabajo. Comentario de la jurisprudencia del TS al hilo de la Instrucción 1/2001, sobre actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 4, 2002, <http://criminet.ugr.es/recpc/jp04/recpc04-j09.pdf>

a los delitos contra los derechos de los/as trabajadores/as, cierra el círculo del conocido como Derecho Penal del Trabajo, protegiendo la seguridad en el trabajo vinculada a la vida, la salud y la integridad física de los/as trabajadores/as como bien jurídico autónomo e independiente de la efectiva lesión. En teoría este tipo vendría a proteger a los trabajadores y trabajadoras de las situaciones de peligro concreto y grave, adelantándose la línea de intervención punitiva con el fin de proteger antes de que se produzca un resultado lesivo. Sin embargo, la práctica demuestra que se aplica exclusivamente cuando hay un resultado dañoso en concurso con el tipo de lesiones u homicidio correspondiente al caso en concreto, con lo que en vez de evitar el daño, contribuye a aumentar la responsabilidad en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, lo que en cierto modo coadyuva a la objetivización de la responsabilidad, a criminalizar los supuestos de accidente de trabajo o enfermedad profesional y a desincentivar la prevención de riesgos laborales.

Partiendo de la afirmación de que en materia de seguridad y salud laboral «el ámbito ordinario e intenso de la protección corresponde sustancialmente al derecho laboral y que su trascendencia penal debe constituir remedio extremo»⁸⁰, lo cierto es que la experiencia indica que el sistema de responsabilidad penal se presenta como una respuesta común frente a la producción de un accidente de trabajo, olvidando su esencial carácter subsidiario o de última ratio⁸¹. Sin embargo, tal circunstancia no se debe a la aplicación de los tipos previstos en los artículos 316 y 317 CP, pues éstos en la práctica tienen una escasísima repercusión de forma autónoma, y su aplicabilidad queda reducida a las situaciones de concurso con los delitos de resultado⁸².

Así pues, el uso desmedido de la incriminación penal en los casos en los que hay un resultado lesivo supone una clara degradación del ilícito penal dispuesto en los artículos 316 y 317 CP que, a la postre, merma su eficacia preventiva⁸³, es más, con ello se introduce una cierta capacidad de disposición de la

⁸⁰ STS (Sala de lo Penal) 1355/2000 de 26 de julio (RJ 2000, 7920).

⁸¹ DEL REY GUANTER, Salvador (Dir.) y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.) VV. AA., *op. cit.*, p. 29.

⁸² SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente: «Presentación de unas conclusiones relevantes sobre responsabilidad empresarial por accidente de trabajo», *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 25, 2007. A este respecto, PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel., *op. cit.*, señala que «la tutela penal debería activarse antes de la presencia de daños a la salud de los trabajadores, pues a mi modo de ver el bien jurídico protegido por los delitos de riesgo, aunque la doctrina científica dista de ser pacífica al respecto, es autónomo y colectivo: la seguridad de los trabajadores entendida como un interés jurídico distinto de (pero del cual depende) la vida, salud e integridad de los mismos. Y esa aplicabilidad previa a los daños, esto es, como respuesta al riesgo y al peligro grave, sólo puede activarse si la Fiscalía tiene pronta noticia de situaciones de riesgo y peligro grave; conocimiento que deviene imposible si los Inspectores de Trabajo no comunican a la Fiscalía tales situaciones».

⁸³ CORREA CARRASCO, Manuel *op. cit.*, p. 61.

persecución penal por parte de las víctimas que de algún modo privatiza la tutela penal, que se convierte en objeto de transacción, en la medida en que cabe pactar la terminación del proceso a cambio de una rápida satisfacción del interés económico en cuestión⁸⁴. De tal manera que, desde distintos sectores se ha criticado duramente la «criminalización de los accidentes de trabajo»⁸⁵, lo que a *contrario sensu* no significa que la responsabilidad penal deba cuestionarse como tal, ya que lo cuestionable es su aplicación⁸⁶. En definitiva, no se pone en duda la pervivencia del tipo, lo que hay que plantearse es una aplicación más acertada del mismo acorde con la protección del bien jurídico protegido⁸⁷.

La responsabilidad penal debe atender al principio de intervención mínima y evitarse una criminalización de los accidentes de trabajo. No todo resultado de lesiones o de muerte debe resolverse en el orden penal, limitándose a los casos en los que verdaderamente sea precisa la manifestación de la potestad punitiva del Estado con fines represivos y de ejemplaridad social, como consecuencia de la magnitud de la conducta antijurídica, de la infracción del deber de cuidado, y no por el resultado que ésta desencadena, y sobre todo, debería controlarse que la persecución penal por parte de las víctimas se termine convirtiendo en objeto de transacción, en una fórmula para pactar una rápida satisfacción económica a cambio de la terminación del proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO LÓPEZ, Sara: *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- ALFONSO MELLADO, Carlos Luis: «Responsabilidad de «terceros» por accidente de trabajo» en AGUSTI JULIÁ, Jordi (Coord.) VV. AA.: *La imputación de responsabilidad en las relaciones laborales*, Bomarzo, 2008.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ SAN MARTÍN, Javier: «La criminalización de los accidentes de trabajo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 737, 2007.

⁸⁶ Un estudio profundo y crítico sobre los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo puede verse en RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea: *El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo*, Iustel, 2007, que concluye con la propuesta de tres alternativas complementarias en materia de tutela de la seguridad y salud en el trabajo: 1) la intervención de un fiscal especializado en materia de prevención de riesgos laborales: Fiscal delegado para la lucha contra la siniestralidad laboral; 2) la creación de un tipo penal autónomo que responsabilice la omisión de los deberes del inspector de trabajo en materia de salvaguarda de la seguridad y salud en el trabajo; y 3) La elaboración de una Ley integral sobre siniestralidad laboral.

⁸⁷ A este respecto, resultan particularmente interesantes las reflexiones sobre la escasa aplicación práctica de estos delitos realizada por OLAIZOLA NOGALES, Inés: «Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP) y su relación con los resultados lesivos», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 12, 2010, pp. 26 ss.

- ÁLVAREZ SACRISTÁN, Isidoro: «Una supuesta responsabilidad de los técnicos de prevención en los accidentes de trabajo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 754, 2008.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén: «Fundamento de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva (notas introductorias al estudio de la Ley de 1900)» y DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: «La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español», en VV. AA.: *Cien años de Seguridad*, Madrid, Muprespa, 2000.
- CORREA CARRASCO, Manuel: *Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento*, Albacete, Bomarzo, 2007.
- DEL REY GUANTER, Salvador (Dir.) y LUQUE PARRA, Manuel (Coord.) VV. AA.: *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, La Ley, 2008.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén: «La responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral. Especial referencia a la obligación de formación de los trabajadores», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 418, 2018, pp. 67-94.
- FERNÁNDEZ MARCOS, Leodegario: «Responsabilidad penal en materia de prevención de riesgos laborales», *Documentación Laboral*, núm. 88, 2010.
- GALLARDO GARCÍA, Rosa M.^a: *Protección jurídica de la vida y salud de los trabajadores. Derecho penal. Derecho administrativo sancionador*, Comares, Granada, 2016.
- GALLO, Patricia: «Interpretación jurisprudencial de la cláusula de remisión del delito «contra la seguridad de los trabajadores»» (art. 316 del Código Penal Español)», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 2, 2021.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Aranzadi, 2003.
- GIL PLANA, Juan: «La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 138, 2018 (Ejemplar dedicado a: Derecho del trabajo: Prevención y protección de los riesgos profesionales).
- GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco Antonio: *La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales*, CES, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, José Juan: *Seguridad e higiene en el trabajo. Formación histórica y fundamentos*, CES, 1997.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio: «La formación del Derecho del Trabajo en España», en VV. AA.: *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, p. LII.
- MARTÍNEZ BARROSO, María Reyes: *Sujetos responsables de los incumplimientos en materia preventiva*, Bomarzo, Albacete, 2016. También RODRÍGUEZ LÓPEZ,

- María del Mar: *Las responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales y su perspectiva desde la doctrina judicial*, Aranzadi, 2021.
- MARTÍNEZ RUIZ, Jesús: «Sobre los delitos contra la seguridad en el trabajo. Comentario de la jurisprudencia del TS al hilo de la Instrucción 1/2001, sobre actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 4, 2002, <http://criminet.ugr.es/recpc/jp04/recpc04-j09.pdf>
- MATA Y MARTÍN, Ricardo: «Aproximación al problema del concurso penal de infracciones en materia de siniestralidad laboral», *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, núm. 8, 2007, (Ejemplar dedicado a: Incapacidad, prevención y seguridad en el trabajo).
- MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio.: «Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)» en VV. AA.: *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada, Comares, 2006.
- MONEREO PÉREZ, José Luis y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «Prevención de riesgos laborales y sistema de responsabilidades empresarial, sindical y de los trabajadores» en GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo y NOGUEIRA GUSTAVINO, Magdalena (Dir.) VV. AA.: *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Madrid, La Fraternidad Muprespa-UNED, 2000.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2023, p. 406.
- MORALES GARCÍA, Óscar: «Régimen de responsabilidad penal derivada de la siniestralidad laboral en la ejecución de obras civiles», *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, núm. 12, 2005.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés: «Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP) y su relación con los resultados lesivos», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 12, 2010.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos: «Orígenes de la regulación del trabajo femenino en España: la Ley de 13 de marzo de 1900», *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 1 y 2, 1975-1976.
- PURCALLA BONILLA, María Ángel, RIVAS VALLEJO, Pilar, y BARBANCHO TOVILLAS, Fernando: «La responsabilidad penal en los delitos de riesgo o peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores», *Tribuna Social*, núm. 99, 1999.
- PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel: «Delitos específicos de peligro contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica en los artículos 316 y 317 del Código Penal», *Aranzadi Social*, núm. 22, 2005, BIB 2005\2741.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «La provocación de riesgos laborales en el derecho penal. La responsabilidad de la Administración», *Actas del VI Congreso de Derecho Sanitario*, Madrid, 1999. www.aeds.org/congreso06.
- RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea: *El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo*, Iustel, 2007.
- REVELLES CARRASCO, María: «El artículo 316 CP como norma penal en blanco y su compatibilidad con el principio de legalidad: análisis jurisprudencial», *Revista de Derecho Social*, núm. 46, 2009.
- RIVERO LAMAS, Juan y DE VAL TENA, Ángel Luis: «Régimen general de obligaciones y derechos en materia de prevención de riesgos profesionales», en VV. AA.: *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada, Comares, 2006.
- RIVERO LAMAS, Juan: «Responsabilidades penales de los empresarios en materia de prevención de riesgos laborales», *Actualidad Laboral*, núm. 36, 1996.
- RODRÍGUEZ EGÍO, María Monserrate: «Cuestiones pendientes en la prevención de riesgos laborales del trabajo autónomo económicamente dependiente» en FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén (Dir.) VV. AA.: *Trabajo autónomo: aspectos fiscales, negociación colectiva, salud laboral, conciliación y protección social*, Aranzadi, 2023.
- SALVADOR CONCEPCIÓN, Rosa: «La remisión normativa extrapenal del artículo 316 del Código Penal», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 40, 2015.
- SAN MARTÍN, Javier: «La criminalización de los accidentes de trabajo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 737, 2007.
- SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén: «La protección penal en materia de prevención de riesgos laborales», *Actualidad Laboral*, núm. 34, 2001.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente: «Presentación de unas conclusiones relevantes sobre responsabilidad empresarial por accidente de trabajo», *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 25, 2007.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María: «Delitos contra los derechos de los trabajadores» en VV. AA.: *Empresa y Delito en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial-Consejo General del Poder Judicial, 1997.
- URRUTIKOETXEA BARRUTIA, Mikel: «Las distintas responsabilidades de los técnicos en PRL en el ejercicio de su profesión», *Lan Harremanak*, núm. 28, 2013.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda: «El modelo de responsabilidad empresarial por incumplimiento de obligaciones de prevención de riesgos laborales», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 2011-II.

LA PROTECCIÓN, TAMBIÉN PENAL, DEL DERECHO DE HUELGA (DEROGACIÓN DEL CP ART. 315.3)

SUSANA BRAVO SANTAMARÍA

Abogada. Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. Introducción. 1.1 Algunas consideraciones previas sobre el derecho de huelga, en el ámbito comunitario y regional europeo. 1.2 El derecho de huelga ante la Corte Internacional de Justicia. Breve consideración. 1.3 La tipificación de las sanciones administrativas contra la intromisión en el derecho de huelga.–II. La tipificación penal de la injerencia en el derecho de huelga. 2.1 Medios comisivos tasados: engaño y abuso de la situación de necesidad. 2.2 Sujeto activo del delito. 2.3 El cierre preventivo y ofensivo como delito penal.–III. La derogación del apartado 3 del artículo 315.

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Algunas consideraciones previas sobre el derecho de huelga, en el ámbito comunitario y regional europeo

Las competencias legislativas de la Unión Europea (UE), se restringen expresamente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión (TFUE), a la hora de pretender regular el derecho de huelga, sobre todo porque tal regulación, es fruto de normas establecidas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que confieren prerrogativas a los Estados miembros en exclusiva¹.

¹ Según el artículo 153, apartado 5, del TFUE, la competencia legislativa de la UE en materia de política social «no se aplicará a la retribución, el derecho de asociación, el derecho de huelga y el derecho de cierre patronal».

Los tratados previos a la creación de la propia Comunidad Europea, no quisieron regular el derecho de huelga, por múltiples razones, pero, sobre todo, porque los Estados consideraron que sus sistemas de relaciones laborales, únicos y bien asentados, cuyos titulares eran concedores de la realidad laboral interna de cada uno de ellos, no debían dejar la puerta abierta a una regulación común invasiva de sus competencias. Aunque la realidad legislativa en lo social y laboral, ha ido cambiando.

Lo social en la UE, en ocasiones, no es que se haya ido imponiendo a lo económico, sino que ha comenzado a ir de la mano, permitiendo la evolución de ciertos contenidos incluidos en la legislación comunitaria como derechos sociales, que han encontrado su sitio, sobre todo, por la labor realizada por los interlocutores sociales europeos, bien concedores de la relaciones laborales en cada uno de sus ámbitos, que han visto opciones legislativas de regulación para mejorar el disfrute de los derechos sociales, civiles y políticos, de los ciudadanos de la Unión, llegando a ver esos resquicios regulatorios incluso en materia salarial, materia tabú que ha dejado de serlo².

Una de las instituciones influenciadoras de este cambio es sin duda, el diálogo social europeo, como hemos introducido en el párrafo anterior. El propio Tratado de Roma, determinó como uno de los cometidos de la Comisión Europea (CE), el fomento de una estrecha colaboración entre los Estados miembros, en relación al derecho de asociación (libertad sindical) y de negociación colectiva, comenzando en relación con una serie de cuestiones relativas al empleo, la formación, y otras cuestiones sociales.

Diálogo social europeo, cuyos comienzos pueden centrarse en la etapa que se abrió con el Acuerdo sobre Política Social suscrito el 31 de octubre de 1991, por UNICE, la CES y el CEEP y, acuerdo que solicitaba desde ese momento que se estableciera una consulta obligatoria a los interlocutores sociales de cara a la elaboración de la legislación europea en materia social, así como la posibilidad de negociar acuerdos marco, a escala comunitaria³.

² Buena prueba de ello es la Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea.

³ Esta solicitud fue reconocida en el Acuerdo adjunto al Protocolo sobre la Política Social del Tratado de Maastricht, firmado por todos los Estados miembros, salvo el Reino Unido. «El origen del diálogo social europeo: origen evolución y principales resultados. https://www.ces.es/documents/10180/4083353/Cauces_32_pp.17-27.pdf.

Con posterioridad, en el mes de octubre de 1992, se constituyó el Comité del Diálogo Social (CDS) como el principal foro para el diálogo social bipartito a escala europea⁴.

Que la Unión europea no tenga competencias regulatorias en materia de derecho de huelga no significa que, no tenga en cuenta, el propio quehacer de los Estados miembros, que vienen reconociendo y aplicando en sus territorios, las legislaciones constitucionales y laborales nacionales, y el derecho internacional del trabajo proveniente de las normas de la OIT, o desde otros ámbitos, como el Consejo de Europa, con la Carta Social Europea y el Convenio europeo de derechos humanos, además de, sí reconocerlo y tenerlo en consideración, e incluso protegerlo.

Así, jurídicamente, le ha dado el nivel que se merecía en la Carta de los Derechos Fundamentales del año 2000, cuyo efecto legal fue determinado por el Tratado de Lisboa en 2009, recogándose en el artículo 28: «Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga»⁵.

Esta mínima introducción sobre las competencias, y actuaciones de la Unión en materia de huelga, el diálogo social europeo y los grandes acuerdos alcanzados y codificados, son para poner de manifiesto la necesidad de conocer la evolución de lo social, en el ámbito comunitario, con el reconocimiento, al margen del derecho de libertad sindical, del derecho de huelga, aunque en ocasiones, se da un paso marcha atrás, que requerirá de acciones positivas para la protección del dicho derecho.

Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (TJUE) que también tiene un papel fundamental, en esta materia, sin embargo, su jurisprudencia, no ha ido en la misma línea que la del Tribunal Europeo de Derechos humanos, (TEDH), que ha venido prestando más atención a la salvaguarda de los derechos sociales colectivos, incluido éste, teniendo en cuenta tanto la regulación

⁴ La Cumbre Social tripartita, en la que se incluyen los interlocutores sociales con el objetivo de mantener una consulta continuada en temas de empleo, económicos y sociales es otro ejemplo del diálogo social tripartito, tras una larga evolución llevada a cabo por el derecho de los tratados.

⁵ Recogido en el Protocolo Social anexo al Tratado de Maastricht. Posteriormente se incorpora al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a raíz del Tratado de Ámsterdam.

de la Convención de los derechos humanos del Consejo de Europa, como la Carta Social Europea, y los Convenios de la OIT⁶.

A modo de ejemplo, baste con recordar las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre los conocidos casos: Viking⁷, Laval y Rüfert. En estos litigios la cuestión central era la relación entre las libertades económicas y los derechos sociales colectivos, concretamente el derecho a emprender acciones colectivas, incluida la huelga, sentencias que confirmaron la naturaleza fundamental de tales derechos, pero que fueron interpretados como una restricción al ejercicio de las libertades económicas del Tratado, resolviendo el Alto Tribunal europeo, en sentido favorable a las empresas y manifestando que existe un conflicto entre el libre acceso al mercado y el ejercicio de los derechos de acción sindical y huelga, y libertad de establecimiento y libre prestación de servicios transnacionales.

La consecuencia de estos pronunciamientos, no obstante, ha sido un cierto compromiso de la UE, para el efectivo respeto de los derechos fundamentales puesto que la libertad de asociación y el derecho a emprender acciones colectivas y a ir a la huelga, son derechos protegidos por la Carta de los Derechos fundamentales, que deben justificarse como tales y su significado debe ser el mismo que tienen en los sistemas nacionales y supranacionales, otros derechos humanos⁸.

Si las sentencias anteriores parece que pusieron en jaque a los derechos sociales y al derecho de huelga frente a las libertades económicas en la UE, todavía se pusieron más en jaque con una circunstancia excepcional recientemente padecida: la pandemia declarada como consecuencia del virus SARS-CoV-2. (COVID-19).

Esto hizo que, tanto por parte de la UE, como por parte de los Estados miembros, se fueran adoptando, al igual que se hizo como consecuencia de la crisis financiera de 2008, aunque no con la intensidad y el nivel de ésta, una serie de medidas que no solo recortaron los derechos sociales, laborales y sindicales, sino inclusive los derechos humanos, en general.

⁶ Aunque también el Tribunal europeo de derechos humanos parece tener divergencias con el comité de derechos sociales a la hora de interpretar el derecho de huelga determinado en la Carta Social Europea, pero no es el motivo de este trabajo, aunque este apunte es necesario para las reflexiones que se están tratando.

⁷ Caso C- 438/ de 11 de diciembre de 2007 STJUE (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007. International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union contra Viking Line ABP y OÜ Viking Line; C-341/05, de 18 de diciembre de 2007, STJUE (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007.

⁸ TOMBA C. «Supranational perspectives on the right to strike: a critical study of the legal sources and of their interpretation».

Estos mismos recortes pretendieron llegar no solo a los procesos de diálogo social, la negociación colectiva y los convenios colectivos, sino también a las acciones colectivas llevadas a cabo por los ciudadanos y las ciudadanas y por las personas trabajadoras.

Sin embargo, su consideración dio la vuelta y se demostró que se convertirían en imprescindibles, lográndose grandes acuerdos precisamente para proteger «lo social»⁹, debido a la respuesta frente a los recortes iniciales, de los organismos internacionales y europeos de derechos humanos (ONU, OIT y Consejo de Europa), lo que permitió que los mandatarios europeos y nacionales se enfrentaran a los desafíos de la crisis, intentando garantizar incluso la protección de la actividad de los sindicatos, con cuyos interlocutores se concluyeron acuerdos de importante calado¹⁰.

Sobre todo, porque los derechos humanos, y los principios democráticos de la propia UE, también determinan que cualquier derogación o restricción de los derechos humanos está estrictamente regulada, y no pueden restringirse sino en determinadas circunstancias excepcionales, principios que también deben aplicarse al derecho de huelga¹¹.

Así de las lecciones aprendidas, el Parlamento europeo aprobó su posición sobre la creación de un nuevo Instrumento de Emergencia para el Mercado Único, con el fin de garantizar una mejor gestión de cualquier crisis internacional futura, a finales de verano del año pasado, alcanzando un acuerdo provisional, el 1 de febrero de 2024, con el Consejo que, pasará a llamarse Reglamento de Emergencia y Resiliencia del Mercado Interior.

La regulación de este nuevo instrumento tendrá como finalidad, garantizar el tránsito sin ningún tipo de obstáculo de bienes y personas trabajadoras, consideradas como esenciales en determinados servicios en una crisis, incluso

⁹ Existe jurisprudencia internacional y europea, en materia de derechos humanos, que debe respetarse cuando los gobiernos pretenden adoptar, reformar, crear o aplicar una regulación de emergencia.

¹⁰ La UE tiene como valores fundamentales, el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, y la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas que pueden pertenecer a una minoría. Para respetar estos valores, el artículo 7 del TFUE prevé un mecanismo comunitario para determinar la existencia incluso sancionable, de una violación grave y persistente de los valores de la UE, o parte de un Estado miembro: En este contexto la UE, está obligada a cumplir su Carta de los Derechos Fundamentales, en la que, como se ha dicho, se reconoce el derecho de huelga.

¹¹ Estos instrumentos jurídicos y organismos de control internacionales y europeos determinan medidas temporales y limitadas porque determinados derechos humanos y libertades fundamentales solo pueden restringirse o suprimirse en tiempo de guerra y otra emergencia similar, debiendo respetarse los principios democráticos, y solo restringirse, siempre y cuando sea necesario, se apliquen de forma no discriminatoria, sean proporcionales al riesgo que se puede causar, temporales y supervisados, y no sean intrusivos o al menos lo menos posible, teniendo en cuenta para su elaboración y aplicación a los interlocutores sociales. Las medidas de emergencia COVID-19: Orientaciones Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/EmergencyMeasures_COVID-19_ES.pdf

cuando exista la posibilidad de que los Estados miembros se vean obligados a recurrir a la limitación del derecho de libre circulación u otras restricciones de movimiento así como, el cierre de fronteras¹².

Medidas de emergencia que no deben vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos y de las personas trabajadoras y por supuesto, el ejercicio de sus derechos, incluida la huelga, porque en una situación de emergencia, « (...) si se emprende una huelga u otra acción colectiva con arreglo a la legislación nacional, (de cualquier Estado miembro), dicha acción no puede constituir una crisis en el marco del Instrumento de Emergencia del Mercado Único, (...) además de tener que respetarse la autonomía de los interlocutores sociales¹³.

Por otra parte, y en el ámbito de Naciones Unidas (NN. UU.), el relator especial de la de la ONU: Clément Voule, hizo hincapié en diez principios clave que deben tenerse en cuenta en cualquier respuesta que se dé en relación con las debidas, y a realizar por los Estados, frente a cualquier crisis, porque «no se deben frenar las libertades de reunión y asociación, inclusive en el lugar de trabajo, y no se debe frenar el derecho de huelga»¹⁴.

A estas declaraciones y consideraciones sobre la huelga se llega porque durante la pandemia hubo algunos intentos de interferencias, en los derechos sociales y sindicales, y por supuesto, en el derecho de huelga, pero también se alzaron numerosas voces en su defensa. Vamos a ver algunos ejemplos:

a) Tras el anuncio del concurso de acreedores de la empresa Swissport, dedicada a la gestión de equipajes del aeropuerto de Bruselas, se decidió despedir a, alrededor de 1.500 trabajadores, lo que llevó al Ministerio del interior, a prohibir una asamblea de trabajadores basándose en las medidas de la COVID-19. Esto provocó el enfado de dichos trabajadores que se manifestaron y fueron a la huelga, recibiendo serias advertencias del Ministerio. Sin embargo, nadie fue detenido.

¹² También hay que tener en cuenta, el Reglamento sobre las pymes, que los eurodiputados quieren que pase a llamarse Ley de Emergencia y Resiliencia del Mercado Interior (Reglamento IMERA), tiene por objeto crear un marco general de gestión de crisis para la UE, para evitar en la medida de lo posible algunas consecuencias de la crisis padecida con la pandemia de la Covid-19. <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230911IPR04911/smei-imera-meps-adopt-their-position-on-a-new-eu-crisis-management-system>

¹³ Consideraciones sobre el derecho de huelga. Dictamen del Comité Económico y Social europeo al Instrumento de Emergencia del Mercado Único para la propuesta de Reglamento por el que se establece un Instrumento de Emergencia del Mercado Único. También otro Reglamento relativo a los procedimientos de emergencia para la evaluación de la conformidad, la adopción de especificaciones comunes y la vigilancia del mercado, debido a una emergencia del mercado único y, propuesta de Directiva modificativa en lo que respecta a los procedimientos de emergencia para la evaluación de la conformidad, la adopción de especificaciones comunes y la vigilancia del mercado.

¹⁴ <https://www.ohchr.org/es/topic/freedom-assembly-and-association>

b) Otro ejemplo, es el de la empresa Decathlon, en Bélgica, como consecuencia de la retirada de una prima de productividad. Se inició una jornada de huelga en Willebroek, y pese a los intentos iniciales, finalmente se consiguió que no se limitará su ejercicio, lo que se trató de hacer por el Gobierno.

c) En Croacia, a finales de marzo 2020, se inició una reforma por el Ministerio de trabajo y pensiones croata, sin información y consulta a los sindicatos y con determinados recortes de salarios, incluida la indemnización en caso de despido, con la posibilidad de reducción unilateral de la jornada de trabajo por parte de los empresarios croatas (ERTE de suspensión y reducción unilateral), permitiendo deslocalizaciones y obligando a realizar teletrabajo no voluntario, entre otras cuestiones. Sin embargo, la reacción de los sindicatos croatas con el pleno apoyo de la Confederación Europea de Sindicatos (CES), permitió que no se avanzara en las restricciones anteriores.

d) En Portugal, la declaración portuguesa de Estado de emergencia, limitó los derechos fundamentales de los trabajadores, restringiendo la libertad de circulación de las personas y suspendiendo temporalmente el derecho de huelga en sectores como la salud, protección civil, y otros sectores y vitales para la producción.

1.2 El derecho de huelga ante la Corte Internacional de Justicia. Breve consideración

Para, en estas breves páginas, dar un enfoque de la protección penal que se brinda al derecho de huelga en España, hay que conocer no solo la esfera legislativa del ámbito comunitario y regional europeo, al que pertenece España, sino también, la evolución del trabajo que realiza la OIT en la consideración, modificación, y protección de los derechos que le incumben.

Por ello es necesario traer a colación la solicitud de protección que la propia OIT va a realizar del derecho de huelga, ante la Corte Internacional de Justicia.

La Corte Internacional de Justicia es el principal órgano judicial de NNUU. Tiene su sede en el Palacio de la Paz en la Haya (Países Bajos) y está encargada de decidir las controversias jurídicas entre Estados. No obstante, también emite opiniones consultivas sobre cuestiones que pueden someterle órganos o instituciones especializadas de la ONU, como es la OIT.

Pues bien, el grupo de empleadores de la OIT ha querido poner en entredicho el derecho de huelga, desde hace tiempo, como parte del contenido del derecho de libertad sindical concretado en el convenio 87, de dicha organización.

Esta duda, parte de la falta de consideración del propio procedimiento de control de la OIT, por cuestiones político empresariales, de dicho grupo, más que por cuestiones de otra índole, sobre todo jurídicas, porque lo que no le gusta al grupo de empleadores, es el sistema de control de dicha organización, y para ello ha puesto en duda que forme parte del contenido del derecho de libertad sindical, el derecho de huelga, basándose en la falta de dicción expresa que se hace de este último en el Convenio 87.

Querer desviar la atención sacando fuera del contenido del Convenio 87 al derecho de huelga, es sin duda una maniobra que pretende repercutir en todos los ordenamientos jurídicos de los países que han refrendado este Convenio, de ahí que se ponga de manifiesto en este trabajo esta cuestión, solo con la intención de señalar, no que verdaderamente esté en riesgo el derecho de huelga, que no lo está, sino para poner de manifiesto la fragilidad de un derecho tan importante, codificado o no, en casi todos los países de la comunidad internacional, cuya interpretación requiere de un amplio conocimiento en su consideración, evolución, y protección, inclusive penal.

Este derecho histórico y fundamental sí está reconocido y protegido por el Convenio 87 OIT, es el contenido esencial del derecho de libertad sindical y a ello aluden numerosas resoluciones del comité de libertad sindical (CLS), de la propia OIT, y de la propia Comisión de Expertos, cuyo control se pretende rechazar, en aplicación de los Convenios y Recomendaciones.

Por eso, para su defensa, la propia OIT ha acudido a solicitar a la Corte Internacional de Justicia de Naciones Unidas¹⁵ un dictamen de carácter no vinculante, pero sí reconocido internacionalmente, para aclarar esta cuestión, y zanjar un debate torticero e interesado, que limitaría de manera drástica uno de los más importantes derechos sindicales, contenido esencial del derecho humano, de libertad sindical.

Para la resolución de este conflicto el Comité de libertad sindical de la OIT, tiene un papel fundamental. Sus resoluciones aplicativas e interpretativas de los convenios se llevarán ante la Corte Internacional de Justicia como resoluciones interpretativas que han venido determinando una vasta jurisprudencia sobre el derecho de huelga¹⁶.

¹⁵ La Corte Internacional de Justicia como hemos dicho, es el principal órgano de resolución de conflictos y de opinión consultiva del sistema de Naciones Unidas (NN. UU.) y a él pueden recurrir sólo cinco órganos y dieciséis organismos de NNUU, entre los que se encuentra la OIT.

¹⁶ Recopilación de resoluciones en materia de derecho de huelga. CLS-OIT. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO::P70002_HIER_ELEMENT_ID,P70002_HIER_LEVEL:3945366,1

1.3 La tipificación de las sanciones administrativas contra la intromisión en el derecho de huelga

Los delitos contra los derechos de los trabajadores, incluso el artículo 315 del Código Penal (CP), no siempre permiten una delimitación clara entre las conductas que pueden ser constitutivas de infracciones administrativas, o de ilícitos penales.

De hecho, la normativa reguladora de la libertad sindical, prevé algunas conductas que podrían considerarse tipo de ambas, de modo que, requieren de un detenido análisis para distinguir los actos que verdaderamente puedan tener relevancia penal, o administrativa.

La jurisdicción social es el cauce natural de la protección de los derechos fundamentales laborales, y el derecho sancionador administrativo, canaliza la mayor parte de los incumplimientos graves, o muy graves, que pueden darse en el quehacer diario empresarial, por lo que, el derecho penal se constituye en la última ratio, que solo debe actuar cuando la autotutela y los restantes medios jurídicos se revelan ineficaces o insignificantes.

Aunque por supuesto al derecho penal debe recurrirse, cuando sea necesario para la protección de determinados bienes jurídicos frente a los ataques más intensos de que puedan ser objeto¹⁷, «no siendo toda lesión del derecho fundamental de libertad sindical (y huelga), (...) susceptible de sanción penal».

Solo aquellas conductas más graves que reúnan todos y cada uno de los requisitos exigidos en el artículo 315 CP, pueden ser objeto de enjuiciamiento penal y por consiguiente punibles, puesto que el principio de intervención mínima del derecho penal supone que no se debe acudir a esta vía cuando exista la posibilidad de utilizar otras vías jurídicas, para restablecer los derechos vulnerados¹⁸.

En el derecho sancionador, y el derecho penal es su máxima expresión, puede existir una fina línea o un difuso elemento, o rasgo, que determine la consideración de un presunto hecho como ilícito administrativo o penal, y la mayor gravedad que tenga la conducta tipificada inclinará la balanza hacía una jurisdicción o hacia otra.

Aunque en ocasiones, también es necesario señalar que no existe tipificación penal para determinadas conductas, por lo que la sanción en su caso, se

¹⁷ Auto AP Álava núm. 44/2006, de 14 de febrero.

¹⁸ SAP Lugo de 21 de mayo de 2002, SAP Baleares de 27 de noviembre de 2000, Auto AP Las Palmas de 14 de enero de 1998 y SAP Tarragona 139/2003 de 11 de abril de 2003.

quedará en el ámbito del derecho administrativo, o se podrá cubrir con el tipo penal genérico, si cabe.

En relación con el derecho de huelga el legislador administrativista ha tenido en cuenta como conductas susceptibles de tipificación y, por lo tanto, como infracciones sancionables las referidas a la sustitución de los trabajadores en huelga, por otros no vinculados al centro de trabajo, durante el tiempo de dicha huelga, o puestos a disposición por una empresa de trabajo temporal que sustituya a los huelguistas.

Es necesario recordar que, la evolución de la protección del derecho de huelga, ha pasado, de una etapa en la que se le consideraba delito, a otra etapa, en la cual, su consideración de actividad enmarcada dentro de la libertad sindical, le tiene en cuenta como derecho subjetivo de las personas trabajadoras, protegiéndose inclusive por el derecho sancionador administrativo y penal, como estamos poniendo de manifiesto.

De ahí que, queramos poner ambos derechos en conexión y traer aquí unas pinceladas de la sanción administrativa que se encuentra tipificada en el derecho sancionador laboral.

Su consideración de derecho subjetivo, además, también tiene un relieve público, como derecho fundamental consagrado en el artículo 28.2 CE, con toda una serie de consecuencias e implicaciones, aunque con una protección especialmente «enérgica»¹⁹, por lo que, los límites a sus formas de ejercicio existen, y el no respetarlos, ha de dar lugar a responsabilidades tanto de los poderes públicos, en su caso, como de los empresarios y otros sujetos públicos o privados, sin olvidar que si su ejercicio es ilegal, o se producen actos u omisiones que lo impidan o dificulten, existen las mencionadas sanciones administrativas o penales con sus correspondientes consecuencias jurídicas, sanciones y responsabilidades.

Así concretándolo, la ley de infracciones y sanciones en el orden social (LISOS)²⁰, determina como infracción muy grave en el apartado 10 del artículo 8: «los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores, consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros, no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento».

¹⁹ RIVERO LAMAS, Juan: «Infracciones y sanciones laborales y regulación del derecho de huelga: criterios jurisprudenciales y criterios de reforma».

Dialnet-InfraccionesYSancionesLaboralesYRegulacionDelDerec-229683.pdf

²⁰ 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.

También es una infracción administrativa muy grave, si dicha sustitución de trabajadores huelguistas la realiza una empresa usuaria en el ámbito de un contrato con una empresa de trabajo temporal²¹. Infracciones administrativas que no solo tienen en cuenta las actuaciones empresariales tendentes a impedir dicho derecho sino también su intencionalidad.²²

Para imponer dichas sanciones, hay un documento por excelencia que debe ser tenido en cuenta: «el acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que inicie el expediente sancionador» y, la resolución administrativa que recaiga, que:«deberá explicitar los criterios de graduación de la sanción, tenidos en cuenta. Cuando no se considere relevante a estos efectos ninguna de las circunstancias enumeradas en dichos apartados, (del artículo correspondiente), la sanción se impondrá en el grado mínimo.²³

Aunque el grueso de la vulneración del derecho de huelga, en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa se da con la determinación abusiva de los servicios mínimos en los servicios esenciales de la Comunidad. Servicios mínimos que suelen ser abusivos y excesivos y cuya impugnación consigue su anulación mayoritariamente, a diferencia de lo que ocurre con la solicitud de suspensión cuyo auto, suele llegar extemporáneamente, y suele convertirse en una tarea de imposible consecución²⁴.

Sin embargo, a pesar de la reiteración de abusividad en la determinación de los servicios mínimos, con las correspondientes sentencias anulatorias, no se sancionan administrativa, ni penalmente, estas conductas. El legislador mira para otro lado, a la hora de tomar parte en la actividad de la administración con potestad de gobierno que reitera una y otra vez un modus operandi invasivo del derecho de huelga, y que quizá en algún momento se debiera abordar.

Por otra parte, salvo que se incardinan a través del artículo 8 de la LISOS en relación con la trasgresión de las cláusulas normativas sobre materia sindical establecidas en los convenios colectivos, no tendrían tampoco sanción administrativa.

²¹ Artículo 19 LISOS.

²² TSJ Cataluña (Sala III, Sección 2.ª), 949/2001 de 23 julio. JUR 2001\321918, TSJ Murcia (Sala III, Sección 2.ª), 290/2021 de 19 mayo. RJCA 2021\1030, TS (Sala III, Sección 7.ª), sentencia de 12 de junio de 2013. RJ 2013\4895, TSJ de Murcia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) Sentencia núm. 382/2021 de 29 junio, RJCA\2021\1611.

²³ Art. 39 LISOS considerado por ejemplo en, STSJ Islas Canarias, Las Palmas (Sala III, Sección 2.ª), núm. 225/2016 de 12 mayo. RJCA 2016\751.

²⁴ Algunas resoluciones judiciales sobre la vulneración del derecho de huelga por parte de la determinación abusiva de los servicios mínimos: STSJ Madrid (Sala III, Sección 9.ª) 412/2002, de 10 abril. RJCA 2003/514, STS (Sala III, Sección 7.ª), 6 marzo 2014. RJ 2014/1451, STS (Sala III, Sección 7.ª), 28 enero 2013. RJ 2013/1373, STS (Sala III, Sección 7.ª), 26, diciembre 2012. RJ 2013/1183, STS (Sala III, Sección 7.ª), 9, julio 2012. RJ 2012/7780, STS (Sala III, Sección 3.ª), 12 de abril 2011. RJ 2011/3203, STS (Sala III, Sección 7.ª), 21 diciembre 2007. RJ 2008\582, STS (Sala III, Sección 7.ª), 21 diciembre 2007. RJ 2008\583, entre otras muchas.

II. LA TIPIFICACIÓN PENAL DE LA INJERENCIA EN EL DERECHO DE HUELGA

El código penal establece en el Título XV, la regulación «De los delitos contra los derechos de los trabajadores». En el artículo 315. 1, determina que: «serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio (...) del derecho de huelga».

Así mismo, en su apartado 2, señala que: «Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaren a cabo con coacciones, serán castigadas con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años, o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses».

Esta es la regulación actual. Sobre el apartado 3 y su derogación, se hará al final, una mención especial.

Es necesario recordar que, desde el punto de vista sociológico una huelga es un conflicto no solo laboral, sino en ocasiones social. Recurrir a la huelga por parte del movimiento sindical y de las personas trabajadoras, ha pasado de ser un delito, a ser un derecho, como hemos introducido, aunque con algunas limitaciones o incluso restricciones.

Volviendo a un posible concepto, una huelga puede tener muy diferentes formas de externalizar un conflicto, porque la generación de ese conflicto puede ser de muy distinta entidad: pequeña, muy pequeña o de un calado sin precedentes.

Pequeñas en sus inicios en España, fueron las huelgas en 1872, cuando los operarios de la fábrica de hierro de Nuestra Señora del Carmen, por ejemplo, protagonizaron una breve huelga; o en 1884, cuando se produce una huelga de panaderos por cuestiones salariales; u otra de 100 mineros de la mina Unión, en 1886, y otra de canteros en 1888.

Sin embargo, algunas, ya no fueron tan pequeñas, como no lo fue la que se llevó a cabo en Vizcaya, como²⁵ conflicto social, en la que hubo tales altercados, que llegó a calificarse de situación de «dureza extrema»²⁶.

²⁵ En la zona minera de Vizcaya se unió un grupo de trabajadores de gran entidad, procedente en su mayoría de provincias del norte de España, que se vio sometido a unas condiciones de vida y de trabajo muy duras, mucho peores que las de los obreros de las fábricas, en general. Fue una de las grandes huelgas en España que tuvo lugar a finales del siglo XIX en Vizcaya.

²⁶ Otro ejemplo de calificación de la huelga de 1910, realizada por Julián Zugazagoitia señalaba que: «Fue una pelea encarnizada, una pelea de bestias». MIRALLES Ricardo: «La Gran Huelga Minera de 1890. En los Orígenes del Movimiento Obrero en el País Vasco». file:///C:/Users/sbravo/Downloads/19258-229-73674-1-10-20180427.pdf

En general una huelga es una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular, en el proceso de producción de bienes y de servicios. Que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso. En este sentido amplio la huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas, o en general en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión, en otras esferas o ámbitos²⁷.

La acción que se tipifica en el contenido del artículo 315.1 CP, la conducta o hechos, presuntamente delictivos, curiosamente no están descritos en el tipo penal²⁸, de tal manera que pueden ser de lo más variado, siempre y cuando, y esto es lo que sí se debe tener en cuenta, se impida o limite el ejercicio del derecho de huelga, lo que puede interpretarse desde distintos puntos de vista, consumándose el delito cuando se llega a ese impedimento o limitación, por lo que, siendo un delito de resultado, no parece que haya formas imperfectas de ejecución, de lo que se deduce que no cabe la tentativa, aunque algunos autores, si consideren que puede haberla²⁹.

Limitar es, tanto aminorar, como recortar, como impedir pero no del todo, como reducir, y obstaculizar, o poner rémoras, impedimentos, o perturbarlo solamente, dejando al margen cualquier otra conducta que no suponga un riesgo tan importante para el bien jurídico tutelado³⁰ o, que puedan ser actividades que no afecten al ejercicio del derecho de huelga.

Lo que ocurre es que al tener la sanción, nivel penal, los impedimentos, barreras, y obstaculizaciones, han de tener una importancia tal, que verdaderamente afecten al contenido esencial del derecho y que tengan cierta entidad. Que sean actos limitativos o lesivos del contenido del derecho, y siempre que tengan un riesgo cierto que pueda afectar al ejercicio del mismo.

En todo caso, tales límites u obstáculos, no pueden consistir en simples dificultades fácilmente salvables, pues desde el momento en que se equiparan

²⁷ MONEREO PÉREZ José Luis «La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico constitucional de la huelga». Dialnet web.

²⁸ NAVARRO CARDOSO, Fernando. «Los Delitos contra los derechos de los trabajadores». Tirant lo Blanch, 1998, y TERRADILLOS BASOCO, Juan María: «Delitos contra los derechos de los trabajadores» Centro de Publicaciones; Ministerio de Justicia (España) 1993.

²⁹ ARMENTEROS LEÓN, Miguel: «Tutela penal de la libertad del trabajador para decidir sobre el ejercicio del derecho de huelga», citando a Navarro Cardoso, Pérez Manzano y Arroyo Zapatero. file:///C:/Users/sbravo/Downloads/Dialnet-TutelaPenalDeLaLibertadDelTrabajadorParaDecidirSob-2242360.pdf

³⁰ ARMENTEROS LEÓN, Miguel: «Tutela penal de la libertad del trabajador para decidir sobre el ejercicio del derecho de huelga». file:///C:/Users/sbravo/Downloads/Dialnet-TutelaPenalDeLaLibertadDelTrabajadorParaDecidirSob-2242360.pdf

penológicamente al impedimento, han de representar serias barreras al ejercicio de los mismos, debiendo afectar a su contenido esencial³¹.

Con ello, quedan fuera de la consideración penal, aquellas conductas que no afecten al bien jurídico protegido. Por ejemplo, no es delito: «recoger determinadas opiniones o realizar algunas críticas que puedan ser hirientes contra un miembro de un comité de empresa, pues se enmarcan dentro del derecho de libertad de expresión, y no limitan el ejercicio del derecho de huelga³².

También por impedir habría que entender: dejar sin posibilidad de realización, el ejercicio del derecho, cercenarlo totalmente, aunque la no realización total, desde el punto de vista de esta autora, podría ser temporal o definitiva y no por ello sería menor durante el tiempo del ejercicio del mismo, porque la vulneración de un derecho fundamental tan importante como el derecho de huelga tiene consecuencias inmediatas, tanto para el titular del mismo, como para la promoción y defensa de los derechos para cuya reclamación se ejercita, pudiendo ser de cualquier entidad y repercutiendo seriamente en los intereses que se pretenden hacer valer.

2.1 Medios comisivos tasados: engaño y situación de necesidad

En la tipificación de la conducta punible, además, hay que tener en cuenta determinados elementos comisivos o intencionalidades, o medios si se quiere, añadidos, que se sumen a los actos limitativos o impeditivos, como son el engaño o el abuso de una situación de necesidad.

El tiempo en el que se produzcan dichas intencionalidades puede ser cualquiera siempre que se esté ejercitando el derecho de huelga o se haya determinado con carácter previo, su concreción temporal.

Por engaño debemos entender, la falta de verdad en lo que se hace, se dice o se realiza, teniendo carácter de acción y efecto comisivo dicho elemento, tendente a distorsionar la creencia de la persona a quién se realiza el engaño, con la intención de conseguir algo distinto de lo que el sujeto engañado, hubiera querido realizar.

«El significado común de engaño se refiere a la acción y efecto de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier otro modo, algo que no es así, que no es verdad»³³, o que puede influir en cómo se toma la decisión de realizar un determinado acto o conducta.

³¹ SAP de Salamanca 103/2002 de 10 de diciembre ARP 2003/334.

³² Auto AP Pontevedra 376/2006 de 31 de julio. ARP 2009/1224.

³³ ARMENTEROS LEÓN, Miguel: «Tutela penal de la libertad del trabajador para decidir sobre el ejercicio del derecho de huelga». file:///C:/Users/sbravo/Downloads/Dialnet-TutelaPenalDeLaLibertadDelTrabajadorParaDecidirSob-2242360.pdf

En cambio, por abuso de situación de necesidad, ha de considerarse el abuso, no sobre la consideración ordinaria o genérica de la situación de necesidad que tiene cualquier persona trabajadora de percibir un salario a cambio de una actividad laboral, si no que: «debe tener más consistencia (...), porque de no ser así, todo incumplimiento (impedimento etc.), debería tener acceso a la respuesta penal³⁴.

Es por ello por lo que: debe entenderse un plus sobre la mera desigualdad intrínseca que existe en las relaciones laborales, porque si no, se podría «llegar a una interpretación tan restrictiva que convirtiera este tipo penal en un delito de imposible acreditación y existencia³⁵.

Si la situación de necesidad fuera la derivada de la propia relación laboral, no se asemejaría al engaño, y estarían en un escalón diferente engaño y abuso de situación de necesidad, porque la línea que separa la situación de necesidad de los trabajadores y el abuso de la misma, es muy pequeña y solo la situación de inferioridad en la que se sitúan los trabajadores en el mercado de trabajo en relación con la oferta y la demanda de empleo, hace que cualquier abuso en esa posición pudiese ser delito, más en relación a la huelga, pues los trabajadores y las trabajadoras renuncian al abono de sus emolumentos para promover la defensa de sus derechos, lo que les sitúa un paso por debajo de la situación de necesidad propia de las relaciones laborales, en las que el empresario está en una situación de ventaja social, económica y organizativa, y además goza en virtud del artículo 37 CE, del derecho de libertad de empresa, que también es un derecho fundamental con la misma protección inherente a los derechos del Capítulo II del Título I, de nuestra Norma fundamental prevista en el artículo 53 CE.

Por tanto, por abuso de situación de necesidad debe entenderse cualquier clase de aprovechamiento o de uso indebido o excesivo de una especial posición de fuerza en el ámbito de las relaciones laborales, en relación a causas económicas, familiares, de edad, salud, desconocimiento, o cualquier otra³⁶.

También abuso de la situación de necesidad, puede ser el aprovechamiento consciente por parte del empresario, de las delicadas circunstancias en las

³⁴ STS 247/ 2017 de 5 de abril de 2017. RJ 2017/1510, STS núm. 121/2017, de 23 de febrero RJ 2017/953; SAP A Coruña núm. 124/2022, de 21 de marzo ARP 2022/790, SAP núm. 438/2018, de 14 de octubre. ARP 2020/1108.

³⁵ Referido a otro delito contra los derechos de los trabajadores, pero hablando de la situación de necesidad. STS de 5 de abril de 2027 RJ 2017/1510.

³⁶ Auto del AP Vizcaya de 13 de febrero de 2001, y SAP Islas Baleares (Sección 1.ª) 70/ 2017 de 24 de marzo.

que se pueden encontrar uno o varios trabajadores, para forzarles a no ir a la huelga o bien a abandonar una ya comenzada³⁷.

El engaño pues y el abuso de la situación de necesidad, tienen que adjetivar o teñir la situación penalmente relevante de la limitación o del abuso, para evitar, o dañar el ejercicio, del derecho de huelga, o su finalidad.

Que el legislador penal dejara tanto margen interpretativo a la labor de nuestros tribunales, debe ser considerado en el momento actual de distinta forma a como se debió interpretar en el pasado, en 1973 por ejemplo, año en el que se regula la protección del derecho de huelga y de la que trae causa la actual regulación, aunque evolucionada, y menos restrictiva.

La situación económica y social en la que se encuentran las personas en el mercado de trabajo y otras cuestiones como las referenciadas en relación al mercado interior de la Unión Europea, son relevantes a la hora de interpretar las normas penales, por esto, hemos querido traerlas a este trabajo, puesto que, no es lo mismo la situación de necesidad en la que se encontraban los trabajadores en el siglo pasado, que la situación de necesidad en la que se pueden encontrar en este siglo y máxime con la consideración de cuestiones tales como la pandemia que hemos padecido. Sirva de ejemplo, la situación en la que viven los trabajadores en Ibiza en la época estival, sin vivienda digna, o viviendo incluso en obras abandonadas, aunque en general, la situación económica y social haya evolucionado hacia un estado del bienestar protector.

Terminaremos este apartado haciendo referencia a un caso muy reiterado por su claridad en relación al engaño, el de la sentencia de la Audiencia provincial de Lugo de 21 de mayo de 2002, en la cual se consideró que hubo engaño en la conducta del empresario que solicitó a sus trabajadores que firmasen un acta, con la excusa de que se trataba del nombramiento de un representante sindical. Sin embargo, el contenido del acta era para realizar una asamblea donde se procedería a cesar a un delegado de personal y desconvocar la huelga³⁸.

2.2 Sujeto activo del delito

Sin duda el sujeto activo del delito, es la entidad empresarial o empleadora que quiere evitar las consecuencias negativas en su ámbito productivo, del ejercicio del derecho de huelga. Aunque la norma no lo dice expresamente, el presunto sujeto activo del delito, es el empresario, ya sea individual, ya sea un profesional o representante, incluso un trabajador autónomo con trabajadores

³⁷ *Idem* pie 32.

³⁸ *Idem* pie 32.

a su cargo o bien una persona jurídica, o, colectiva, es decir, una sociedad civil o mercantil o bien, un grupo de empresas, cooperativas, incluso partidos políticos, o entidades de derecho público, etc.

Cabría también que fuera un funcionario público, pero en este caso, o bien se podría tener en cuenta el agravante del artículo 22.7 CP: «prevalerse del carácter público que tenga el culpable», o encuadrarlo en el tipo del artículo 542 CP.

Con respecto al tipo de este segundo artículo habría que tener en cuenta lo siguiente:

El artículo 23.1 CE, reconoce el derecho de los ciudadanos: «a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal». Consagrando, por tanto, la participación de la ciudadanía, en el sistema democrático, en consonancia con los principios de soberanía popular y pluralismo político (art. 1 CE).

Conculcar este derecho en determinados ámbitos territoriales, es fácil, sobre todo en los municipales, donde la cercanía del poder político y la ciudadanía es clara y en ocasiones, complicada la convivencia. En estos ámbitos, determinados abusos, permanentes incluso, dependiendo de las relaciones existentes, quiebran los más elementales principios de la democracia.

Nuestro Estado de derecho entonces, debe garantizar los derechos cívicos, ya que la ciudadanía, se encuentra más indefensa frente a posibles actuaciones abusivas de los empleados públicos, investidos de potestad administrativa.

De ahí que el artículo 542 CP, sancione una serie de posibles abusos realizados por funcionarios o autoridades con potestad de gobierno, o incluso personas jurídicas que impidan el ejercicio de los derechos cívicos y abusos que carecen de protección penal específica y, entre los que se incluyen los producidos al derecho de huelga.

Se trata de sancionar el abuso de poder de quien ostentando funciones públicas, en vez de amparar los derechos individuales y de facilitar su ejercicio, pretende hacerlos ineficaces³⁹, puesto que lo jurídicamente relevante es el respeto de las garantías constitucionales en el desempeño de dicha función pública, para asegurar al ciudadano, el libre ejercicio de sus derechos frente a la posible actuación arbitraria y abusiva de los representantes del Estado.

³⁹ MOYA FUENTES, María del Mar: «La tutela penal del derecho a participar en los asuntos públicos: artículo 542 CP». Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Artículos: RECPC 20-14 (2018) ISSN 1695-0194.

Por eso la doctrina⁴⁰, ha incluido todo un elenco de derechos que se encuentran penalmente protegidos también en este artículo, entre los que se encuentra el derecho de huelga, como hemos dicho y que son:

- 1) El derecho a usar las lenguas oficiales del Estado (art. 3 CE);
- 2) el derecho a adquirir la nacionalidad española (art. 11 CE);
- 3) el derecho de asilo (art. 13.4 CE);
- 4) el derecho a elegir libremente residencia (art. 19 CE);
- 5) el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE], siempre que el impedimento de su ejercicio no se traduzca en alguna de las conductas específicas del artículo 538 CP;
- 6) el derecho a la creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1.b CE);
- 7) la libertad de cátedra [art. 20.1.c) CE];
- 8) el derecho a comunicar información veraz [art. 20.1.d) CE];
- 9) el derecho a participar en los asuntos públicos, excluido el derecho de sufragio dada su tutela penal específica en la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General– y el de acceder en condiciones de igualdad a los cargos y empleos públicos (art. 23 CE);
- 10) los derechos jurisdiccionales –salvo los protegidos específicamente, (art. 24 CE);
- 11) el derecho a la educación y a la libertad de enseñanza (art. 27 CE);
- 12) el derecho a la libertad de sindicación y el derecho a la huelga (art. 28 CE);
- 13) el derecho de petición (art. 29 CE);
- 14) el derecho de defender a España y a la objeción de conciencia (art. 30 CE);
- 15) el derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE);
- 16) el derecho a la herencia (art. 33 CE);
- 17) el derecho de fundación (art. 34 CE);
- 18) el derecho a la libre elección del trabajo y a la promoción laboral (art. 35 CE);
- 19) el derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE);
- 20) el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE);

⁴⁰ Entre otros: ROLDÁN BARBERO, Horacio: «El delito de impedir el ejercicio de los derechos cívicos» La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 0211-2744, núm. 2, 1996, pp. 1599-1604.

- 21) el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos (art. 105);
- 22) el derecho a ejercitar la acción popular (art. 125 CE).

Por otra parte, es necesario resaltar como hace parte de la doctrina⁴¹, la actividad o actuación de la Administración pública con autoridad de gobierno cuando de lo que se trata es de establecer los servicios mínimos en los servicios esenciales de la comunidad, en determinadas huelgas. Algunos autores las subrayan⁴², como conductas atentatorias del derecho de huelga, ya que es precisamente la exigencia de servicios mínimos por encima de los imprescindibles, los que la limitan y restringen.

Precisamente y sirva para la reflexión, la huelga en los servicios esenciales es uno de los espacios regulados en nuestro país de forma todavía autoritaria, a través de la convalidación del RD-ley 17/ 1977 de relaciones de trabajo, por la STC 11/1981, aunque haya habido una cierta evolución jurisprudencial con la que se ha ido perfilando la necesidad de esta actuación del poder público de forma más restrictiva.

2.3 El cierre preventivo y ofensivo, como delito penal

El artículo 12 del Real Decreto-ley 17/1977, sobre relaciones de trabajo, determina que: «(...) los empresarios podrán proceder al cierre del centro de trabajo en caso de huelga o cualquier otra modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo, cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes: a) existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas; b) ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca; c) que el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción (...).»

Huelga y cierre empresarial (patronal), no son instrumentos o, derechos simétricos. En la base del reconocimiento del derecho de huelga existen razones de justicia social y de igualdad sustancial, y el dotar de herramientas a las personas trabajadoras en defensa de sus derechos, lo configura como un instrumento de «reequilibrio», frente a determinadas situaciones de inferioridad

⁴¹ ROJO TORRECILLA, Eduardo: «Delitos contra los derechos de los trabajadores «Ed. Bosch 1998 y BAYLOS GRAU, ANTONIO: «Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga»: Bomarzo 2018.

⁴² NAVARRO CARDOSO Fernando: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores». Tirant lo Blanch 1998.

económica, y social, que sitúan al cierre patronal en un peldaño inferior. Al derecho de huelga no corresponde un derecho de cierre patronal, que puede venir sólo considerado como una mera libertad en algunas modalidades exclusivamente «de respuesta» o defensivas⁴³, pudiendo ser sancionado por el ordenamiento jurídico si es ilícito.

Sin entrar en demasía en los detalles de la regulación anterior, la noción de cierre patronal, tiene determinadas notas caracterizadoras que permiten llevarse a efecto en el contexto de una huelga: clausura del centro de trabajo, unilateralmente decidida por el empresario, adoptada con carácter temporal, enmarcada en un conflicto laboral y dirigida a la colectividad de trabajadores, y comunicado el cierre y sus circunstancias, a la Dirección Territorial correspondiente de Trabajo.

Si es necesario decir que, es ilegal el cierre ofensivo o de agresión que se lleva a cabo para impedir la huelga o limitar su ejercicio o para que se ponga fin a la misma o inclusive para pretender su declaración ilegal y sancionar a los huelguistas. Aunque mayoritariamente este ilícito es de carácter administrativo⁴⁴. Sin embargo, podría alcanzar el carácter de ilícito penal en determinadas circunstancias.

Desde luego, es ilegal el cierre patronal, si va más allá de la estricta defensa y protección de los intereses «protectores», y se convierte en una sanción económica para los trabajadores y las trabajadoras, orientada a desvirtuar el derecho de huelga de éstos⁴⁵.

También es ilegal el cierre patronal decidido por el empresario para el mismo día de la huelga⁴⁶. Pero no es cierre patronal, y tampoco un ilícito penal, el traslado de centro y suspensión del contrato de trabajo, justificados en razones económicas de la empresa como consecuencia de un recorte temporal⁴⁷.

Según una de las primeras sentencias en este sentido, STCT de 6 de noviembre de 1987, si es desproporcionado, e ilegal por tanto, el cierre patronal decretado en un centro de trabajo con mil trabajadores, cuando sólo tres de ellos se han declarado en huelga, fueren cuales fueren, la función o labores que tengan encomendados los huelguistas. Y también es ilegal el cierre encubierto,

⁴³ DURÁN LÓPEZ, Federico: «La nueva regulación de la huelga y del cierre patronal. Dialnet web.

⁴⁴ Artículo 8.9 (Sanción muy grave):» La negativa del empresario a la reapertura del centro de trabajo en el plazo establecido, cuando fuera requerida por la autoridad laboral competente en los casos de cierre patronal».

⁴⁵ STCT de 27 de octubre de 1986, STS 31 de marzo de 2000.

⁴⁶ STS de 29 de marzo de 1989.,

⁴⁷ SAP Islas Baleares (Sección 1.ª) núm. 70/2017 de 24 marzo. ARP 2017\898.

si se produce por la vía de hecho, al margen de los supuestos y el procedimiento previsto en el RD-ley 17/1977⁴⁸.

Por su parte el cierre patronal preventivo, es decir, con carácter previo a la consecución de la huelga si se produce con los elementos del tipo general, podría ser constitutivo de delito, puesto que lo verdaderamente importante es que la limitación o imposibilidad de realizar la huelga se frustre por engaño o abuso de situación de necesidad.

III. LA DEROGACIÓN DEL APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 315 DEL CP.

El apartado 3, primero fue modificado, para ser derogado más tarde⁴⁹.

Dicho apartado, decía lo siguiente: «Quienes actuando en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, serán castigados con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses».

Lo que criminalizaba los piquetes de huelga, instrumento imprescindible, cuya naturaleza sindical era indudable y que llevo a los sindicatos UGT y CC. OO. a interponer ante el Comité de Libertad Sindical (CLS) de la OIT una queja que fue resulta favorablemente a sus peticiones y en la que se constataba que el Código penal de aquel momento, es decir, la legislación y la actuación del Gobierno de España con su regulación del apartado 3 del artículo 315, suponía un ataque al derecho de huelga, vulnerando por tanto sus obligaciones internacionales en esta materia⁵⁰.

El CLS, entonces, en su resolución, en su Informe, en la 328.^a reunión de la Organización en Ginebra, del 27 de octubre al 10 de noviembre de 2016, constató tras la Queja presentada y resuelta favorablemente, que en un contexto de creciente conflictividad social, las reformas laborales realizadas en España desde 2010 habían llevado a convocar a UGT y CC. OO. varias huelgas que condujeron a una represión penal excesiva vulnerando el derecho de huelga, al

⁴⁸ STS de 7 de julio de 1998.

⁴⁹ Artículo modificado por 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. (BOE de 31 de marzo de 2015) en vigor desde el 1 de julio de 2015. Y con posterioridad modificación realizada (315 (apdo. 3, se suprime)) por Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal. (BOE de 23 de abril de 2021) en vigor desde el 24 de abril de 2021.

⁵⁰ Caso núm. 3093 (España) - Fecha de presentación de la queja: 25 de julio de 2014. Confederación Sindical Unión General de Trabajadores de España (UGT) y Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC. OO.). Resolución informe 380 Comité de Libertad Sindical.

iniciarse la apertura de procedimientos penales o administrativos en 12 comunidades autónomas y 81 procedimientos sancionadores o imputaciones penales hasta el año 2014, todas ellas en el ejercicio del derecho de huelga u otros derechos políticos o colectivos.

Tras la resolución que condenó al Gobierno de España, y la actividad de control posterior del CLS, en resumen, se modificó dicho apartado tercero, aunque inicialmente, la redacción tampoco fue satisfactoria para el CLS.

Así, el CLS en relación al artículo 315.3 CP, consideró que la redacción anterior a la reforma del año 2015, preveía sanciones excesivamente elevadas, carecía de suficiente precisión y era fuente de inseguridad jurídica, determinando condenas desproporcionadas y no teniendo en cuenta ni el derecho de huelga ni la necesidad de proteger este derecho fundamental.

También constató que la nueva redacción del artículo 315.3 CP de nuevo, y tras su resolución inicial, vulneraba el derecho de huelga, ya que no contenía elementos que definiesen los comportamientos que constituyesen una coacción en el contexto de una huelga, y le pidió al Gobierno de España que «invitase a la autoridad competente a que examinase el impacto de la reforma de 2015 del artículo 315.3 del CP» informando del resultado de este examen a los interlocutores sociales».

Recordó además al Gobierno de España que: «no deberían imponerse sanciones penales por actos de huelga, salvo en los casos en que no se respetasen las prohibiciones relativas a la huelga, de conformidad con los principios de la libertad sindical», por lo que este derecho, el derecho de huelga, es el que hay que proteger, ya que, «cualquier sanción impuesta por actividades ilegítimas relacionadas con huelgas deberían ser proporcionadas al delito o falta cometido, y las autoridades deberían excluir el recurso a medidas de encarcelamiento contra quienes organizan o participan en una huelga pacífica».

El CLS desde luego constató que hubo 81 procedimientos abiertos hasta 2014, ninguno de ellos correspondientes a actos de violencia, y señaló al Gobierno que tomase en consideración que «el recurso frecuente a procedimientos penales en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo no contribuye al mantenimiento de un sistema de relaciones laborales estable y armonioso».

Además, señaló que, los aportes sobre la naturaleza constitucional de los piquetes de huelga determinados en las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo español, deberían ser ampliamente difundidos por el Gobierno, para el conocimiento de la sociedad.

Sobre la imputación de los delitos a los representantes sindicales por el mero hecho de serlos, el Comité señaló que no se debe imputar penalmente a

ningún dirigente por un hecho ilícito cometido durante una huelga, «salvo que se base en elementos concretos que apunten a la participación de dicha persona en el hecho denunciado».

En relación con la denuncia sobre la dilación en la resolución de los procesos penales, el Comité también recordó que: «un excesivo retraso puede tener un efecto intimidatorio en los dirigentes sindicales y repercutir en el ejercicio de sus actividades» por lo que le pidió al Gobierno de España que lo mantuviese informado sobre la resolución de los procedimientos pendientes.

Así mismo, el Comité le pidió al Gobierno que le informase de la evolución de la situación de determinados procedimientos, incluida la solicitud de indulto realizada en los relativos a determinados trabajadores, así como, sobre otros, sobre los que no se hubiesen hecho llegar observaciones.

En cumplimiento del Informe del CLS de la OIT, las organizaciones sindicales recurrentes ante el CLS, solicitaron la derogación del apartado 3 del artículo 315 CP y solicitaron la agilización de los procedimientos de indulto a sindicalistas y trabajadores, así como, la realización de una campaña de difusión amplia, sobre todo, de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el valor constitucional de los piquetes de huelga.

Circunstancias todas ellas, que fueron llevadas a cabo en defensa del derecho fundamental de huelga.

LA TUTELA PENAL DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL (CP ART. 315)

ISABEL MARÍN MORAL

Profesora titular acreditada. Universidad Francisco de Vitoria

Sumario: I. Introducción. II. Evolución legislativa. III. Delimitación de la jurisdicción para la defensa del derecho de libertad sindical: principio de intervención mínima. IV. Delimitación del tipo penal del artículo 315.1 CP. 1. Ámbito subjetivo. 2. Bien Jurídico protegido. 3. Acción típica. 4. Medios comisivos. 5. Breve exégesis de las conductas planteadas en vía penal como vulneradoras del derecho de libertad sindical. 6. Las coacciones: tipo agravado. V. Penas. VI. Prescripción de los delitos. VII. Conclusión. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El delito contra el ejercicio de la libertad sindical se regula de forma conjunta con el delito contra el derecho a huelga en el artículo 315 CP, en el marco del Título XV «De los delitos contra los derechos de los trabajadores». El tipo penal es el siguiente:

«1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.

2. Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaran a cabo con coacciones serán castigadas con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses.»

El Código Penal contempla la posibilidad de tutelar el ejercicio del derecho de libertad sindical desde una perspectiva diferente a la laboral, configurándose como una vía más de tutela, que se añade a la ya prevista por el artículo 28.1 CE en conexión con el 53.2 CE, que dotan al ejercicio del mismo de una especial protección, tanto en su regulación como en su defensa jurisdiccional. La propia Constitución respalda este derecho imponiendo a los poderes públicos su reconocimiento (art. 53.1) y contemplando que solo puede ser suspendido en caso de que se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio. Pero, además, solo por ley se puede regular su contenido esencial, que puede ser relevante para valorar qué es lo que puede ser objeto de condena penal. Este contenido, que excede de la literalidad del artículo 28.1 CE, ha sido definido por el Tribunal Constitucional desde la sentencia 11/1981 de 8 de abril (rec. 192/1980)¹, siendo posteriormente reiterado y aclarado en jurisprudencia posterior².

Por otro lado, para determinar las conductas en que se concreta el ejercicio del derecho de libertad sindical ha de tenerse en cuenta la Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical, de 11 de agosto, que desarrolla el desarrollo del derecho en aplicación del artículo 81 CE. Junto con esta normativa son de especial relevancia los Tratados Internacionales ratificados por España, con especial referencia a los Convenios números 87 y 98 de la OIT, que sirven de interpretación del derecho de libertad sindical de acuerdo con el artículo 10.2 CE.

En materia de tutela del derecho, ni la Constitución ni la ley contemplan la obligación de que exista un tipo penal, pero sí que haya un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (art. 53.2 CE). En el ámbito laboral el procedimiento urgente, preferente y sumario denominado «De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas»³ está previsto en los artículos 177 ss. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Además, es posible el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional a través del artículo 53.2 CE, lo que permite disponer de una extensa doctrina constitucional.

¹ El contenido esencial lo constituyen «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para el que derecho será reconocible como pertinente al tipo descrito» y, además, «consisten en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos». STC 11/1981, de 11 de abril, FJ 8.

² Entre otras: Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 200/2006 de 3 de julio de 2006, Rec. 2305/2003, Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 201/1999 de 8 de noviembre de 1999, Rec. 3775/1995, Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 213/2002 de 11 de noviembre de 2002, Rec. 5372/2000, Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 75/1992 de 14 de mayo de 1992, Rec. 440/1986.

³ En la Ley de Procedimiento Laboral se denominaba «procedimiento de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales».

Sin embargo, la necesidad de tutela del derecho por su impacto en la sociedad ha llevado al legislador a incluir por vía legislativa la tutela penal, que es diferente y ajena a la jurisdicción laboral, lo que permite constatar la importancia que otorga al derecho. Por ello, en la actualidad, junto con la tutela laboral se contempla la posibilidad de considerar la infracción del derecho como un delito, en cuyo caso se depuran responsabilidades ante el orden penal de la jurisdicción. De esta forma coexisten ambas jurisdicciones, con enfoques y consecuencias diferentes.

Para considerar que una determinada actuación es un delito se precisa de un conocimiento, no sólo del Código Penal donde queda definido, sino especialmente del derecho desde la normativa, jurisprudencia y doctrina laboral y constitucional, ya que son las que delimitan el concepto y contenido del derecho que se considera infringido y, por tanto, permiten determinar qué conductas que limitan o impiden el ejercicio del derecho podrán, cuando concurren las circunstancias previstas en el tipo, considerarse punibles desde la perspectiva penal, toda vez que no toda vulneración del derecho de libertad sindical supone incurrir en responsabilidad penal⁴.

A la vista de lo expuesto, la tutela penal del derecho de libertad sindical no puede acometerse sin que el Derecho Penal conozca el Derecho del Trabajo, de modo que ambos derechos deben ser considerados para poder concluir qué acciones deben considerarse delito.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La tipificación de delitos contra la libertad sindical y del derecho de huelga tienen su origen al reconocimiento de ambos derechos en vía legislativa desde la perspectiva de la libertad y no de la adscripción obligatoria al sindicato que propugnaba el llamado sindicato vertical de la etapa franquista. Es interesante resaltar que el reconocimiento del derecho a la libertad sindical y de huelga se ha conseguido a través de una larga lucha, que ha pasado a través de diferentes etapas: desde la prohibición absoluta de su ejercicio que llevaba vinculada pena de cárcel, más tarde su tolerancia, pero manteniéndose vigente el régimen sancionador penal, y finalmente el reconocimiento del derecho, que

⁴ Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 1.ª, Sentencia 70/2017 de 24 de marzo de 2017, Rec. 178/2016 en un supuesto en el que no se dio al sindicato el censo electoral consideró que «no tiene encuadre penal alguno» ya que la jurisdicción social había otorgado suficiente protección a los trabajadores a la vista de que se había condenado a la empresa a la entrega inmediata del censo a efectos de proceder a la continuación del procedimiento electoral y la imposición de una multa por mala fe.

ha evolucionado desde la despenalización hasta la tutela del ejercicio del mismo con penas de cárcel. En España el reconocimiento del derecho de libertad sindical se alcanzó claramente en la Constitución de 1931, fecha hasta la que su ejercicio convivía con la amenaza de sanciones y aplicaciones del código penal⁵, pero la duración de esta situación fue efímera. En la etapa franquista, el ejercicio del derecho sindical no es libre, el sindicato tampoco, y se asiste al encarcelamiento de activistas.

En el momento en el que comienza a vislumbrarse el paso de la dictadura a la democracia, se asiste a la activación de derechos como el de libertad sindical y de huelga, uniéndose a los criterios normativos a los que alentaba la OIT desde su constitución en 1919, pero sobre todo a partir de los convenios 95 y 98 de 1946 y 1949. Consecuencia directa del reconocimiento del derecho es la regulación de las sanciones, incluso penales, que pueden derivarse de actuaciones que vulneran o ponen en riesgo el derecho reconocido de libertad sindical.

El reconocimiento del ejercicio libre del derecho va unido a su tutela penal. De estar tipificado como delito el ejercicio del derecho de libertad sindical hace poco más de un siglo, se ha pasado a la tipificación de toda acción que impida el ejercicio del mismo en la reforma del anterior código de 1973, realizada en 1983, y se ha mantenido en el vigente código penal.

La primera tipificación penal que afecta al derecho de libertad sindical tiene lugar con la Ley 23/1976, de 19 de julio, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo. Con esta ley se reforma el Código Penal incluyéndose los párrafos segundo y tercero del artículo 496 CPTR-73⁶ que contemplan como delitos de coacciones, las conductas relativas al inicio o continuación de una huelga, paro o cierre empresarial. Por tanto, otros contenidos del derecho fundamental de libertad sindical quedan sin estar sujetos a ninguna pena desde la perspectiva del Derecho Penal.

⁵ Véase sobre evolución del reconocimiento del derecho de libertad sindical: desde la prohibición al reconocimiento constitucional en MOLERO MANGLANO, Carlos: «La libertad sindical: evolución histórica, configuración jurídica y fuentes», en *Derecho Sindical*, Dykinson, 1996, <https://vlex.es/vid/sindical-evolucion-historica-configuracion-206059957>

⁶ Artículo 496 Código Penal 1973. «El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe o le compeliere a efectuar la que no quiera, sea justo o injusto, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de diez mil a cien mil pesetas.

Incurrirán en las penas de arresto mayor en su grada máximo y multa de diez mil a cien mil pesetas los que actuando con violencia o intimidación, en grupo, o individualmente, pero de acuerdo con otros, obliguen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, paro o cierre empresarial.

Serán castigados con la pena de prisión menor los que, actuando en la forma prevista en el párrafo anterior, fueran ajenos al conflicto o portaren armas o instrumentos peligrosos.»

Es notorio que el artículo 496 CPTR-73 incorpora la tipificación de la vulneración del derecho de huelga o al cierre patronal en un momento previo a su reconocimiento por Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones del trabajo. En 1976 no existía en el ordenamiento jurídico ninguna regulación del derecho de huelga o cierre patronal, pero tampoco del derecho de libertad sindical desde una perspectiva de libertad. Sin embargo, lo que podría parecer un adelanto del legislador en la práctica se convirtió, como dice Benítez Ortúzar ⁷, en una vía a través de la cual se establecieron mecanismos punitivos para impedir que la huelga se desarrollara libremente, tipificándose conductas relacionadas con los piquetes informativos, en las que se precisaba violencia o intimidación, en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros.

Este artículo 496 CPTR-73, que no se refiere a la libertad sindical, sino a la huelga en los términos vistos se reforma por la Ley Orgánica 8/1983, de 27 de junio, considerando el nuevo reconocimiento del derecho fundamental de libertad sindical y huelga según está regulado en el artículo 28 CE, y contemplándose la tutela penal del ejercicio de estos derechos en el artículo 177bis CPTR-73 ⁸. El código penal incluye este tipo en «los delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes», del Título II, relativo a «los delitos contra la seguridad interior del Estado».

Posteriormente, la aprobación de la ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal introdujo el artículo 315 que contempla la tipificación de conductas que vulneran expresamente la libertad sindical: «1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga». Añade este precepto un agravante cuando las conductas sancionables se llevaran a cabo con fuerza, violencia o intimidación ⁹, aplicándose también cuando

⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco: «Tutela penal de la libertad sindical y del derecho de huelga y las coacciones para la huelga tras la LO 1/2015», *Cuadernos de política criminal, segunda época*, núm. 123, diciembre 2017, pp. 41-82: «bajo la pretensión de la protección de un hipotético derecho al trabajo, incorporar mecanismos punitivos para evitar la operatividad del derecho a la huelga».

⁸ Queda así redactado: Artículo 177 bis. «Los que impidieren o limitaren el ejercicio legítimo de la libertad sindical o del derecho de huelga serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.» Este artículo se introduce en en el Código Penal a través de Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial de Código Penal, que se justifica en la exposición de motivos de la siguiente manera: «En otro orden de consideraciones se apoya la incorporación del artículo 177 bis, orientado a proteger, por vía de amenaza, contra los ataques que se les dirijan, la libertad de sindicación y el derecho de huelga, a fin de garantizar su libre ejercicio».

⁹ La fuerza, violencia e intimidación se eliminan en la reforma operada el 31 de marzo de 2015.

concurrer coacciones a personas para iniciar o continuar una huelga. De esta forma el agravante de coacciones se contempla de forma especial para el ejercicio del derecho de huelga.

Finalmente, ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal. (BOE de 23 de abril de 2021) en vigor desde el 24 de abril de 2021, elimina el apartado 3 referido a las coacciones solo en el derecho de huelga: «3. Quienes actuando en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, serán castigados con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses».

La razón de la eliminación del apartado 3 es que el genérico delito de coacciones ya protege de manera adecuada la libertad de no hacer huelga¹⁰.

Por tanto, se ha dado un giro de ciento ochenta grados, pudiendo afirmar que actualmente existe una protección del ejercicio del derecho desde, no solo una perspectiva laboral, sino también penal, si bien, como se expone a lo largo de este capítulo es preciso una mayor concreción de las conductas y los medios comisivos.

III. DELIMITACIÓN DE LA JURISDICCIÓN PARA LA DEFENSA DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL: PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

La vulneración del derecho de libertad sindical está tutelada en el ámbito administrativo, laboral y también penal, en el artículo 315.1 CP. La utilización de la jurisdicción laboral o penal depende de la estrategia de defensa, pero para tomar una decisión el afectado debe tener en cuenta el principio de ultima ratio¹¹ o principio de intervención mínima al que está sometida cualquier sanción criminal.

El principio de intervención mínima es una forma que trata de indagar y buscar limitaciones a la aplicación de los tipos penales sobre la base de escasa lesividad que justifique la intervención del derecho penal, lo que es acorde con el fin del Derecho Penal y cuándo debe intervenir el Estado, que debe ser lo

¹⁰ Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 4.ª, Sentencia 147/2021, de 31 de mayo de 2021, Rec. 32/2021.

¹¹ Que el Derecho Penal es la «última ratio» significa que sólo debe intervenir en la protección de los bienes jurídicos cuando se revelen como inservibles para ese cometido todos los demás medios de reacción y tutela con que cuenta el ordenamiento jurídico». SAP Sevilla, Sección 1.ª, Auto 71/2006 de 13 AP de Madrid, Sección 27.ª, Auto 483/2006 de 11 de octubre de 2006, Rec. 150/2006.

imprescindible para «conservar el ordenamiento jurídico frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo»¹².

De conformidad con este principio la utilización de la querrela solo debería utilizarse cuando han fracasado el resto de los instrumentos legales¹³, de forma que si la tutela del bien jurídico protegido se satisface con otra rama del ordenamiento, los tribunales penales deberán abstenerse de imponer pena alguna.

Por otro lado, una utilización única de la vía penal, obviando el resto, en especial la laboral, permite pensar que se vulnerarían los principios de necesidad y utilidad, así como podría considerarse una violación de las exigencias de proporcionalidad¹⁴. No en vano, como recuerda la SAP de Álava, Sección 1.ª, Auto 44/2006, de 14 de febrero de 2006, Rec. 30/2006 «la jurisdicción social es el cauce natural de la protección de los derechos fundamentales laborales, mientras que el Derecho Penal constituye la última «ratio», que solo debe actuar cuando la autotutela y los restantes medios jurídicos se revelan como ineficaces».

El Tribunal Supremo¹⁵ ha sostenido que el principio de intervención mínima o de última ratio¹⁶ es un criterio de política criminal dirigido particularmente al legislador¹⁷ por lo que el juez no viene obligado a aplicarlo como si de una norma se tratara. Por el contrario, el juez está sometido al principio de legalidad (art. 9 CE) y esto le obliga a aplicar la ley sin perjuicio de que al hacerlo pueda interpretarla, en el marco de su competencia y de forma ajustada a derecho, aplicando este principio de intervención mínima¹⁸ como un principio de libertad. Esta libertad del juzgador no es absoluta y no puede atentar al principio de legalidad, lo que implica que en todo caso los tribunales deberán aplicar el tipo tal y como está redactado, de acuerdo con sus palabras y, especialmente aplicando las penas que ahí se reflejan, lo que incluye valorar si la conducta limita o impide el ejercicio del derecho en cada caso.

¹² MARTOS NUÉZ, Juan Antonio, *ob. cit.*, p. 100.

¹³ VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel: «¿Qué es el principio de intervención mínima?», *Revista internauta de Práctica Jurídica*, n.º 23, año 2009, pp. 1-10 https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf, recuperado el 5 de mayo de 2024.

¹⁴ VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel, *ob. cit.*, p. 5.

¹⁵ El Tribunal Supremo, Sala 2.ª, en sentencia 185/2023 de 15 de marzo ha sostenido que «el principio de intervención mínima es un principio informador de la dogmática penal, aunque no alcanza a tener un carácter esencial en el derecho penal, en la medida en que no tiene respaldo constitucional alguno».

¹⁶ Sobre la razón de ser de este principio: MARTOS NUÉZ, Juan Antonio: «El principio de intervención penal mínima», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 40, Fasc/Mes 1, 1987, pp. 100 y 101. Recuperado de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANUP-1987-10009900134

¹⁷ STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1033/2000 de 13 de junio de 2000, Rec. 4104/1998, fundamento jurídico segundo.

¹⁸ STS de 13 de febrero del año 2003, fundamento jurídico decimotercero. En la sentencia se insiste en que «el principio de intervención mínima no está comprendido en el de legalidad ni se deduce de él».

En consecuencia con lo expuesto, aquél a quien se le ha vulnerado el derecho de libertad sindical tiene la libertad de elegir la vía ante la que presentar su reclamación. Puede optar entre la penal, social y administrativa. Las tres son independientes y no es preciso tener resoluciones laborales, sean judiciales o no, antes de ir a la jurisdicción penal. Esto significa que mientras no positivice la intervención del derecho penal como última «ratio», de forma expresa o se exija que previamente se haya acudido a la vía laboral, existirá libertad para optar por una u otra acción según el orden jurisdiccional o, en su caso, procedimiento administrativo.

Es un hecho que la doctrina judicial aplica el principio de intervención mínima considerando que no se debería acudir a la jurisdicción penal cuando «existe la posibilidad de utilizar otras vías jurídicas para restablecer los derechos vulnerados, y en dicho sentido, destacando el carácter de *última ratio* del derecho penal», y así se ha mantenido en relación con los delitos contra la libertad sindical¹⁹. Esto ha llevado a autores, como Ortega Montoro²⁰, a sostener, que la «artillería pesada del Estado» que es el Derecho penal, en expresión de –García-Pablos–, salvaguarda los bienes jurídicos básicos del orden social de aquellas amenazas y agresiones reales más peligrosas para su supervivencia».

Por eso no toda vulneración del derecho de libertad sindical debe ser objeto del orden penal de la jurisdicción²¹, sino que, como dice la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.^a, en sentencia 185/2023, de 15 de marzo, sobre el principio de intervención mínima, comentada por Magro Servet²², «el derecho penal debe proteger bienes jurídicos, pero no todos ni frente a cualquier ataque, pues el derecho penal es subsidiario y fragmentario, de manera que solo debe proteger los más esenciales y frente a los ataques más intolerables», lo que no impide afirmar que no puede impedirse la incoación de un procedimiento penal por considerar que la conducta ilícita es leve, sino que ha de estarse a la literalidad del tipo penal, que en el caso del artículo 315 permite limitar las conductas punibles vulneradoras del ejercicio de libertad sindical solo cuando concurre engaño o abuso de situación de necesidad.

¹⁹ Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 2.^a, Sentencia 139/2003 de 11 de abril de 2003, Rec. 102/2002.

²⁰ ORTEGA MONTORO, Rodrigo: «Los delitos contra la ordenación del territorio en el Código Penal de 1995», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-326, tomo 6, Editorial La Ley.

²¹ Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 2.^a, Sentencia 232/2000 de 27 de noviembre de 2000, Rec. 266/1999: «No todo ataque pues a este derecho fundamental consagrado en el artículo 28.2.º de la Constitución, es necesariamente delictivo. Pudiera ser que el legislador pensara tipificar solo los hechos más graves, relegando a la jurisdicción social, aquellos otros supuestos menos graves».

²² MAGRO SERVET, Vicente: «El principio de intervención mínima del derecho penal y su aplicación práctica (Referencia a la reciente STS 185/2023 de 15 de marzo de 2023)», *Diario La Ley*, n.º 10258, Sección Doctrina, 29 de marzo de 2023, Editorial La Ley.

A pesar de que expresamente no está regulado el principio de intervención mínima, en el marco de la libertad de interpretación del juez penal, se constata que la doctrina judicial aplica este principio cuando entra en el fondo y dicta sentencias considerando que sólo aquellas conductas más graves que reúnan todos y cada uno de los requisitos exigidos en el artículo 315 del Código Penal de 1995 pueden ser objeto de enjuiciamiento penal y por consiguiente punibles penalmente²³. De esta forma se pretende que solo en casos muy puntuales por su gravedad pueda entrar a resolver la jurisdicción penal²⁴, lo que denota la importancia de diferenciar entre ilícito penal con otros tipos de ilícitos (civil, administrativo, laboral), además de constatar que la jurisdicción penal es subsidiaria de la social.

La gravedad que valora el juez penal es subjetiva, y no debiera ser considerado *per sé* el criterio para acudir a la jurisdicción penal, ya que, como dice Magro Servet analizando la STS 185/2023, de 15 de marzo de 2023 «no es la gravedad o levedad de la conducta, o la gravedad o levedad de la sanción penal el parámetro a tener en cuenta, sino que es un principio que se dirige, por un lado, al legislador para que pueda despenalizar conductas por no ser la vía penal la apropiada para anudar sanciones a determinadas conductas que tienen mejor acomodo en otros órdenes jurisdiccionales. Y, por otro lado, dirigido, eso sí, al juez o tribunal para aplicarlo si existen dudas de la concurrencia de los elementos del tipo penal y cuya valoración sea siempre interpretada en beneficio del reo». Dada la novedad de esta sentencia del Tribunal Supremo se puede estar ante un cambio en la forma de entender qué conductas pueden ser susceptibles de tutela penal.

²³ Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 2.ª, Sentencia 139/2003, de 11 de abril de 2003, Rec. 102/2002.

²⁴ En este sentido, la Audiencia Provincial de las Palmas en Auto de 14 de enero de 1998 manifiesta que: «el principio de intervención mínima del Derecho Penal impide incriminar todo tipo de conductas hipotéticamente no coincidentes con una interpretación amplia y subjetiva de la libertad sindical. El derecho de libertad sindical se protege en nuestro ordenamiento jurídico con tutela jurisdiccional a través de una doble instancia procedimental, por la Ley 62/1978, de 26 diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y por la vía del recurso de amparo; y si bien esta Ley contempla distintos procedimientos (garantías jurisdiccionales penal, contencioso-administrativa y civil), entre los que no aparece la tutela jurisdiccional laboral es doctrina del Tribunal Constitucional al respecto que, aun no contemplando la Ley 62/1978 la jurisdicción laboral como vía de protección de los derechos fundamentales laborales, el cauce natural de dicha protección en la jurisdicción ordinaria es el procedimiento laboral. Con esta interpretación integradora, el proceso laboral se convierte también en proceso de protección jurisdiccional de los derechos laborales de carácter fundamental (STC 55/1983, de 22 junio). Esta interpretación es acorde a la STS 1068/2004, de 29 de septiembre, señalaba que el principio de intervención mínima explica que el de control penal solo puede actuar frente a agresiones graves de los principios informadores de la actuación de la Administración, no contra meras irregularidades e ilegalidades que encontrarán su mecanismo de control en el orden contencioso-administrativo».

En definitiva, la protección penal del derecho de libertad sindical refuerza así la que ya ofrece por un lado el orden jurisdiccional laboral, mediante el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, y por otro el derecho sancionador administrativo²⁵. Existe libertad para acudir a una u otra vía, pero el Juez de lo Penal puede, si así lo interpreta, aplicar el principio de intervención mínima en base a lo expuesto.

IV. DELIMITACIÓN DEL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 315.1 CP

1. Introducción

Se trata de un tipo penal que ha sido calificado por la doctrina²⁶ como uno de los más imprecisos en el mundo penal español, ya que abarcaría cuestiones tan diferentes como no facilitar la constitución a una sección sindical, impedir disponer de tablón de anuncios o despedir a una persona trabajadora por su actividad sindical. Por eso añade Lascuráin²⁷ que este «desvalor» genera dificultades a los jueces que terminan archivando casos que pueden considerarse graves. Posiblemente por ello en la práctica el alcance del delito es insignificante²⁸.

Baylos y Terrallos²⁹ sin embargo consideran que el artículo 315 CP se muestra como «la garantía última del nivel mínimo de funcionamiento de las organizaciones sindicales y de las funciones de normalización de las condiciones de trabajo y de mediación y canalización del conflicto que aquéllas lleven a cabo», lo que parece también indicar que la relevancia de la protección se dirige solo al conflicto y no a las múltiples prácticas del ejercicio del derecho de libertad sindical.

²⁵ S Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 1.ª, Auto 71/2006 de 13 Feb. 2006, Rec. 73/2006.

²⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: «Delitos laborales: lo que sobra y lo que falta», *Trabajo y Derecho*, núm. 73, Sección Práctica Jurídica y Despachos Profesionales / Estudios de práctica jurídica, Enero 2021, Wolters Kluwer, La Ley 15294/2020, p. 1. Recuperado de la Ley Digital: «Delitos laborales: lo que sobra y lo que falta», *Trabajo y Derecho*, núm. 73, Sección Práctica Jurídica y Despachos Profesionales / Estudios de práctica jurídica, Enero 2021, Wolters Kluwer, La Ley 15294/2020, p. 1. Recuperado de la Ley Digital.

²⁷ Juan Antonio Lascuráin Sánchez: *ob.cit.*, p. 1.

²⁸ Las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial arrojan en el año 2022 un total de 9 diligencias previas en el año, que es la mitad del año anterior, y un solo procedimiento abreviado incoado, ninguna diligencia urgente, tres procesos de diligencias de investigación, ninguna medida de prisión acordada, ninguna sentencia, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales-civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Actividad-del-Ministerio-Fiscal/> Recuperado el 8 de mayo 2024.

²⁹ BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan María: *Derecho penal del trabajo*, Editorial Trotta, 1997, p. 143.

La conducta que se tipifica es impedir o limitar el ejercicio del derecho de libertad sindical, siendo cierto que una lectura simple del precepto lleva a que toda la vulneración del ejercicio de derecho de libertad sindical, cuando medie engaño o abuso de situación de necesidad, por muy nimia que sea la conducta, podría llevar aparejada la imposición de penas de prisión. Esto puede llevar a una aplicación generalizada del precepto incluso en conductas que tienen poco impacto o que han sido corregidas.

La cuestión que determina la complejidad en la aplicación del precepto es precisamente la delimitación de conductas, que es inexistente, teniendo en cuenta que el ejercicio del derecho de libertad sindical es más amplio que las acciones colectivas de conflicto y comprende cualquier forma lícita de actuación que las organizaciones sindicales consideren adecuadas a los fines a las que están llamadas³⁰, fines que son también amplios, ya que debe ponerse en juego el artículo 28.1 y el 7 de la CE, y alcanza a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. De esta forma, el Tribunal Constitucional³¹ ha concluido que en el artículo 28.1 CE «se integra el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical comprensiva del ejercicio de todos los medios lícitos a tal fin y sin indebidas interferencias de terceros». Por tanto, se trata de un contenido abierto, que permite la adaptación de la acción sindical (y por tanto su ejercicio) a las circunstancias, así como diferentes procedimientos y manifestaciones existentes en cada momento. Por esta razón el legislador desarrolla el contenido del derecho, incluyendo la acción sindical, que actualmente consta en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de Libertad sindical, sin que deba obviarse la necesaria aplicación de la normativa supranacional, así como la interpretación de la normativa interna conforme a los tratados internacionales suscritos por España que prevé el artículo 10.2CE.

A la vista de lo expuesto, la amplitud del artículo 315 CP, que simplemente habla de «ejercicio del derecho de libertad sindical», permite una interpretación adaptable a las situaciones, de modo que el propio juez dispone de discrecionalidad para valorar qué conducta podría ser manifestación del ejercicio del derecho y cuando hay engaño o abuso de situación de necesidad, para concluir que existe una conducta punible.

La amplitud y adaptabilidad del precepto penal puede generar inseguridad en las empresas que no sabrán qué exactamente en cada momento es objeto de pena, pero también a los jueces y tribunales que deberán justificar esa vulneración del ejercicio de un derecho de por sí ajeno a un penalista y sobre

³⁰ SSTC 1423/1991; 1/1998; 213/2002; 185/2003 y 198/2004, entre otras.

³¹ SSTC 94/1995; 127/1995; 107/2000; 121/2001; 213/2002 y 198/2004, entre otras.

los que existe una extensa jurisprudencia. Esta situación podría vulnerar la seguridad jurídica (art.9.3 CE) que propugna nuestra Carta Magna.

A mayor abundamiento, la falta clara de qué conductas permiten activar la aplicación del artículo 315 CP podría incluso permitir que se pudiera considerar este precepto como un tipo sancionador en blanco que contraviene las garantías de legalidad (art. 25 CE) y seguridad jurídica (art. 9.3 CE), conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras, la SSTC 242/2005, de 10 de octubre. Esta última sostiene que: «(...) la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador».

Es evidente que no existe grado de certeza en las conductas que permitan la imposición de la pena prevista en el artículo 315 CP, no se sabe qué es lo que realmente, cuando hay engaño o abuso de poder, puede ser sancionable penalmente. Esto determina que la tutela penal del derecho podría quedar vaciada de aplicabilidad por contravenir las garantías de legalidad. Posiblemente esta sea una razón, adicional a las expresadas, de por qué la incidencia de procedimientos penales en la práctica sea muy escasa.

1. **Ámbito subjetivo**

Para delimitar el ámbito subjetivo del artículo 315 CP hay que tener en cuenta su ubicación sistemática en el título XV cuya rúbrica dice «delitos contra los derechos de los trabajadores».

Por lo tanto, el legislador directamente ha limitado el ámbito personal y funcional u objetivo del delito tutelado por el Código Penal y lo concreta en torno a los derechos propios nacidos la relación laboral, que incluye el derecho de libertad sindical.

A) **SUJETO ACTIVO**

El artículo 28 CP delimita quienes se consideran autores a efectos de aplicación de la norma penal siendo aquellos que «realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento». Añade también que se consideran autores: «a) Los que inducen directa-

mente a otro u otros a ejecutarlo y b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.»

En el tipo penal del artículo 315.1 CP no exige que el sujeto ostente una determinada condición personal ni mantenga en una relación específica con el objeto del delito o el sujeto pasivo del mismo. Se trata de un delito común.

El autor será aquel que con su conducta limita o impide el ejercicio del derecho de libertad sindical o el que actúa como inductor o cooperador. Esto lleva a entender que el que sujeto activo puede ser cualquiera, tanto el empresario, como una persona trabajadora, pero también un sindicato o la administración. Esta afirmación es coherente con el artículo 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical señala que la lesión del derecho de la libertad sindical puede provenir de la actuación del «del empleador, asociación patronal, Administraciones públicas o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada», por lo que cualquiera de ellos podría ser, a priori, el sujeto activo del tipo penal. Sin embargo, cabe plantearse si, a pesar de lo expuesto, ese autor puede ser alguien ajeno a la relación laboral, aunque el delito que se encuadre en el Código Penal en el Título XV que regula los delitos contra los derechos de los trabajadores.

En este sentido, para determinar quiénes son los sujetos del tipo penal debe valorarse si solo puede nacer el delito como consecuencia de la actividad desarrollada por quienes son sujetos de la relación laboral o intervienen como sujetos laborales, y mientras ese trabajo se está realizando. Sin embargo, el derecho de libertad sindical es amplio y el ejercicio por parte de los agentes sociales puede afectar a ámbitos diversos ajenos directamente a la empresa, entre razones por su condición de sujeto político. Por eso no puede excluirse, precisamente por la amplitud subjetiva del delito, que la vulneración pueda realizarse por terceros ajenos a la relación laboral.

Si el legislador hubiera querido delimitar la autoría del delito, lo hubiera hecho. Así que ha de entenderse que la redacción actual permite que el delito lo pueda cometer cualquiera, ya sea en el ámbito de la empresa o fuera de ella, como consecuencia del desarrollo o desempeño de la relación laboral o no, pero debiéndose en todo caso vulnerar el derecho de libertad sindical.

B) SUJETO PASIVO

Baylos Terradillos³² entiende que en los delitos contra los trabajadores «no se protege a estos como individuos necesitados de ayuda sino a la fuerza

³² BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *ob. cit.*, p. 50.

de trabajo como titular de los intereses difusos y colectivos que coinciden con el desarrollo indeterminado o económico y social», lo que permite incluir a los sindicatos, y Martínez Bujan considera que la persona trabajadora a que se refiere el delito no lo es como persona física individualizada sino como un miembro de una clase social o de un sector de la comunidad con una acción concreta en el mercado de trabajo, añadiendo que el sujeto pasivo del delito aparece integrado por una colectividad difusa de personas trabajadoras es decir un grupo colectivo de estas³³.

El bien jurídico protegido es el derecho fundamental de libertad sindical, de modo que aquellos que son sujetos del derecho son quienes podrán ejercer la acción. La titularidad del derecho de libertad sindical se reconoce tanto a personas físicas por aplicación del artículo 28.1 CE (titularidad individual) como a sindicatos por aplicación del mismo precepto en conexión con el 7 CE (titularidad colectiva). Por ello hablar de sujetos del derecho de libertad sindical obliga a tener en cuenta ambas dimensiones del derecho, la individual y la colectiva³⁴. La AP de Sevilla al aplicar el artículo 315.1 CP ha sostenido que la titularidad del derecho de libertad sindical precisa entender este como un derecho complejo y «que incluye numerosos otros derechos particulares (afiliación, no afiliación, no discriminación, acción sindical, etc.) y que tiene una dimensión individual y otra colectiva, lo que implica que tiene como titulares tanto a los trabajadores como a las organizaciones y asociaciones sindicales»³⁵.

Aunque genéricamente se pueda hablar persona trabajadora o del sindicato como sujeto pasivo del delito por qué es quién lo sufre, debe concretarse aún más de conformidad con el ámbito subjetivo del derecho de libertad sindi-

³³ MARTÍNEZ LUJÁN DE PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa parte especial*, Tirant lo Blanc, tercera edición, Valencia 2011. Le permite concluir que consecuentemente se apreciará un único delito con independencia del número de personas trabajadoras que en el caso concreto resulten afectados en sus derechos laborales

Bajo Fernández derecho penal económico aplicado la actividad empresarial, Madrid, 1978.

³⁴ MARTÍN VALVERDE, Antonio y MARTÍNEZ MORENO, Carolina: «Artículo 2», en *Ley Orgánica de libertad sindical. Comentada y con jurisprudencia*, edición n.º 1, Editorial La Ley, Madrid, octubre 2010. La Ley 15736/2010. Puede hablarse en cuanto a los sujetos de la libertad sindical, de un plano individual y de un plano colectivo del derecho; y, en cuanto al contenido del mismo, de aspectos fundacionales, de aspectos organizativos y de aspectos de pertenencia o adscripción.

³⁵ Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 1.ª, Auto 71/2006 de 13 de febrero de 2006, Rec. 73/2006: El titular del derecho a la libertad sindical no es sólo el trabajador individualmente considerado. Tanto el artículo 28 de la Constitución como, en su desarrollo, el artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical lo configuran como un derecho complejo, que incluye numerosos otros derechos particulares (afiliación, no afiliación, no discriminación, acción sindical, etc.) y que tiene una dimensión individual y otra colectiva, lo que implica que tiene como titulares tanto a los trabajadores como a las organizaciones y asociaciones sindicales. De ello se desprende que el engaño, en su acepción gramatical común de acción y efecto de hacer creer a alguien lo que no es real, tanto puede dirigirse al trabajador individual como a la organización sindical en su conjunto.

cal, ya que solo se podrá limitar o impedir el ejercicio de este derecho a quienes son titulares del mismo.

a) *Titularidad individual.*

La titularidad individual de derecho de libertad sindical se reconoce en el artículo 28.1 CE de forma genérica al enunciar que «todos» tienen derecho a la libertad sindical, sin entrar a delimitar quienes son esos «todos». Esta definición laxa de quienes son los titulares del derecho choca con la claridad del artículo 28.2 CE sobre el derecho a la huelga donde el derecho queda sólo y exclusivamente reconocido para las personas trabajadoras. Por tanto, la decisión del constituyente de poner diferentes sujetos en un mismo artículo no puede ser considerado como algo sin trascendencia, de ahí la importancia de delimitar quienes son «todos» para poder saber quiénes van a ser los sujetos pasivos del tipo penal del artículo 315.1 CP.

Sobre quienes son «todos» en el derecho de libertad sindical, la doctrina se ha manifestado de diferentes maneras³⁶ que van desde el llamado «pansindicalismo»³⁷ valorando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho a «toda persona», a una interpretación acorde con el fin propio del derecho, en la que se considera sujeto del derecho solo a las personas trabajadoras³⁸, lo que, además, es acorde con el artículo 1 LOLS: «1. Todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales. 2. A los efectos de esta Ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas.»

Sin embargo, no todo aquel que está sujeto a una relación laboral o administrativa es titular del derecho, ya que quedan exceptuados del derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar, así como los Jueces, Magistrados y Fiscales mientras se hallen en activo, lo que es acorde también con la Constitución (arts. 28 y 127 CE).

³⁶ BORRAJO DACRUZ, Efrén elabora una sistematización de las diferentes tesis doctrinales en: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 1988, p. 158 ss. Por su parte, OJEDA AVILÉS, Antonio considera que una afirmación tan amplia como «todos» puede llevar a situaciones absurdas como que un grupo infantil pueda fundar un sindicato, en *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 151. Un análisis de la cuestión puede leerse en MARÍN MORAL, Isabel: *Libertad sindical y Constitución*, Laborum, 2002.

³⁷ SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio: «El ámbito de aplicación de la LOLS», en Seminario sobre el proyecto de Ley Orgánica de Libertad sindical (La Ley 2063/1985), *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 7 (monográfico), 1985.

³⁸ MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo y MONTOYA MELGAR, Alfredo: «Artículo 3», en *Ley Orgánica de libertad sindical. Comentada y con jurisprudencia*, edición n.º 1, Editorial La Ley, Madrid, octubre 2010.

En cuanto a los funcionarios son titulares del derecho de libertad sindical, pero habrá de tenerse en cuenta las posibles «peculiaridades» que se puedan regular y que pueden incidir en cómo se ejercita el derecho, cuestión contemplada en el artículo 28.1 CE. Lo que aventura a que, dependiendo del momento histórico, el derecho puede cambiar según se acuerde en vía legislativa.

Por otro lado, si la titularidad del derecho se circunscribe únicamente a los sujetos de relaciones laborales o administrativas habría un importante colectivo que quedaría fuera. Para corregir esta incidencia la LOLS en su artículo 3 reconoce el derecho de forma limitada a parados, incapacitados y jubilados, de modo que se les permite la afiliación a sindicatos, pero no a la constitución para sus propios intereses, lo que supone que son titulares del derecho solo de forma parcial. También se limita el derecho al personal civil que ejerza el derecho a la actividad sindical en unidades, buques y demás establecimientos militares, en cuanto que deberán tener en cuenta y respetar el principio de neutralidad política y sindical de los miembros de las Fuerzas Armadas y ajustarse a las normas sobre actividad sindical de los empleados públicos (disposición adicional tercera de la LOLS).

A la vista de que no se trata de un derecho que se reconozca a todas las personas por igual, y queda afectado según se trabaje o no, o del trabajo desarrollado, debe considerarse que el derecho de libertad sindical no se considera como un derecho inherente a la persona sino más bien debe entenderse como un derecho de libertad y de participación política, ya que tanto el constituyente como el legislador han puesto límites personales y materiales al mismo y no toda persona es titular del derecho.

Sin perjuicio de lo expuesto merece la pena hacer una somera reflexión sobre el papel del artículo 10.2 CE y del reconocimiento del derecho de libertad sindical en los tratados internacionales, en especial el convenio 87 y 98 OIT, lo que podría determinar que limitaciones legales del derecho, ya sea por razones personales o de tipo de trabajo o actividad, pudieran llegarse a considerar contrarias al 28.1 CE³⁹.

El sujeto pasivo es quien soporta la conducta delictiva y, por tanto, es quien ejercerá la acción penal. Se trata del querellante o acusador, que no tiene derecho por la simple denuncia a que se incoe el procedimiento contra una

³⁹ Tal y como pasó con la limitación que se hacía respecto del derecho de libertad sindical de los extranjeros sin permiso de trabajo en el artículo 11.2 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, antes de que la STC declarara inconstitucional el inciso «cuanto estén autorizados para trabajar». La STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007. También hubo un cambio importante al redefinir el derecho sindical de los trabajadores al servicio de establecimientos militares.

determinada persona (derecho de acción)⁴⁰, sino que, además, se requiere la concurrencia de indicios en la presunta comisión del delito⁴¹ ya que como dice la STC 94/2001, de 2 de abril al confluir en el proceso penal «el derecho de acción y el derecho material de penar, que corresponde al Estado, el derecho de acción en estos procesos se traduce en un *ius ut procedatur*, esto es un derecho a que, si existe base para ello, se practiquen por el órgano judicial competente las actuaciones necesarias de investigación y se decida la apertura de la fase de plenario o, por el contrario, la terminación anticipada por alguna de las causas legalmente previstas».

Por esta razón, el juez de instrucción podrá desestimar la querrela presentada por el afectado si los hechos en que se funda no constituyen delito o cuando el Juez de instrucción no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma, según establece el artículo 313 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) *Titularidad colectiva.*

El derecho de libertad sindical tiene una dimensión colectiva en virtud de la cual los sindicatos también son sujetos del derecho, tanto por una interpretación directa del artículo 28.1 CE y 7 CE, como por el desarrollo legislativo incluido en el artículo 2 LOLS.

El Tribunal Constitucional así lo ha entendido, entre otras, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, donde dice «En nuestra jurisprudencia hemos vinculado la titularidad del derecho de libertad sindical a “todos” los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico-formal, y a “todos” los sindicatos (art. 28.1 en relación con el artículo 7 CE)» y, previamente en la STC 64/1988 ha sostenido que el derecho a la libertad de la acción sindical corresponde no solo a los individuos que fundan sindicatos o se afilian a ello, sino también a los propios sindicatos⁴².

El sindicato puede ser sujeto activo y pasivo. Activo porque puede también, a través de una conducta limitativa o impeditiva, vulnerar el derecho de libertad sindical, sobre todo desde la perspectiva de la libertad de gestión interna que tiene. Pero también puede ser pasivo porque sea quien soporte la vulne-

⁴⁰ STC 81/2002, de 22 de abril

⁴¹ Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 1.ª, Auto 376/2007 de 27 Jul. 2007, Rec. 8075/2006

⁴² Añade la STC que «Es cierto, no obstante, que la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental».

ración del derecho, como puede ser en cualquiera de las manifestaciones la libertad de gestión externa en la empresa o ante la administración. Sin perjuicio de ello, cualquier otro contenido esencial del derecho⁴³ de libertad sindical podría impedirse o limitarse. En este sentido, a título de ejemplo, la limitación de poder constituir una confederación o la falta de acceso a subvenciones por el Estado, si le correspondieran por su representatividad o lo que sea de aplicación en el momento.

En materia penal deben tenerse en cuenta los artículo 31 ss. CP, que regulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dado que el sindicato tiene esta condición, así como el artículo 5 LOLS que determina la responsabilidad de los sindicatos a través de los órganos estatutarios por los actos o acuerdos adoptados en sus respectivas competencias, así como la responsabilidad por los actos individuales del afiliado cuando se produzcan en el ejercicio regular de las funciones representativas o se pruebe que dichos afiliados actuaban por cuenta del sindicato.

En cualquiera de los casos el sindicato, cuando aplica el artículo 315 CP actuará y responderá a través de sus órganos colegiados, tanto si actúa como parte activa como pasiva en el procedimiento.

C) LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS COMO PERSONAS JURÍDICAS CON MOTIVO DEL ARTÍCULO 315 CP

Cuestión diferente es si los empresarios son también titulares del derecho de libertad sindical, al poderse entender que podrían ser incluidos en el «todos» del artículo 28.1 CE. Sin embargo, la STC 52/1992, de 8 de abril de forma clara la dicho que la sindicación de los empresarios «se sitúa extramuros del artículo 28.1 de la Constitución encontrando su acomodo en la genérica libertad de asociación del artículo 22 de la misma» y añade que «la libertad sindical es predicable tan sólo de los trabajadores y sus organizaciones, sin que pueda incluirse en la misma el asociacionismo empresarial, dado que es incompatible con la propia naturaleza del derecho de libertad sindical, que es siempre una proyección de la defensa y promoción del interés de los trabajadores».

⁴³ El contenido esencial hace referencia al «núcleo mínimo e indisponible» de la libertad sindical, que lo hace reconocible como tal. Sentencia del Tribunal Constitucional 127/1989, de 13 de julio.

Por tanto, las empresas no pueden ser sujeto pasivo del tipo penal establecido en el artículo 315.1 CP, pero sí pueden ser sujeto activo.

Las personas jurídicas son responsables penalmente de conformidad con lo previsto en el artículo 31 CP⁴⁴: «El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre».

Por tanto, de la querrela contra una empresa por vulneración de derecho de libertad sindical será responsable su representante que es contra quien debería presentarse, especificando que su participación en el delito lo es por sus funciones en la empresa y valorando las especialidades que prevé el artículo 31 bis 2. CP, que contempla razones de exención de culpabilidad, así como el 31 bis 3 CP, que contempla reglas específicas para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (que son aquellas que están autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada).

Las previsiones de los preceptos precedentes nos permiten dar solución a las dificultades que existen en ocasiones para individualizar la responsabilidad penal de las conductas que impiden o limitan el derecho de libertad sindical en el marco de la empresa, dificultad que se acrecienta cuando nadie asume claramente haber tomado las decisiones que se consideran presuntamente delictivas⁴⁵.

2. Bien jurídico protegido

Baylos y Tarradillos⁴⁶ al justificar el derecho penal del trabajo reivindican una mayor atención del legislador a los bienes jurídicos «más gravemente puestos en peligro en el marco de la relación laboral» entre los que sitúan el ejercicio de los

⁴⁴ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier y DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: «Sobre responsabilidad penal de la persona jurídica: responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español» en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 49-102. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús y NEIRA PENA, Ana: *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2017.

⁴⁵ Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 1.ª, Auto 71/2006 de 13 Feb. 2006, Rec. 73/2006.

⁴⁶ BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan María: «Derecho penal del trabajo: una reflexión general a partir de la experiencia normativa española», *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 7, julio-diciembre, 2008, pp. 3-26 Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México <https://www.redalyc.org/pdf/4296/429640262001.pdf>

derechos sindicales, considerando que no se trata de bienes de creación artificial por el legislador, sino de «bienes de primer orden y de irrenunciable protección pública». Aun considerándose derechos sociales tienen un estatus equiparable a los derechos civiles y políticos, sin perjuicio de su amplio reconocimiento internacional.

El bien jurídico protegido⁴⁷ no es un concepto pacífico y se denomina de diferentes maneras: derecho protegido, bien garantizado, interés jurídicamente tutelado, objeto jurídico, objeto de protección.... Independientemente de la nomenclatura que quiera utilizarse, Pisapia, considera el objeto jurídico del delito como «el bien o el interés protegido por la norma y la lesión o puesta en peligro con el delito»⁴⁸ y, por su parte, Von Liszt lo define como «un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico»⁴⁹.

Las dos definiciones permiten considerar la libertad sindical o derecho a la libertad sindical como bien jurídicamente protegido por el artículo 315.1 CP. Por un lado, se trata un bien protegido por la norma, tanto constitucional (art. 28.1) como legal (LOLS) e internacional (diferentes tratados, entre los que ha de destacarse el convenio 87 OIT) y, por otro, la libertad de sindicación afecta a la vida y desarrollo de las personas, humaniza y dignifica en gran medida el trabajo, y por ello ha venido adquiriendo reconocimiento jurídico.

En cualquier caso, la tutela del derecho de libertad sindical permite garantizar el ejercicio del derecho por las personas trabajadoras y sindicatos con el fin de tener una relaciones laborales más justas o, como dice Ortubay Fuentes «estos derechos de titularidad individual y ejercicio colectivo constituyen los instrumentos básicos de autotutela de la clase trabajadora frente a la patronal, y mediante ellos se compensa el desequilibrio de poder inherente a la relación individual de trabajo».

3. Acción típica

La acción típica descrita en el artículo 315.1 del Código Penal consiste en impedir o limitar el ejercicio de la libertad sindical⁵⁰, que engloba muchos ti-

⁴⁷ El concepto bien jurídico protegido se explica desde dos teorías diferentes: una formal, metodológica y otra, material, crítica, liberal. Sobre la diferente forma de entender este concepto véase: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: «Bien jurídico y objeto protegible», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LX, 2007, pp. 119 ss.

⁴⁸ PISAPIA, Gian Doménico: *Instituzioni di Diritto Penale. Parte Generale e Parte Speciale*, Padova, Cedam, 1965, p. 43.

⁴⁹ KIERSZENBAUM, Mariano: «El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual», *Lecciones y Ensayos*, núm. 86, 2009, p. 188.

⁵⁰ Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 1.ª, Sentencia número 70/2017, de 24 de marzo.

pos de posibles conductas. Además, este derecho puede ser tutelado por la vía administrativa laboral y el orden social de la jurisdicción. Esta situación plantea el interrogante, como se ha analizado al hilo del principio de intervención mínima, de cuándo debe actuar la jurisdicción penal.

No toda vulneración del derecho se considera delito por la doctrina judicial, de ahí que para concretar la acción típica y poder activar la aplicación del artículo 315 CP deberán delimitarse las conductas sindicales que pueden ser vulneradas, además de qué debe entenderse por limitar o impedir. En coherencia con lo expuesto el Código Penal no podrá aplicarse a muchas conductas antisindicales⁵¹ por eso, Lascuráin⁵² considera desafortunada la redacción del precepto, que «está entre el exceso y la imprecisión» dado que sólo alguna de las conductas que impiden o limitan tal libertad mediante engaño o abuso de necesidad merecen reproche penal.

El artículo 315 CP no concreta las conductas específicas que se consideraran delito, como ocurre con otros delitos en los que se conoce de forma clara qué es lo que se sanciona. Sólo hace referencia general a la libertad sindical que, como derecho fundamental, está regulada en el artículo 28.1 CE y comprende, «el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas.»

En la medida que el bien jurídico protegido es el derecho fundamental podría considerarse que las conductas que pueden permitir aplicar la vía penal solo podrán ser las enunciadas expresamente en el artículo 28.1 CE, sin embargo esa lectura es contraria a la interpretación del derecho por el Tribunal Constitucional que incluye como contenido esencial, además del derecho de todos a derecho a sindicarse libremente y del derecho a fundar sindicatos y de afiliación, «el derecho a que los sindicatos fundados realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer, es decir, a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñen el papel y las funciones que a los sindicatos de trabajadores atribuye el artículo 7 de la Constitución (SSTC 70/1982, de 29 de noviembre, FJ 3; 11/1998, de 13 de enero, FJ 4, y 60/1998, de 16 de marzo, FJ 1). La libertad sindical implica pues la libertad en el ejercicio de la acción sindical, esto es, de aquellos medios de acción que contribuyan a que el sindicato pueda desenvolver la activi-

⁵¹ Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 1.ª, Sentencia 70/2017 de 24 Mar. 2017, Rec. 178/2016

⁵² LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores...», *ob. cit.*, p. 32.

dad a la que está llamado en el propio texto constitucional (STC 30/1992, de 18 de marzo, FJ 3)»⁵³.

La conducta punible debe consistir en limitar o impedir⁵⁴, que es el momento consumativo del delito, lo que implica que es un delito de resultado. Si no se impide o limita el derecho no hay delito, razón por la que no parece posible que se cometa en grado de tentativa. La dificultad radica en definir impedir y limitar, ya que siguiendo a Higuera⁵⁵ el tipo objetivo resulta ambiguo e impreciso ya que no se precisa lo que ha de entenderse por «impedir» y sobre todo por «limitar», lo que supone inseguridad jurídica,

La doctrina judicial entiende por «limitar» obstaculizar, poner rémoras, impedimentos o perturbarlo, sin embargo, añade que «la limitación ha de ser de cierta entidad por la idoneidad del instrumento, dejando al margen cualquier otra conducta que no suponga un riesgo tan importante para el bien jurídico tutelado»⁵⁶. De esta forma las limitaciones no pueden «consistir en, simples dificultades fácilmente salvables, pues desde el momento en que se equiparan penológicamente al impedimento, han de representar serias barreras al ejercicio de los mismos»⁵⁷. Por eso, parte de la doctrina judicial considera que la limitación tiene que serlo del contenido esencial del derecho⁵⁸, concepto que es muy amplio y con fronteras no definidas⁵⁹. Esto deja un alto grado de discrecionalidad a los jueces para la valoración de esa limitación del derecho, quienes aplicarán el principio de proporcionalidad para seleccionar qué es lo que incluye la libertad sindical y sin que para ello existan pautas precisas⁶⁰. En todo caso, en el análisis de las sentencias existentes el juzgador no ha valorado si se está ante un contenido esencial o

⁵³ Por todas: Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 63/2024, de 10 de abril de 2024, Rec. 3512/2020.

⁵⁴ Estos conceptos vienen heredados del artículo 177 bis CP de 1973 (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre).

⁵⁵ HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: «La protección penal de los derechos de los trabajadores en el código penal», *Actualidad penal*, núm. 1, 1998, tomo 1, Editorial La Ley, p. 105, La Ley 2758/2001.

⁵⁶ La Sentencia número 70/2017, de 24 de marzo, de la Audiencia Provincial (Secc. 1.ª) de Palma de Mallorca; Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 2.ª, Auto 54/2001 de 13 de febrero de 2001, Rec. 90/2000.

⁵⁷ Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 4.ª, Sentencia 251/2009, de 27 de abril de 2009, Rec. 4907/2007.

⁵⁸ Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, Sentencia 257/2006, de 1 de septiembre de 2006, Rec. 76/2006.

⁵⁹ Ojeda Avilés, Antonio: «La libertad sindical», coord. por Cristóbal Molina Navarrete, José Luis Monereo Pérez, María Nieves Moreno Vida, Comares, 2002, p. 1040.

⁶⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: «Delitos laborales...», *ob. cit.*, p. 32.

un contenido adicional⁶¹, posiblemente por tratarse de un concepto especialmente laboral.

La otra acción posible para aplicar el artículo 315 CP es «impedir», que puede definirse como coartar de modo definitivo y permanente el ejercicio de derecho o negarlo por completo, lo que sí permite al juez una valoración más clara y segura.

Dada la amplitud de las conductas que pueden considerarse que impiden o limitan el derecho tutelado, se ha venido considerando por la escasa doctrina judicial penal la necesidad de concurrencia de gravedad en la conducta⁶², ya que la esta vía debe ser considerada siempre excepcional y no toda vulneración del derecho de libertad sindical debe considerado delito.

El concepto de «gravedad» es de muy difícil valoración jurídico-práctica. Esto ha llevado a autores como Lascurain⁶³ a reflexionar sobre qué conductas deberían tener ese calificativo de gravedad considerando la represión penal solo podría ir dirigida a las conductas más graves y frecuentes, que son «el despido, o el traslado, o, en general, la discriminación grave en el empleo o en el acceso al empleo por razón de la afiliación o de la actividad sindical, o del ejercicio del derecho de huelga», mientras que respecto de los actos e injerencia empresarial entiende que la dificultad de prueba hacen inconveniente la meticulosa intervención penal⁶⁴.

Por su parte Sastre⁶⁵ añade que «en el ámbito sindical, constituirían ilícitos penales las conductas cuyo efecto es hacer inexistente o neutralizar al sindicato en interés del empresario; por lo que respecta a los representantes de los trabajadores, podría ser ilícito penal el impedirles el acceso al centro de trabajo si de ello se desprende un grave perjuicio, el despido de éstos o bien las conductas dirigidas a impedir o a alterar la celebración de elecciones», aña-

⁶¹ El contenido adicional está formado por facultades o derechos regulados en normas infraconstitucionales, estatales o pactadas.

⁶² Audiencia Provincial de Baleares, Sec. 1.ª, Sentencia núm. 23/1997, de 7 de marzo, y el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 5.ª, Auto de 20 de diciembre de 1999. A estas resoluciones se pueden añadir la Sentencia de la A. P. de Baleares, Sec. 2.ª, 232/2000, de 27 de noviembre, el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sec. 1.ª núm. 54/2001, de 13 de febrero, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo núm. 110/2002, de 21 de mayo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 103/2002, de 10 de diciembre, el Auto núm. 139/2003, de la Sec. 2.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 11 de abril, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sec. 3.ª, 114/2003, de 19 de mayo de 2003.

⁶³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: «Delitos laborales...», *ob. cit.*, p. 34.

⁶⁴ Esta dificultad de prueba también ha sido puesta de manifiesto por Baylos, Antonio y Terradillos Basoco, Juan María: *Derecho penal del trabajo (...)*, *ob. cit.* p. 155.

⁶⁵ SASTRE IBARRECHE, Rafael: «Consideraciones sobre la garantía penal de los derechos sindicales en la experiencia española», *Revista de Estudos Laborais*, año IX - núm. 1, 2019, pp. 151-152. <https://revistas.lis.ulisiada.pt/index.php/mrel/article/view/2697/2913>.

diendo que para la identificación de las posibles prácticas antisindicales y más allá de las pautas que ofrecen los Convenios 87 y 98 OIT, pueden servir de orientación los artículos 12 y 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, de 2 de agosto de 1985.» Sin embargo, una conducta contraria a la libertad sindical, aunque haya sido sancionada administrativamente, no tiene por qué ser calificada de delito⁶⁶.

Es importante resaltar que la gravedad no está contemplada expresamente en el tipo penal, que tan solo exige la concurrencia de uno de los dos medios comisivos, que son el engaño o el abuso de una situación de necesidad, lo que ha llevado al Tribunal Supremo en sentencia 185/2023 de 15 de marzo de 2023 a considerar que no es un concepto que debe aplicarse. Sin embargo, hasta esta sentencia se ha venido considerando la gravedad como argumento para considerar la existencia del delito⁶⁷, considerándose la vía laboral como la idónea para la tutela de la mayor parte de las conductas lesivas del derecho.

La necesidad de la prueba de la gravedad determina que no todo ataque del derecho de libertad sindical es necesariamente delictivo⁶⁸ y esto lleva a dejar extramuros de la aplicación del Derecho Penal muchas conductas anti-sindicales⁶⁹. Por esta razón, en la práctica los procedimientos penales con aplicación del artículo 315.1 CP son muy escasos y, los que se tramitan raramente se estiman⁷⁰.

Sin embargo, la citada sentencia del Tribunal Supremo 185/2023 puede suponer un cambio en la aplicación del precepto ya que considera que la gravedad no puede ser la que determine, junto con el medio comisivo que corresponda, la aplicación del tipo penal. De este modo, en aplicación del principio de legalidad, podría ser objeto de procedimiento penal cualquier limitación o

⁶⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 1996, p. 1670.

⁶⁷ SSAP Baleares 2.ª 232/00, 17 de noviembre, FJ2; Tarragona 2.ª 139/03, 11 de abril, FJ 3: entre otras, han venido manifestando que únicamente deben castigarse los comportamientos impeditivos o limitativos de carácter grave a la libertad sindical o derecho de huelga, resultando suficientes para el resto los diferentes mecanismos extra-penales existentes (artículos 7.7, 8 y 9, 8.5.6 y 10 y 19. 3.a) LISOS y artículos 175-182 LPL).

⁶⁸ Tal y como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1.ª, Auto 771/2023 de 25 de octubre de 2023, Rec. 579/2023: «Por tanto, no todo ataque, a estos derechos fundamentales consagrados en el artículo 28 de la Constitución es necesariamente delictivo, pues puede ser, en palabras de la SAP de Baleares 232/2000 de 27 de noviembre de 2000, Rec. 266/1999, que el legislador pensara tipificar sólo los hechos más graves, relegando al ámbito de la jurisdicción social aquellos otros supuestos menos graves».

⁶⁹ Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 1.ª, Sentencia 70/2017, de 24 de marzo de 2017, Rec. 178/2016.

⁷⁰ Véase nota al pie 28.

impedimento del derecho de libertad sindical si se produce junto con un medio comisivo, sin necesidad de que concurra gravedad.

4. Medios comisivos

El artículo 315 CP se considera un delito doloso, en el que no cabe la comisión por imprudencia, dado que es necesario la concurrencia de medios comisivos, en concreto, el engaño o el abuso de situación de necesidad, de forma alternativa. Se trata de dos medios, en palabras de SASTRE⁷¹, carentes de entidad criminológica.

Estos medios comisivos han de ser previos o simultáneos al ejercicio del acto que impida o limite el derecho de libertad sindical, y nunca posterior, tal y como sostiene la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 4.ª, Sentencia 251/2009 de 27 Abr. 2009, Rec. 4907/2007.

La concurrencia alternativa de los dos medios comisivos debe modularse con el hecho de que toda relación laboral parte de una desigualdad entre empresario y la persona trabajadora, de ahí que la jurisprudencia haya establecido el principio «pro operario». Sin embargo, esta situación de desigualdad no puede determinar por sí sola la aplicación del artículo 315 CP, ya que si fuera así carecería de sentido el engaño como medio comisivo⁷².

Por ello, existiendo esa desigualdad, debe existir algo más que pueda justificar la aplicación del tipo penal.

El engaño y el abuso de situación de necesidad, como medios comisivos deben realizarse con dolo, es decir, con la intención de vulnerar el derecho, de conseguir vaciarle de contenido total o parcial a la persona trabajadora. Por tanto, no basta con que se vulnere el derecho, sino que, además, debe existir esa voluntad de realizar la conducta tipificada y ello aunque se desconozca el contenido del artículo 315 CP.

Esto es acorde con el artículo 5 CP según el cual «No hay pena sin dolo o imprudencia», precepto que debe ponerse en relación con el artículo 1269 CC, habida cuenta de que las relaciones laborales comportan elementos contractuales de las relaciones privadas: «Hay dolo cuando, con palabras o maquina-

⁷¹ SASTRE IBARRECHE, Rafael: «Consideraciones..», *ob. cit.*, p. 151.

⁷² Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 1.ª, Sentencia 70/2017 de 24 de marzo de 2017, Rec. 178/2016. Afirma la SAP de Baleares de 7 de marzo de 1997 que, si el legislador ha querido sentar el límite de lo penalmente relevante a través de las formas de acción en tanto juicio de desvalor penal, cuando equipara el abuso de necesidad al engaño, parece que aquélla deberá expresar algo más que la mera desigualdad intrínseca a las relaciones ente empleador y persona trabajadora.

ciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho».

A) ENGAÑO

El significado común de engaño⁷³ designa la acción y efecto de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier otro modo, algo que no es verdad. El engaño en el ámbito del artículo 315 CP se puede dirigir tanto a la persona trabajadora individual como a la organización sindical⁷⁴.

El engaño existe cuando el que soporta la vulneración del derecho desconoce lo que se pretende. Por eso, la misma conducta no siempre será delictiva, ya que puede haber habido información previa de la empresa, por ejemplo, a la RLT, pero también el receptor puede tener formación para poder conocer que está ante una posible vulneración.

Por eso, Benítez⁷⁵ dice que «la idoneidad del engaño deberá determinarse en cada caso concreto atendiendo a la formación exigible a los determinados trabajadores a los que se trata de impedir o limitar los citados derechos, a la propia estructura organizativa y de representación de los trabajadores en la empresa, al nivel académico de los trabajadores, etc.».

En contra, de Vicente Martínez⁷⁶ considera que el engaño no tiene por qué ir dirigido a provocar un error en la víctima y que bastaría la maquinación o procedimiento malicioso que contemplaba el artículo 499 bis del código precedente⁷⁷. El 499 bis no hacía referencia a la libertad sindical, y era el úni-

⁷³ Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 1.ª, Sentencia 70/2017, de 24 marzo de 2017, Rec. 178/2016.

La RAE define el engaño como: Falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre. Es también la acción y efecto de engañar que es hacer creer a alguien que algo falso es verdadero. <https://dle.rae.es/enga%C3%B1a#FLBt4CJ>

⁷⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: «Delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga», *Derecho Penal del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 8/64. Documento TOL8.213.779.

⁷⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco «Comentario al artículo 315», *Comentarios al Código Penal*, Tomo X. vol.1, CESEJ ediciones, 2006, p. 396.

⁷⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: «Delitos..», *ob. cit.*, p. 12/64.

⁷⁷ «De los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo. 499 bis. 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.

co tipo penal en el capítulo VIII «De los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo», por lo que extrapolar la maquinación y el procedimiento malicioso en él contemplada al actual tipo no parece que sea lo que el legislador quería. Entender el contenido del precepto en base en una redacción antigua se considera que no es ajustado a derecho, sobre todo por sería una forma de aplicar de forma más laxa el artículo 315 CP en contra de lo que se busca con el principio de intervención mínima.

Poder determinar que existe el engaño en los tiempos actuales puede ser complicado para el juez, dada la aplicación por parte de las empresas de procedimientos de *compliance* laboral que aplican a toda o casi toda acción empresarial⁷⁸ y que tienen uno de sus pilares en la entrega de información veraz o en la comunicación de esta. A la vista de estos procedimientos del precepto penal la responsabilidad empresarial ante un procedimiento penal de este tipo se antoja complicada. Posiblemente, esta sea una razón adicional para considerar que el tipo penal, tal y como está hoy en día regulado, es de escasa aplicación práctica.

B) ABUSO DE SITUACIÓN DE NECESIDAD

En cuanto a «abuso de situación de necesidad» puede entenderse cualquier clase de aprovechamiento o de hacer un uso indebido o excesivo de su especial posición de fuerza en el ámbito de las relaciones laborales, en relación a causas económicas, familiares, de edad, salud, ignorancia, o cualquier otra⁷⁹.

El abuso de situación de necesidad la doctrina lo ha entendido de dos formas diferentes. La primera considerando que la situación de necesidad es inherente a cualquier relación laboral, precisamente por la desigualdad existente entre las partes⁸⁰. La aplicación de esta doctrina llevaría al juz-

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.

⁷⁸ La aplicación de *compliance* laboral incide de forma sustancial en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que además es de especial interés en el caso de que la persona trabajadora alegue que hay engaño.

⁷⁹ SAP. de Vizcaya de 13 de febrero de 2001. También, Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, Sentencia 257/2006 de 1 Sep. 2006, Rec. 76/2006 y Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 1.ª, Sentencia 70/2017 de 24 Mar. 2017, Rec. 178/2016: «el abuso de situación de necesidad no puede entenderse en sentido genérico, como aquella derivada de la misma desigualdad existente entre trabajadores y empleadores en el mercado laboral. Que las relaciones entre empresario y trabajador respondan a situaciones de desigualdad podrá tener un valor en el plano de la sociología o de la ciencia política, sin duda importante, mas su extrapolación a la concreta labor hermenéutica de los conceptos legales se presenta ayuna de bases sólidas».

⁸⁰ En este sentido se pronuncian, entre otros, BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan María: *Derecho penal, ob. cit.*, p. 71; Lascuraín Sánchez, Juan Antonio: «Delitos contra los Derechos de los Tra-

gador a tener que considerar que concurre siempre la vulneración de derecho si el sujeto activo es la empresa y el pasivo la persona trabajadora⁸¹. Esto no tiene mucho sentido si, como se ha venido diciendo, es de aplicación el principio de intervención mínima. Tal y como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 7 de marzo de 1997 «si el legislador ha querido sentar el límite de lo penalmente relevante a través de las formas de acción en tanto juicio de desvalor penal, cuando equipará el abuso de necesidad al engaño, parece que aquella deberá expresar algo más que la mera desigualdad intrínseca a las relaciones entre empleador y trabajador».

La segunda interpretación del abuso de situación de necesidad obliga a un análisis que excede de la relación de dependencia, de modo que han de valorarse las circunstancias tanto objetivas como subjetivas para comprobar que el abuso de necesidad tiene una clara repercusión laboral. Esta interpretación más restrictiva es acorde con el principio de intervención mínima, de modo que serán punibles solo las conductas de cierta gravedad, tal y como viene aplicando la jurisprudencia⁸², que ha insistido en que la situación de necesidad no puede identificarse con la mera relación jerárquica existente entre el sujeto activo y sus subordinados⁸³. Esta segunda interpretación es la que se considera más correcta.

Por último, debe hacerse mención a la posibilidad de que aplique el artículo 315 CP cuando hay intimidación, tal y como contempla la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.^a, Sentencia 7/2009, de 7 enero de 2009, Rec. 313/2008. En esta sentencia sostuvo que «la intimidación también es modalidad comitiva del núm. 2 del artículo 315 CP; y hubo luego una continuidad en el ataque a la libertad sindical que sirve para verificar la equivocidad del deseo atentatorio contra tal bien».

bajadores», en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Dir.) *Compendio de Derecho Penal. (Parte Especial)*, Vol. II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 635; o JORDANA DE POZAS, Luis en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Ed. Trivium, Madrid, 1997, p. 3151.

⁸¹ Dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 7 de marzo de 1997 que una connotación que resulta ser inherente a toda relación laboral, *per se ipsa*, no puede fundamentar un medio comisivo típico, si además se piensa que, junto a él, se alude al «engaño» como conducta específica.

⁸² Entre otras, SAP de Baleares de 7 de marzo de 1997 se afirma que «con asistir razón al Ministerio fiscal, no se ofrece, a juicio de esta Sala, que sea ésta suficiente, pues quedaría tan sólo apoyada en una necesidad «genérica», derivada de la misma desigualdad existente entre trabajadores y empleadores en el mercado laboral, pues no puede olvidarse que el empresario parte siempre de una situación de ventaja social y económica, y de una cierta primacía en la relación jurídica».

⁸³ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: «Delitos ...», *ob. cit.*, p. 14.

5. Breve exégesis de las conductas planteadas en vía penal como vulneradoras del derecho de libertad sindical

Las conductas que han permitido la incoación de procedimientos penal por vulneración del ejercicio del derecho de libertad sindical se pueden sistematizar de la siguiente manera:

A) RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO

Se puede considerar que vulnera el artículo 315 CP el despido selectivo de miembros del comité de empresa sin causa legal, cuando media un conflicto laboral por existir contratación en fraude de ley en la empresa. En estos casos debe analizarse lo que ha hecho cada persona que se imputa para poder determinar la responsabilidad, ya que puede ocurrir que no todos resulten condenados⁸⁴.

Vulnera el artículo 315 CP el empleo fraudulento de despidos fundado en causas supuestas o sencillamente inexistentes, unos disciplinarios otros por expiración contractual, con el fin de encubrir despidos anti-sindicales. En estos casos se alegan supuestas infracciones disciplinarias o aparentan causas objetivas, para ocultar la voluntad de apartar de la empresa a determinadas personas trabajadoras en función de su afiliación sindical. Se considera que concurre un engaño, porque la norma no establece que el engaño haya de dirigirse necesariamente a provocar un error en la víctima. Estos indicios se confirman con los las sucesivas y reiteradas sentencias del orden jurisdiccional laboral que declaran la nulidad de los despidos como atentatorios a la libertad sindical⁸⁵.

También, aplicaría el artículo 315 CP en los casos en que se lleva a cabo una regulación de empleo aduciendo una necesidad de amortización de puestos de trabajo sin que pueda probarse⁸⁶.

Sin embargo, si sólo se realiza un despido, aunque se haga vulnerando el derecho de libertad sindical, no habría responsabilidad penal y solo podría tener consecuencias en el ámbito laboral⁸⁷.

⁸⁴ Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 4.ª, Sentencia 251/2009 de 27 de abril de 2009, Rec. 4907/2007.

⁸⁵ Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 1.ª, Auto 71/2006, de 13 de febrero de 2006, Rec. 73/2006.

⁸⁶ Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de diciembre de 1999.

⁸⁷ «Es posible que individualmente ninguna de estas conductas permitiera deducir ese ánimo típico de eliminar la libertad sindical, pero, precisamente, el que no fuese un único acto sino varios coincidentes en el tiempo es lo que permite deducir que se pretendía eliminar la actividad sindical de los trabajadores,

En el caso de que los despidos que se realicen no tengan como finalidad impedir o limitar la libertad sindical o no se realicen con engaño o abuso de una situación de necesidad, no concurren los requisitos del artículo 315 CP. Es el caso del despido de las personas trabajadoras que están en una candidatura de un sindicato en las elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa pero que pactan la salida de la empresa por concurrir razones de bajo rendimiento y acordando un incremento de su indemnización legal⁸⁸.

Tampoco existe responsabilidad penal de quien toma la decisión en una contrata de limpieza, en el caso de que, ante el cierre temporal de una unidad de hospitalización, el comité de empresa acuerde respectivamente el traslado y suspensión del contrato de dos miembros de la sección sindical de CGT debido a que eran las trabajadoras de mayor antigüedad y por razones de menor coste económico. Si no se ha probado que dicha decisión fue motivada por la actividad sindical de las trabajadoras ni se ha averiguado que existiera un trato discriminatorio de la empresa hacia las referidas trabajadoras, no hay responsabilidad penal⁸⁹.

De igual forma no existe responsabilidad penal de la empresa cuando las personas trabajadoras despedidas alegan vulneración del derecho de libertad sindical, aunque, tras aceptar el ofrecimiento de la empresa en el acto de conciliación por el despido practicado, alegan que hubo vulneración del derecho de libertad sindical porque eran posibles candidatas a las elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa⁹⁰.

Tampoco aplica el 315 CP en un supuesto en que la persona trabajadora resuelve su contrato de trabajo tras sentencia a su favor que declara la existencia de mobbing por parte de la empresa. La jurisdicción penal insiste en que son hechos claramente reprobables y atentatorios contra la integridad moral, pero añade que el ámbito del Derecho Penal rige el principio de subsidiariedad previéndose el ejercicio del *ius puniendi* del Estado de forma exclusiva para aquellas conductas que constituyen los ataques más graves contra los derechos y valores que la sociedad considera dignos de protección en cada

represaliando a alguno de ellos mediante la resolución de sus contratos sin causa legal alguna que amparase tan actuación.» Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 4.ª, Sentencia 251/2009 de 27 de abril de 2009, Rec. 4907/2007, FJ4.º

⁸⁸ Audiencia Provincial de Salamanca, Sentencia 103/2002 de 10 de diciembre de 2002, Rec. 91/2002.

⁸⁹ Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 1.ª, Sentencia 70/2017 de 24 de marzo de 2017, Rec. 178/2016.

⁹⁰ Audiencia Provincial de Salamanca, Sentencia 103/2002 de 10 de diciembre de 2002, Rec. 91/2002.

momento. En el caso juzgado no se han acreditado las exigencias que prevé el artículo 315 CP⁹¹.

B) ELECCIONES SINDICALES

Se condena penalmente al gerente de la empresa por impedir que tres trabajadores, en su calidad de candidatos por un sindicato al proceso o electoral pudiesen concurrir a las elecciones, procediendo al despido de los mismos. Se considera que existe engaño por justificarse como causa de despido determinados incumplimientos o conductas, que o bien no eran ciertas o no resultaban acreditadas. De esta forma se pretendía dar cobertura legal a lo que en realidad era un despido improcedente motivado por la aversión del gerente al sindicato en cuestión⁹².

Sin embargo, no se considera que vulnera el 315.1 CP en el caso de que no haya prueba suficiente, directa o indiciaria, de la que deducir fundadamente que la empresa despidió a los trabajadores con la exclusiva finalidad de impedirles su participación en las elecciones sindicales convocadas, a pesar de que conocías que estaban incluidas en una candidatura del sindicato CGT⁹³.

C) OTROS

No es una conducta a la que aplicar el artículo 315 CP la apertura de expedientes disciplinarios y realizar manifestaciones poco ortodoxas por quien tiene competencias en materia de organización y servicio interno, si con los expedientes y las expresiones no se coartan derechos o libertades sindicales y no se aprecia que haya engaño o abuso de situación de necesidad. En este sentido la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 2.ª, en sentencia 1116/2004, de 13 de diciembre de 2004, Rec. 33/2003 dice que «En primer lugar, las acciones declaradas probadas pueden ser moral o administrativamente censurables en algunos casos en cuanto apreciación de cierto abuso en las formas del ejercicio de su poder o exceso en la disciplina usada (...) y otra muy distinta es que las mismas sean merecedoras de un reproche penal, pues no toda con-

⁹¹ Audiencia Provincial de Zamora, Sentencia 97/2011 de 9 de diciembre de 2011, Rec. 32/2011.

⁹² Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, Sentencia 257/2006 de 1 de septiembre de 2006, Rec. 76/2006.

⁹³ Audiencia Provincial de Salamanca, Sentencia 103/2002 de 10 de diciembre de 2002, Rec. 91/2002.

ducta es susceptible de ser considerada como ilícito de tal naturaleza por el hecho de merecer desaprobación o no adecuarse a las normas de convivencia, siendo precisa una cierta intensidad en la acción en cuanto potencialidad para lesionar el bien jurídico protegido por la norma penal».

Impedir a los delegados sindicales a través de amenazas de llamar a la policía, la distribución en la empresa, dentro del horario laboral, de información que afecta a los derechos e intereses de las personas trabajadoras, tampoco puede considerarse delito en aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal. De acuerdo con este se impide incriminar todo tipo de conductas hipotéticamente coincidentes con una interpretación amplia y subjetiva de la libertad sindical, existiendo en estas infracciones de orden colectivo, una difusa frontera entre el ilícito administrativo y el penal⁹⁴.

Tampoco es constitutivo de delito, sin perjuicio de lo que pueda corresponder en otras jurisdicciones, que, en la celebración de las pruebas selectivas de una oposición en un ayuntamiento, la presidenta del tribunal calificador impida el acceso a los representantes legales de las personas trabajadoras que querían ejercitar sus funciones previstas legalmente en el artículo 61.7 EBEP, por no acreditarse que concurriera engaño o abuso de estado de necesidad⁹⁵.

Se considera que es de aplicación el artículo 315 CP por impedirse o limitarse el ejercicio del derecho de libertad sindical cuando el empresario modifica unilateralmente las condiciones del trabajo a turno de los representantes de las personas trabajadoras con ánimo discriminatorio, existiendo además agresión a un miembro del comité de empresa para evita la celebración de una asamblea de las personas trabajadoras, así como por urdir un plan para remover del cargo a un representante. La suma de estas actuaciones, mediando violencia e intimidación, hacen concluir al juez que «la antijuricidad exhibida por el acusado desborda notablemente la falta de lesiones y precisa de la respuesta penal, habiendo tipo penal para ello mediante el encaje en el precepto cuestionado (315 CP)»⁹⁶.

Para que pueda aplicarse el artículo 315CP es preciso que concurra engaño o abuso de situación de necesidad, de modo que el mero impedimento o causar dificultades en el ejercicio de libertad, no es conducta tipificada en este precepto, que es lo que ocurre cuando la empresa manifiesta desconocer la

⁹⁴ Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 2.ª, Sentencia 139/2003, de 11 de abril de 2003, Rec. 102/2002.

⁹⁵ Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1.ª, Auto 771/2023, de 25 de octubre de 2023, Rec. 579/2023.,

⁹⁶ Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, Sentencia 7/2009 de 7 de enero de 2009, Rec. 313/2008.

representatividad sindical que dice tener el querellante y, por tanto, se niega al otorgamiento de permiso para realizar reuniones con el personal⁹⁷.

6. Las coacciones: tipo agravado

El apartado 2 del artículo 315 establece un tipo agravado de este delito, que se produce cuando la conducta de impedir o limitar el ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga se realice con «coacciones», en cuyo caso se impone la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses.

La diferencia con el apartado 1 son los medios comisivos: en lugar de engaño o abuso de situación de necesidad debe de haber medios coactivos. Se mantienen sin embargo los resultados del tipo penal que son impedir o limitar el ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga.

Este tipo agravado está especialmente dirigido a la vulneración del derecho de huelga, remitiéndonos al capítulo de este libro correspondiente.

V. PENAS

Para el tipo básico, el legislador prevé una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses. Se trata de dos penas que son alternativas.

Para el tipo agravado, en el que las conductas descritas en el primer apartado se llevan a cabo con coacciones, la pena aumenta a la de prisión de un año y nueve meses hasta tres años, o multa de dieciocho meses a veinticuatro meses.

En ambos casos, en el tipo básico y el agravado, se impondrá una pena u otra, no las dos. Es decir: o cárcel o multa, pero no ambas.

En la fórmula original, de 1995, la conducta del apartado 1 era idéntica, aunque la pena resultaba notoriamente más grave: «de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses».

En el apartado 2, las penas, las superiores en grado a las del tipo básico antes de la LO 1/2015, también han resultado reducidas.

VI. PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS

Para conocer la prescripción del delito, hemos de revisar el artículo 131 del Código Penal: «Los delitos prescriben: (...) A los cinco, los demás delitos».

⁹⁷ Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5.ª, Auto 3775/2005, de 28 de noviembre de 2005, Rec. 449/2005.

Por tanto, tratándose de una pena que la Ley fija con cárcel de hasta dos años, y tres en el tipo agravado, el delito prescribirá a los cinco años.

Aunque la dicción de la norma es clara, la práctica genera conflictos en el *dies a quo*⁹⁸.

VII. CONCLUSIÓN

Existe la necesidad de concretar las conductas punibles ya que el Derecho Penal debe aplicar a conductas que por su afectación deban exigir una especial protección desde esta jurisdicción. Por eso, se puede sostener como plausible mientras existe esa sistematización de las conductas, que se aplique de forma generalizada el principio de intervención mínima y que, a pesar de no constar en el precepto, solo aplique el artículo 315 CP a conductas graves.

La dificultad de aplicación del actual precepto y la posible interpretación como tipo en blanco, deja vacío de contenido la posibilidad de aplicar el Código Penal y ello se constata con la casi inexistente existencia de procedimientos judiciales.

Todo lo anterior permite plantear la necesidad de que el legislador afronte la modificación del tipo penal, concretando las conductas que pueden ser objeto de delito así como la gravedad exigible. Otra cuestión es valorar si mantener como hasta ahora los medios comisivos, o si es preciso incluir alguno más, dado que no toda conducta grave o de especial afectación queda cubierta con el engaño o el abuso de situación de necesidad.

En favor del mantenimiento del delito debe apostarse por penar conductas específicas que sean reincidentes y con grave afectación a las personas trabajadoras.

BIBLIOGRAFÍA

BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan María: «Derecho penal del trabajo: una reflexión general a partir de la experiencia normativa española», *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 7, julio-diciembre, 2008, pp. 3-26 Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México <https://www.redalyc.org/pdf/4296/429640262001.pdf>

⁹⁸ Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9.ª, Sentencia 889/2017 de 20 de noviembre de 2017, Rec. 172/2017.

- BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan María: *Derecho penal del trabajo*, Editorial Trotta, 1997.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco «Comentario al artículo 315», *Comentarios al Código Penal*, Tomo X. vol.1, CESEJ ediciones, 2006, pp. 377-413.
- «Tutela penal de la libertad sindical y del derecho de huelga y las coacciones para la huelga tras la LO 1/2015», *Cuadernos de política criminal. segunda época*, núm. 123, diciembre 2017, pp. 41-82.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 1988, p. 158 ss.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier y DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: «Sobre responsabilidad penal de la persona jurídica: responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español» en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO: «Delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga», *Derecho Penal del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, 2020.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 1996, pp. 1666-1676.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: «La protección penal de los derechos de los trabajadores en el código penal», *Actualidad penal*, núm. 1, 1998, tomo 1, Editorial La Ley, p. 105, La Ley 2758/2001, pp. 105-139.
- JORDANA DE POZAS, «Delitos contra los Derechos de los Trabajadores», en Luis en Conde-Pumpido Ferreiro (Dir.), *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Ed. Trivium, Madrid, 1997, p. 3151.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: «Delitos contra los Derechos de los Trabajadores», en Bajo Fernández, Miguel (Dir.) *Compendio de Derecho Penal. (Parte Especial)*, Vol. II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- «Delitos laborales: lo que sobra y lo que falta», *Trabajo y Derecho*, núm. 73, Sección Práctica Jurídica y Despachos Profesionales/Estudios de práctica jurídica, enero 2021, Wolters Kluwer, La Ley 15294/2020. Recuperado de la Ley Digital.
- «Bien jurídico y objeto protegible», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LX, 2007, pp. 119 ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «El principio de intervención mínima del derecho penal y su aplicación práctica (Referencia a la reciente STS 185/2023 de 15 de marzo de 2023)», *Diario La Ley*, n.º 10258, Sección Doctrina, 29 de marzo de 2023, Editorial La Ley.
- MARÍN MORAL, Isabel: *Libertad sindical y Constitución*, Laborum, 2002.
- MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo y MONTOYA MELGAR, Alfredo: «Artículo 3», *Ley Orgánica de libertad sindical. Comentada y con jurisprudencia.*, edición n.º 1, Editorial La Ley, Madrid, octubre 2010.

- MARTÍN VALVERDE, Antonio y Martínez Moreno, Carolina: «Artículo 2», *Ley Orgánica de libertad sindical. Comentada y con jurisprudencia*, edición n.º 1, Editorial La Ley, Madrid, Octubre 2010. *La Ley 15736/2010*.
- MARTÍNEZ LUJÁN DE PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa parte especial*, Tirant lo Blanc, tercera edición, Valencia 2011.
- MARTOS NUÉZ, Juan Antonio: «El principio de intervención penal mínima», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 40, Fasc/Mes 1, 1987, pp. 99-134 Recuperado de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1987-10009900134
- OJEDA AVILÉS, Antonio: «La libertad sindical», *Comentario a la constitución socio-económica de España*, coord. por Cristóbal MOLINA NAVARRETE, José Luis MONEREO PÉREZ y María Nieves MORENO VIDA, Comares, 2002.
- *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1990.
- ORTEGA MONTORO, Rodrigo: «Los delitos contra la ordenación del territorio en el Código Penal de 1995», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-326, tomo 6, Editorial La Ley.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús y NEIRA PENA, Ana: *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- PISAPIA, Gian Doménico: *Instituzioni di Diritto Penale. Parte Generale e Parte Speciale*, Padova, Cedam, 1965.
- SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio: «El ámbito de aplicación de la LOLS», en Seminario sobre el proyecto de Ley Orgánica de Libertad sindical (La Ley 2063/1985), *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 7 (monográfico), 1985.
- SASTRE IBARRECHE, Rafael: «Consideraciones sobre la garantía penal de los derechos sindicales en la experiencia española», *Revista de Estudos Laborais*, año IX - núm. 1, 2019, p. 151 y 152. <https://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/mrel/article/view/2697/2913>.
- VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel: «¿Qué es el principio de intervención mínima?», *Revista internauta de Práctica Jurídica*, n.º 23, año 2009, pp. 1-10 https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf

LOS DELITOS DE DISCRIMINACIÓN LABORAL (CP ART. 314)

ROCÍO MARTÍN JIMÉNEZ.

Profesora Adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad San Pablo-CEU, CEU Universities

SUMARIO: I. Introducción. II. Una breve aproximación a la discriminación en el ámbito laboral. 2.1.A Discriminación y discapacidad. 2.1.B Protección Jurídica. III. La protección penal y la discriminación. 3.1 Ideas generales. 3.2 El artículo 314 y sus implicaciones legales. 3.3 Tipo Penal. Conducta Típica. 3.4 Bien Jurídico protegido. 3.5 Penalidad. IV. Aplicabilidad efectiva del artículo 314 desde el punto de vista laboral. Jurisprudencia. VI. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio, se pretende una aproximación al delito de discriminación laboral, recogido en el 314 del Código Penal¹, artículo que forma parte del Título XV del Libro I cuya rúbrica es «De los Delitos contra los derechos de los trabajadores». De esta manera el legislador penal ha intentado poner fin a la dispersión de los delitos relacionados con el ámbito laboral, en el anterior Código.

La igualdad y la no discriminación entre las personas, han sido y son objetivo de toda sociedad, prueba de ello es la Declaración Universal de los

¹ La LO 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, da nueva redacción al mismo.

Derechos Humanos, el Convenio de la OIT 111 o en 156, las Directivas Comunitarias² y por supuesto el artículo 14 de la Constitución Española. Su carácter transversal y de informador del ordenamiento jurídico, que lleva a que se observe y se integre en la aplicación e interpretación de todas las normas jurídicas, no es óbice para reconocer que, en las relaciones laborales, resulta esencialmente adecuado para invocarlo y aplicarlo.

Es por ello, que la realización de un estudio de la discriminación en el ámbito laboral sigue siendo siempre muy oportuno, teniendo en cuenta «que es un espacio especialmente propicio para las conductas discriminatorias. En un mercado laboral en el que la oferta de trabajadores, supera ampliamente la demanda, el propio proceso selectivo en el que los empleadores o sus delegados utilizan criterios distintivos y clasificatorios en demasiadas ocasiones basadas en circunstancias discriminatorias»³.

II. UNA BREVE APROXIMACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

El Estatuto de los Trabajadores en el artículo 4.2 c)⁴ recoge la prohibición de discriminación en el trabajo, que posteriormente desarrolla con alguna variante en el artículo 17⁵, respondiendo de esta manera a uno de los valores

² 2000/43 CE y 2000/78 CE.

³ TERRADILLOS BASOCO, J. M y BOZA MARTÍNEZ, D: «El derecho penal aplicable a las relaciones laborales. Lecciones». Ed. Bomarzo, Albacete, 2017, p. 103.

⁴ 2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: c) A no ser discriminadas directa o indirectamente para el empleo o, una vez empleados, por razones de estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación o no a un sindicato, por razón de lengua dentro del Estado español, discapacidad, así como por razón de sexo, incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral.

⁵ Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales.

1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.

Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

supremos de nuestra Constitución⁶ el principio de igualdad, que debe regir nuestro ordenamiento jurídico.

Para cumplir con las Directivas 2000/43 CE y 2000/78 CE⁷, se publicó la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que recogió en el Capítulo III las «Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato», y en su Sección 3.^a las «Medidas en Materia de Igualdad de Trato y no Discriminación en el Trabajo». Con posterioridad la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, continuó con el esfuerzo hacia la igualdad efectiva y por último la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ha sistematizado y ampliado todas las previsiones de las anteriores regulaciones⁸.

Los motivos tutelados recogidos por el ET, y que prohíbe la discriminación son: a) estado civil, b) edad dentro de los límites marcados por esta ley, c)

El incumplimiento de la obligación de tomar medidas de protección frente a la discriminación y la violencia dirigida a las personas LGTBI a que se refiere el artículo 62.3 de la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI dará lugar a la asunción de responsabilidad de las personas empleadoras en los términos del artículo 62.2 de la misma norma.

2. Podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo.

Asimismo, el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo. La regulación de las mismas se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.

Las medidas a las que se refieren los párrafos anteriores se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate.

Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso al grupo profesional o puesto de trabajo de que se trate.

5. El establecimiento de planes de igualdad en las empresas se ajustará a lo dispuesto en esta ley y en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁶ Artículo 1.1, 14 y 35.1 CE.

⁷ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, respectivamente.

⁸ En adelante LITND.

origen racial o étnico, d) condición social, e) religión o convicciones, f) ideas políticas, g) orientación sexual, identidad sexual, expresión de género, características sexuales, h) afiliación o no a un sindicato, i) por razón de lengua dentro del Estado español, j) discapacidad, k) así como por razón de sexo, incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral.

La LITND ha incluido en su artículo 2, otras causas de discriminación como son la enfermedad⁹ o condición de salud¹⁰, el estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, lo que supone mantener la cláusula abierta¹¹.

Siguiendo la jurisprudencia que hasta el momento de la publicación de la LINTD existía, esta norma ha recogido las diferentes modalidades de discriminación¹² identificando las siguientes:

1. Discriminación directa e indirecta.

a) La discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.

b) La discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2¹³.

2. Discriminación por asociación y discriminación por error.

a) Hay discriminación por asociación cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de

⁹ Muy interesantes las reflexiones realizadas por AGUILERA IZQUIERDO, R: «La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022» Ed. BOE 2023.

¹⁰ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró en su sentencia de 1 de diciembre de 2016 que una enfermedad de larga duración, aunque temporal, podía ser equiparada a una situación de discapacidad, determinando que la extinción del contrato de trabajo que se analizaba tenía un claro móvil discriminatorio y debía considerarse nula, otorgando con ello una especial protección a favor de los trabajadores en este tipo de situaciones».

¹¹ La normativa comunitaria establece como causas de discriminación el sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual.

¹² Artículo 6.

¹³ STSJ Cantabria, 14 de noviembre de 2005, rec.905/2005.

las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio ¹⁴.

b) La discriminación por error es se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas.

3. Discriminación múltiple e interseccional ¹⁵.

a) Hay discriminación múltiple cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley.

b) La discriminación interseccional se produce, cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación.

4. Acoso discriminatorio.

Se considera acoso, a los efectos de esta ley, cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la misma, con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

5. Inducción, orden o instrucción de discriminar.

Es discriminatoria toda inducción, orden o instrucción de discriminar por cualquiera de las causas establecidas en esta ley; esta ha de ser concreta, directa y eficaz para hacer surgir en otra persona una actuación discriminatoria.

Se permiten las medidas de acción positiva consideradas como aquellas que suponen «diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social. Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan» ¹⁶.

Con respecto a la aplicabilidad de la norma, la prohibición de discriminación y el deber de trato igual ¹⁷, se predica tanto en el momento en que se con-

¹⁴ STJUE de 17 de julio de 2008, C-303/06, Coleman.

¹⁵ En supuestos de discriminación múltiple e interseccional la motivación de la diferencia de trato, en los términos del apartado segundo del artículo 4, debe darse en relación con cada uno de los motivos de discriminación.

¹⁶ Artículo 6.7 LITND.

¹⁷ Con respecto al principio de igualdad la STC 20 de octubre de 2008 hace: «una somera referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional y a la jurisprudencia de esta Sala IV, de lo Social, del Tribunal

trata al trabajador, como a lo largo de la relación laboral y se extiende incluso en la extinción de la misma.

Realizado el reconocimiento de los derechos que los trabajadores tienen en cuanto a la igualdad y la no discriminación en el ámbito laboral, hay que hacer mención de las garantías que la legislación establece para su protección.

La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social ¹⁸ a lo largo de su articulado establece diferentes infracciones discriminatorias, que clasifica teniendo en cuenta el momento de la relación laboral en la que se producen: en el acceso al empleo (en la oferta o en el proceso de selección) ¹⁹ o constante el contrato de trabajo y en el momento del fin de la relación laboral.

El artículo 16.1 c, recoge como infracciones muy graves, «Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado».

Asimismo, el trato discriminatorio en las medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo dirigidas a beneficiar a grupos que estén en inferioridad de condiciones al tiempo de conseguir un empleo ²⁰.

Supremo respecto a la violación del derecho fundamental de igualdad y de no discriminación. En este sentido es de citar, en primer término, la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional n.º 256/2004, de 22 de diciembre, (Cuestión de Inconstitucionalidad n.º 2045/1998), en la que con cita de anterior sentencia del propio Tribunal, la 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990/76), se perfilan los contornos propios del derecho fundamental de igualdad en estos términos: a) no toda desigualdad de trato supone infracción del artículo 14 de la CE sino, únicamente, aquella que carece de una justificación objetiva y razonable); b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas sin que sea factible ni correcto la introducción de elementos diferenciadores que sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe cualquier desigualdad sino solo aquellas que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos, suficientemente, razonables; d) para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que, con la misma, se persigue, sino que, además, resulta indispensable que las consecuencias jurídicas de tal diferenciación sean adecuadas y superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional.»

¹⁸ 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.

A partir de ahora LISOS.

¹⁹ Se puede considerar que el artículo 7.10 hace referencia a esta situación cuando establece son infracciones muy graves «Establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente.

²⁰ En este sentido el artículo 15.2 «El incumplimiento de las medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo dictadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 17, apartados 2 y 3, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

El artículo 8.12 prevé una serie de infracciones relacionadas con las medidas impuestas en la relación laboral y así establece como infracciones muy graves: «12. Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación»²¹.

Especial protección en lo que se refiere a la discriminación por razón de sexo, tiene el embarazo y la lactancia tanto en la LISOS, como en la Ley de Riesgos Laborales²².

²¹ Recoge este último inciso del artículo otra infracción muy grave como son las represalias que pueden dirigirse contra aquellos trabajadores que haya ejercido una acción contra el empresario por su derecho a no ser discriminados.

En este mismo sentido la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su artículo 9 recoge: «. Indemnidad frente a represalias.

También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.»

²² Artículo 13.1 LISOS «Son infracciones muy graves:

1. No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia.»

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

«Artículo 26. Protección de la maternidad.

1. La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.

2. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente

Por último, es el Estatuto de los Trabajadores el que marca las consecuencias jurídicas que se producen, cuando se adopta una decisión extintiva de la relación laboral, asentada en motivos discriminatorios. Así los artículos 53.4²³ y 55. 5 recogen sendos apartados en los que consideran nulos los despidos cuyo móvil sea alguna de las causas de discriminación recogidas por la Constitución o la ley, añadiendo los supuestos en los que la nulidad sea automática²⁴.

y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.

En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.

3. Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.

4. Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo.

5. Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo.»

²³ Artículo 53.4: «Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en 124 la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio.»

Artículo 55.5. «Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora».

²⁴ Se trata de la nulidad objetiva o reforzada, y comprende las siguientes causas:

— Despido durante el período de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural. También será nulo aquel despido que se produzca durante una suspensión por enfermedad causada por el embarazo, parto o lactancia natural.

— Despido de aquellos trabajadores que se hayan incorporado tras la finalización de la suspensión por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, siempre que no hayan pasado más de doce meses desde el nacimiento, adopción, guardas con fines de adopción o el acogimiento.

— Mención especial merece el despido de la trabajadora embarazada. En este caso, el despido será nulo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de la baja por maternidad, aunque la traba-

Tras esta aproximación al derecho a no ser discriminado en el ámbito laboral y el estudio del sistema garantista de nuestro ordenamiento hay que ponerlo en relación con el derecho constitucional a la libertad de empresa, que otorga al empresario la facultad de libre contratación y organización de su negocio, sin duda limitado por el derecho a la no discriminación.

La LISOS en su artículo 40.1 establece la sanción administrativa: «1. Las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo, en materia de Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 siguiente, en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, excepto las que se refieran a materias de prevención de riesgos laborales, que quedarán encuadradas en el apartado 2 de este artículo, así como las infracciones por obstrucción se sancionarán: a) Las leves, en su grado mínimo, con multas de 70 a 150 euros; en su grado medio, de 151 a 370 euros; y en su grado máximo, de 371 a 750 euros; b) Las graves con multa, en su grado mínimo, de 751 a 1.500 euros, en su grado medio de 1.501 a 3.750 euros; y en su grado máximo de 3.751 a 7.500 euros; c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros; c bis) Las infracciones graves señaladas en los artículos 7.2, 7.14, 18.2.c), 19.2.b), 19.2.e), 19 bis.1.b), 19 ter.2.b) y 19 ter.2.e) se sancionarán con la multa siguiente: en su grado mínimo, de 1.000 a 2.000 euros; en su grado medio, de 2.001 a 5.000 euros y, en su grado máximo, de 5.001 a 10.000 euros».

Para algunos autores ²⁵, si se contraponen las sanciones penales con las sanciones administrativas, se puede comprobar que la multa de la sanción penal en su cuantía mínima asciende a 720 euros frente a los 6.251 euros del mínimo administrativo, mientras que la cuantía máxima penal sí es superior a la administrativa, 288.000 euros frente a los 187.515 euros en la vía laboral.

Ante esta situación, la doctrina considera desde hace tiempo que para los empresarios, infractores es más gravosa la actuación de la Inspección de Tra-

jadora no haya comunicado su situación de embarazo al empresario. Tampoco es necesario acreditar el conocimiento empresarial.

— Despido del trabajador que haya solicitado o esté disfrutando de la reducción de jornada por lactancia, por hijo recién nacido hospitalizado o por guarda legal. También el que de aquel trabajador que haya solicitado o disfrute de una excedencia por cuidado de hijo o de familiar.

— Despido de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el uso de su derecho a la tutela judicial efectiva o de otros derechos recogidos en la legislación laboral.

²⁵ Nos adelantamos a algunas precisiones que se desarrollan en el apartado relativo a la alternativa de la pena.

bajo, que la citación de un Juzgado; en definitiva, «con la alternatividad de la pena, se corre el riesgo de monetarizar el bien jurídico «igualdad»²⁶.

2.1.A Discriminación y discapacidad

Consideramos oportuno incluir un apartado dedicado a las personas con discapacidad, considerado como un colectivo que es susceptible de ser discriminado en todas las esferas de la vida. Sin embargo, es en el ámbito laboral donde, de nuevo, se hace más patente esta situación. En nuestra sociedad, el empleo constituye el elemento clave para la integración social de la persona, la importancia del trabajo en los procesos de participación social y en la calidad de vida de las personas con discapacidad, es vital para conformar su identidad completa. Muchos son los factores que inciden directamente en la integración social y laboral de las personas con discapacidad: la edad, el sexo, la estructura actual de los mercados, la exigencia de cualificación, las crisis económicas, la calidad del empleo, la eficiencia en el trabajo...

La estructura socioeconómica actual hace difícil la búsqueda y obtención de un empleo dignamente remunerado y estable, pero si esto ocurre con la generalidad de la población activa, para las personas con discapacidad la tarea se convierte muchas veces inalcanzable, con todas las consecuencias negativas que ello conlleva.

Sin duda el trabajo es consustancial a las personas, discapacitadas o no. Tal y como señalan los sociólogos, nos desenvolvemos en el mundo del trabajo en dos esferas: la interna y la externa que requieren de un equilibrio para que nuestra vida se pueda considerar plena. En la esfera externa tenemos el reconocimiento social de nuestro trabajo, la retribución al esfuerzo, el cumplimiento de las expectativas..., en la esfera interna la satisfacción por el trabajo bien hecho, la meta alcanzada... Todo ello contribuye a fomentar la autoestima de los trabajadores, pero si estamos ante personas con discapacidad el acceso y mantenimiento de un empleo, la posibilidad de una independencia económica, su sentimiento de utilidad, su desarrollo como ser humano..., el trabajo pasa a ser instrumento fundamental.

Desde el punto de vista jurídico, todos los individuos por el hecho de ser personas, tenemos los mismos derechos, entre ellos el derecho al trabajo y, no solo eso, sino además a un trabajo adecuado a nuestras habilidades y capacida-

²⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R: «Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social». Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 329.

des. Esta circunstancia se extiende por supuesto a las personas con discapacidad cuya integración social aparece como un derecho constitucional, obligando a los poderes públicos llevar a cabo políticas para «remover los obstáculos que impidan o dificulten la integración social de las personas, y a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida económica del país». La igualdad de oportunidades, la incorporación al mercado laboral, la mejora de la calidad de vida y una vida más independiente serán factores fundamentales para conseguir la integración plena de las personas con discapacidad. En este sentido se manifiesta a lo largo de su articulado la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social²⁷ que establece como objetivo:

a) Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

b) Establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

2.1.B Protección jurídica

La discapacidad, como factor que puede determinar un trato desigual y desfavorable, cuenta con protección en el ámbito internacional a través de distintos instrumentos normativos:

a) La Convención de Nueva York²⁸, prohíbe la discriminación por motivo de discapacidad y acoge el concepto de ajustes razonables entendido como la obligación de las autoridades de adoptar las modificaciones y adaptaciones

²⁷ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (última actualización es de 2023), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En adelante LGDPD.

²⁸ 13 de diciembre de 2006, artículos 1, 2 y 4.

necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

b) El Convenio de Roma²⁹ para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales consagra el principio de no discriminación ya que, a pesar de que no menciona expresamente la discapacidad, sí incluye su protección como grupo particularmente vulnerable³⁰. En este sentido, la sentencia del TEDH 30-4-09, asunto Glor contra Suiza, afirma que dicho precepto se refiere también a los discapacitados a través de su cláusula final, referida a «cualquier otra situación».

En el ámbito de la Unión Europea, se establecen las siguientes previsiones:

a) El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prevé que, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual³¹.

b) La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³² incluye expresamente la discapacidad como uno de los factores de protección frente a la discriminación y reconoce el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas para su integración.

c) La Directiva 2000/78/CE (ya mencionada con anterioridad), relativa al establecimiento de un marco para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, también acoge la discapacidad como factor específico de discriminación.

d) Una vez incorporada al ordenamiento de la Unión Europea, mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, la Convención Nueva York 13-12-2006, sirve a los fines interpretativos del derecho a la no discriminación por discapacidad en el ámbito europeo.

Por lo que se refiere al derecho interno:

a) La Constitución Española artículo 14 (como ya hemos visto) prevé que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

²⁹ De 4 de noviembre de 1950.

³⁰ CEDH artículo 14.

³¹ TFUE artículo 10.

³² DOUE 30-3-2010, artículos 21 y 26.

Esta enumeración de causas no implica el establecimiento de una lista cerrada, sino una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado a determinados sectores de la ciudadanía en posiciones no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de las personas³³. Así, aunque el precepto no menciona expresamente la discapacidad como causa de discriminación, se considera que la referencia a cualquier otra condición o circunstancia personal o social incluye dicha circunstancia como causa de discriminación prohibida.

A ello se añade la obligación impuesta a los poderes públicos para que desarrollen una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados amparándoles en el disfrute de los derechos que el Título primero de la norma constitucional otorga a todos los ciudadanos (art. 49).

Este mandato está estrechamente vinculado con el deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad e igualdad de los ciudadanos, y los grupos en que se integran sean reales y efectivas (art. 9.2 C. E.) y con la prohibición de discriminación.

La interpretación de estos mandatos se realizará según lo dispuestos en los Tratados internacionales firmados por España³⁴.

b) La Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, recoge como principio rector la igualdad de oportunidades, entendida como ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva³⁵.

Se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzca (de acuerdo con lo establecido en la LGDPD):

— discriminación directa, entendida como la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga.

³³ Seco 182/2005 y 177/1993.

³⁴ Artículo 10.2 CE y STCO 10/2014.

³⁵ En este sentido, hay que señalar que la jurisprudencia ha admitido la existencia de discriminación cuando el empresario no da cumplimiento a las medidas de acción positiva establecidas en la normativa aplicable. Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas), en sentencia de 23 de noviembre de 2018 (rec. 1024/2018), ha establecido que incumplir la legislación de reserva de puestos de trabajo para discapacitados del 2% de la plantilla no implica exclusivamente la infracción de lo dispuesto en la LGPD (artículo 42), sino que constituye una auténtica discriminación en el acceso al empleo prohibida por los artículos 4.2.c) y 17.1 del ET; incluso entiende la Sala que, aunque no existan trabajadores/as con el perfil requerido por la empresa, ello no le exime del cumplimiento de las medidas excepcionales alternativas.

— discriminación indirecta, que existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

— discriminación por asociación, que existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra.

— acoso por razón de discapacidad, entendiendo por tal toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Igualmente se considera discriminación toda orden de discriminar a personas por motivo o por razón de su discapacidad.

La doctrina judicial ha ido matizando y diferenciando los conceptos de discapacidad y de enfermedad ya que, ni en el lenguaje ordinario ni en el técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables³⁶. La enfermedad, desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, no es, en principio, un factor discriminatorio³⁷. Estaríamos en presencia de una circunstancia que es propia de todos los hombres, y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores.

La relación entre enfermedad y discapacidad y la posible consideración de una enfermedad como una discapacidad, ha sido objeto de múltiples pronunciamientos tanto por el TJUE, como por el Tribunal Supremo e incluso por los Tribunales Superiores de Justicia. Podemos por ejemplo destacar las sentencias TJUE 11-7-06, C-13/05, asunto Chacón Navas³⁸, TJUE 11-4-13,

³⁶ En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2001.

³⁷ La única excepción se refiere exclusivamente a aquellos casos en que se acredite que la enfermedad se identifica como un elemento de segregación. Así ocurre, por ejemplo, en el supuesto de enfermedades derivadas del embarazo que están ligadas a la condición de mujer. En este sentido STCO 62/20008 de 26 de mayo.

³⁸ El TJUE respondiendo a las cuestiones prejudiciales (planteadas por el JS n.º 33 de Madrid), considera la posibilidad de incluir en el campo de aplicación de la Directiva europea a los trabajadores/as enfermos/as. Aclara el tribunal que la enfermedad no se incluye dentro del catálogo de causas de discriminación prohibidas por la norma ni cuenta tampoco con un reconocimiento autónomo en la normativa internacional, no siendo posible la equiparación pura y simple de ambos conceptos.

C-335/11 y C-337/11, asunto Ring³⁹, TJUE 1-12-16, C-395/15, asunto Daouidi,⁴⁰; TJUE 11-9-19, C-397/18, asunto Nobel Plastiques Ibérica, SA⁴¹.

Nuestro Tribunal Supremo y siguiendo los pronunciamientos del TJUE, ha resuelto diversos supuestos, resolviendo sobre si la enfermedad de un trabajador puede considerarse como discapacidad; podríamos destacar STS de 15 de marzo de 2018, que resuelve un supuesto de despido por motivos disciplinarios y señala que la situación de IT por depresión grave durante más de nueve meses y que continuó después del despido, no permite identificarla con la noción de discapacidad distinta de la enfermedad en cuanto tal. Califica el despido como improcedente y no nulo por discriminatorio, al carecer de justificación; o la STS de 15 de septiembre de 2020, en la que se establece que no hay discriminación por razón de discapacidad, cuando en la enfermedad no existe el menor elemento de juicio, que permita considerar que pudiera tratarse de una limitación de larga duración que impidiera la participación plena y efectiva del trabajador en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, para poder asimilar dicha circunstancia a una discapacidad. Así ocurre en el caso de un trabajador que inicia un proceso de IT y es despedido a los seis días, sin que ni tan siquiera consten los motivos concretos de las dolencias que hayan podido motivar la baja médica, ni aparezca ningún otro dato que permita valorar mínimamente la posible discapacidad del trabajador en razón de tales dolencias.

³⁹ Dictada como consecuencia del despido de dos trabajadoras de Dinamarca, basados en faltas de asistencia al trabajo, derivadas de las dolencias que padecían, supone la flexibilización de esta postura, admitiéndose por vez primera la posibilidad de asimilar los conceptos de enfermedad y de discapacidad. El TJUE, que asume el concepto de discapacidad de la Convención de la ONU –la cual fue ratificada por la UE mediante decisión de 26 de noviembre de 2009 (DOUE L 23/35)–, la precisa como «una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores», de manera que tendrían cabida legal aquellas enfermedades o dolencias que supongan tal limitación, siempre y cuando se trate de dolencias de carácter duradero.

⁴⁰ Señala unos indicios que sirven de orientación al juzgador, para valorar si una dolencia tiene carácter duradero, a efectos de incluirse en el concepto de discapacidad europeo, entre ellos que «en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo» o bien que «dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona».

⁴¹ Establece que el estado de salud de un trabajador, especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, que le impide desempeñar determinados puestos de trabajo, pues suponen un riesgo para su propia salud o para otras personas, está incluido en el concepto de discapacidad, si ese estado de salud implica una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, lo que debe ser comprobado por el órgano jurisdiccional nacional.

Por último ponemos de manifiesto que también los Tribunales Superiores de Justicia en determinados pronunciamientos, han acogido la doctrina del TJUE sobre la relación entre enfermedad y discapacidad y considerando, en alguna ocasión, que una enfermedad de larga duración puede identificarse con una discapacidad, de tal forma que la decisión del empresario basada en dicha circunstancia debe considerarse nula.

Así, el TSJ de Navarra en sentencia de 17 de enero de 2020, ha considerado que existe discriminación que conlleva la nulidad, en el caso de una empresa que sustenta, de una forma torpe, la decisión de extinguir el contrato, en la previsión de la situación de baja médica que va a ser larga en el tiempo (según informa el propio trabajador) y que previsiblemente podría concluir con el reconocimiento de una incapacidad permanente; o la sentencia del TSJ de Madrid de 8 de marzo de 2021, en el que se despide a un trabajador afectado, por un proceso médico de larga duración, sin que hubiera transcurrido la duración máxima de la IT, con recaídas, y por el que se inició un expediente de incapacidad permanente con posterioridad al despido; o sentencia del TSJ País Vasco de 14 de enero de 2020, cuando la empresa no acredita las causas alegadas en la carta de despido y conoce el carácter duradero o prolongado en el tiempo de la enfermedad que sufre el trabajador –mieloma múltiple– y del tratamiento que precisa.

Como conclusión, hemos destacar que estamos ante una flexibilización del concepto de discapacidad, «el cual ha permitido dar amparo a aquellos/as trabajadores/as que –aun no teniendo un grado de discapacidad reconocido formalmente– presentan determinadas dolencias que, atendiendo a sus especiales características o duración, son merecedoras de la tutela antidiscriminatoria reforzada por razón de discapacidad»⁴².

La jurisprudencia comunitaria, pone de manifiesto la necesidad de configurar un nuevo concepto de discapacidad, que permita a los trabajadores (no reconocidos formalmente como discapacitados), ser acreedores de esta protección jurídica reforzada en el ámbito laboral, para evitar que determinadas barreras sociales los coloquen en una situación de desventaja particular. El cambio de cultura en la forma de entender la discapacidad, debe reflejarse en todas las medidas necesarias para eludir situaciones discriminatorias.

⁴² RODRÍGUEZ PADRÓN, P. O.: «La alteración de la salud del trabajador como factor de discriminación en las relaciones laborales: discapacidad y enfermedad». Revista Atlántida, 11; diciembre 2020, p. 161; ISSN: e-2530-853X.

III. LA PROTECCIÓN PENAL Y LA DISCRIMINACIÓN

3.1 Ideas generales

Son diferentes artículos los recogidos en el Código Penal, que tratan de los delitos contra los derechos de los trabajadores; a pesar de las disparidades entre ellos, la doctrina considera que hay características comunes a todos.

a) «Una conducta típica que supone una imposición de determinadas condiciones laborales o de la Seguridad Social contrapuestas a los derechos de los trabajadores, constituidos por las normativas vigentes y sin que exista la opción a defensa.

b) La utilización del engaño, se oculta o manipula la realidad para incentivar a una actuación por error de los trabajadores.

c) La utilización de abuso de necesidad, es decir, el aprovechamiento de la inferioridad de condición en la relación laboral.

d) Vulneración a un bien protegido que es colectivo que deriva en derechos individuales de los trabajadores.

e) El sujeto activo es un empresario, empleador, administrador, encargado responsables del hecho delictivo o que, aun teniendo conocimiento de este, no tomaron las medidas necesarias para prevenir y evitarlo»⁴³.

Diversos preceptos de nuestro CP tipifican como ilícitos penales, diferentes actuaciones discriminatorias, como son el artículo 22.4 que se refiere a la agravante genérica de discriminación; el artículo 314 (objeto de este estudio) referidos a la discriminación laboral, y los artículos 511 y 512 sobre la discriminación en el ámbito de la prestación de servicios⁴⁴.

⁴³ <https://www.dexiaabogados.com/blog/delitos-contra-trabajadores/>. Entrada 24/05/24.

⁴⁴ Artículo 22. 4 considera como circunstancia agravante: «Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.»

El artículo 314 establece: «Quienes produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su 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, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.»

No es objeto de este trabajo, ni se tienen los conocimientos suficientes para el estudio de los preceptos penales relativos a la discriminación, pero si podemos señalar que los penalistas realizan distintas clasificaciones sistemáticas, aunque coinciden, en que existen unos tipos delictivos cuyo bien jurídico protegido es sin duda «no ser discriminado» y otros que (aunque no actúa como tal), el «no ser discriminado» es un factor importante a valorar, y de esta forma indirecta, queda protegido⁴⁵.

3.2 El artículo 314 y sus implicaciones legales

La Exposición de Motivos del Código Penal, recoge la intención del legislador de avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, siguiendo los mandatos de la Constitución de proteger el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación; aunque, reconoce que no es este cuerpo legal, el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea, si puede contribuir a la misma, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias.

El texto del artículo 314 del Código Penal dispone: «Quienes produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de agorafobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su 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

El artículo 511: «Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad».

Artículo 512: «Quienes en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años.»

⁴⁵ TAPIA BALLESTEROS; P: «La Discriminación Laboral Análisis del Artículo 314 del Código Penal». Ed. Tirant Lo Blanch.2014, p. 220 ss.

tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.»

Nos encontramos ante un supuesto de hecho que es evidente, sanciona la norma una grave discriminación en el empleo por las causas indicadas, cuando exista una sanción administrativa previa, sanción que, a su vez, haya sido incumplida. Aparece como requisito objetivo la infracción del derecho fundamental a la igualdad, con grave daño de los derechos de la persona discriminada, al ser un delito de resultado; y como requisito de carácter subjetivo, la exigencia de un dolo eventual por quien discrimina⁴⁶.

3.2.A SUJETO ACTIVO

Estamos ante un delito especial⁴⁷ propio, que solo puede ser cometido por el empresario o empleador, (o por quien ejerza las funciones delgadas en materia de personal), así como la autoridad pública o funcionario, dependiendo si la conducta discriminatoria se ha producido en el ámbito laboral privado o público⁴⁸.

La esfera de sujetos activos se limita a aquellos, a quienes se les pueda atribuir como autores las dos conductas típicas acumulativas: tanto la producción de la discriminación, como la falta de restablecimiento de la igualdad. Es posible, sin embargo, que la conducta discriminatoria inicial sea protagoniza-

⁴⁶ Para SIERRA HERNÁIZ, E, es «necesario que concurra una intención o finalidad de discriminar por alguno de los motivos señalados en el CP, sin que sea exigible un especial ánimo o específica voluntad de no reponer la situación de igualdad». En «Un modelo integral de Derecho penal: libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo». Coord. por Vicente Valiente Ivañez, Guillermo Ramírez Martín; Víctor Gómez Martín (dir.) Carolina Bolea Bardón (dir.) José Ignacio Gallego Soler (dir.) Juan Carlos Hortal Ibarra (dir.) Ujala Joshi Jubert (dir.), Mirentxu Corcoy Bidasolo (hom.) ED. BOE Vol. 2, 2022, p. 1401.

⁴⁷ En este sentido autores como BAYLOS Y GRAU, A./TERRADILLOS BASOCO, J. Derecho Penal del Trabajo, Trotta, Valladolid, 1997, p. 134; TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores II: artículos 314, 315, 316 y 317 del Código Penal», en DEL ROSAL BLASCO, B., Empresa y Derecho Penal I, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 415; FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «Artículo 314», en COBO DEL ROSAL, M., (director), Comentarios al Código Penal. Segunda Época. Tomo X (Vol. I), Libro II, Títulos XIV, XV y XV bis, de los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social y contra los derechos de los trabajadores y extranjeros (artículos del 305 al 310 y del 311 al 318 bis) CESEJ, Madrid, 2006, p. 363; BAJO FERNÁNDEZ, M/BACIGALUPO SAGGESE, S. Derecho Penal Económico, 2.ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2010, p. 696; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Artículo 314 del Código Penal», en GÓMEZ TOMILLO, M., (dir.), Comentarios al Código Penal, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 1224.

⁴⁸ Se ha considerado que sería conveniente la eliminación de la referencia al empleo público, pues teniendo en cuenta la especial protección del valor no ser discriminado en el ámbito del empleo público, los posibles casos de discriminación en esta esfera, tienen todos los medios garantistas necesarios para poder evitarlos o bien rectificarlos.

da por otras personas, pero la no erradicación de la situación de desigualdad, cae siempre bajo la responsabilidad del empresario requerido o sancionado.

En este sentido, algunos autores ponen de manifiesto que «el tenor literal del artículo 314 es terminante a la hora de poder afirmar con rotundidad que el que no restablece la situación de igualdad ha de ser el mismo sujeto que previamente ha producido el hecho discriminatorio inicial, pues no hay que olvidar que el precepto acumula ambas acciones al castigar a los que produzcan una grave discriminación en el empleo «y» no restablezcan la situación de igualdad, por lo que el sujeto activo solamente puede serlo quien realiza ambas conductas»⁴⁹.

3.2.B SUJETO PASIVO

En cuanto al sujeto pasivo, estando en presencia de delitos contra los trabajadores, la primera idea es que se trata del trabajador que es discriminado.

Esta deducción es en excesivo simplista, puesto que, el tenor del artículo hace referencia a acto discriminatorio «contra alguna persona», sin emplear el término trabajador. Esto nos lleva a considerar que se podría optar, como sujeto pasivo, por un concepto amplio de trabajador (por cuenta ajena, o funcionario), y tendrían cabida: «los sujetos que desean ejercer el derecho-deber de trabajar ya que y la generalidad de los supuestos de discriminación en el ámbito laboral se producen previamente a la contratación, es decir, en el momento de acceso al empleo⁵⁰, antes de convertirse el sujeto en trabajador activo los denominados «falsos autónomos» que son aquellos trabajadores que, de un modo encubierto, prestan un servicio por cuenta ajena aunque, oficialmente, trabajen por cuenta propia; así como los extranjeros que se encuentran en situación irregular en España»⁵¹.

⁴⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social.» Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020. P. 337.

⁵⁰ Debe comprender también los supuestos de discriminación en el acceso al empleo, en coherencia con el Convenio OIT núm. 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación.

⁵¹ TAPIA BALLESTEROS; P, «La Discriminación Laboral Análisis del Artículo 314 del Código Penal». Ed. Tirant Lo Blanch. 2014. p. 70.

Muy interesantes las apreciaciones de la autora con relación al sujeto pasivo individual y colectivo, en páginas siguientes, que se pueden sintetizar por su interés, en que el sujeto pasivo individual del delito, va a formar parte de un grupo marginado y de un colectivo marginado por sus especiales características ya sean físicas, ideológicas o sociales, que le restarán oportunidades; mientras en contraposición, el sujeto pasivo colectivo va a ser el grupo o la minoría al que el sujeto discriminado pertenece, todos ellos con características comunes, que los identifica a todos y donde un trato peyorativo a uno de ellos, supone la normalización de la discriminación y el detrimento para los demás.

3.3 Tipo Penal. Conducta típica

De la redacción del artículo 314 se infiere que deben concurrir dos requisitos (grave discriminación y no restauración de la situación de igualdad), para la comisión del delito. Estamos ante lo que la doctrina considera un delito integrado por un tipo de varios actos, en el que se describe un delito de comisión por omisión.

En primer lugar, producir una grave discriminación en el empleo, por las causas⁵² que marca la norma. La utilización del verbo «producir», es para los penalistas la conducta de un delito de resultado, aunque cualquier conducta no se puede considerar punible, solo la que reúna todos los requisitos marcados por la ley⁵³.

Con respecto a que la discriminación ha de ser grave⁵⁴, entendemos que se refiere al impacto negativo que produce en el derecho fundamental a «no ser discriminado», que da acceso a sancionar todas aquellas conductas discriminatorias, que menoscaban el derecho a la igualdad, con independencia de la gra-

⁵² El repertorio de causas de discriminación, pese a ser minucioso, ha omitido las relativas a la afiliación o al apoyo sindical y a la participación en una huelga. Para el artículo 315 CP, si la discriminación tiene su origen en razones sindicales y se produce a través de engaño o abuso de situación de necesidad, estaremos ante un concurso de normas en el que este último artículo devendrá prioritario por razones de gravedad de la pena y, previamente, de especialidad -pues el hecho discriminatorio está ínsito en este tipo de comportamientos atentatorios contra la libertad sindical y no constituye por ello rasgo específico del precepto que comentamos STC 90/1997.

⁵³ En relación a la conducta RODRÍGUEZ MONSERRAT, M; establece que «Los Tribunales han señalado que «consiste en originar y mantener una grave discriminación (producir y no restablecer la situación de desigualdad) en el empleo, público o privado. La discriminación supone una diferencia de trato laboral como consecuencia de la concurrencia de determinadas características en el sujeto discriminado que le distinguen de otros empleados o trabajadores, pero sin que justifiquen objetivamente la discriminación. Tales características son aquellas ya incluidas en el artículo 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores, que constituyen las causas o situaciones más frecuentes de ruptura injustificada de la paridad (ideología, religión o creencias, pertenencia a una etnia, raza o nación, sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, ostentación de la representación legal o sindical de los trabajadores, parentesco con otros trabajadores de la empresa o uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español) y que pueden provocar un tratamiento discriminatorio, si bien es imprescindible que diferencia empleada provoque un resultado discriminatorio desde el punto de vista objetivo, de manera que se perjudique el ejercicio de determinados derechos o el disfrute de ciertas ventajas o beneficios reconocidos o que se agraven las cargas laborales, y que quede plenamente acreditado el ánimo o móvil discriminatorio y la existencia de una arbitraria e irracional diferencia de trato». Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 2.^ª). Sentencia núm. 90523/2012 de 28 septiembre. Ponente: Ilmo. Sr. D Manuel Ayo Fernández. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección I.^ª) Auto núm. 1163/2010 de 2 junio. Ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 5.^ª). Sentencia núm. 4/2010 de 13 enero. Ponente: Ilmo. Sr. D Pascual Fabiá Mir. «Se constituye por tanto un listado *númerus clausus*». En «Análisis jurídico-penal del delito de discriminación laboral (art. 314 Código Penal)». La Ley Penal, n.º 162, mayo de 2023, Editorial La Ley, p. 3/11.

⁵⁴ La gravedad no tiene que ver con su perceptibilidad, con que sea manifiesta, sino que ha de medirse desde la entidad y la cantidad de las consecuencias de la discriminación en relación con el derecho fundamental.

vedad de los efectos que la actuación del empresario tenga, sobre los trabajadores considerados de forma individual⁵⁵. Esta es la razón por la que la doctrina penalista, ha cuestionado la necesidad de incluir o no la mención de «gravedad». El problema de interpretación del término «grave» ha llevado a considerar que resulta suficiente con centralizar la responsabilidad penal en la obstinación del empresario, revelada por la por la desobediencia, sin necesidad de añadir el adjetivo «grave» a la discriminación. Sin embargo, sigue considerando la doctrina, «en cualquier caso, parece que una discriminación calificada como muy grave por el ordenamiento laboral debe ser considerada típica en el orden penal solo si añade a la gravedad original la contumacia, representada por el hecho de desoír el requerimiento o la sanción administrativa»⁵⁶. En conclusión, la discriminación típica debe ser negativa y grave, «de mucha entidad e importancia, para lo que puede servir de referencia los criterios de valoración que brinda el Estatuto de los Trabajadores en relación con el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social»⁵⁷.

En segundo lugar, no restablecer la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa (con la exigencia de haber existido antes una sanción de carácter administrativo, que no se haya cumplido), reparando los daños económicos que se hayan derivado.

Con respecto a la conducta protagonista de este segundo requisito, consiste en una acción indicada o esperada, cuya omisión o incumplimiento supone la infracción de un deber⁵⁸. El no cumplimiento del deber de restablecimiento de la situación de igualdad ante la ley y la reparación de los daños económicos hace que nazca el tipo penal.

Se ha considerado que la fórmula que emplea el legislador es de difícil comprensión, «lo que no impide la consideración de que estamos ante un delito de omisión pura, desde el momento en que la norma del artículo 314 consiste en un mandato y la infracción de éste se agota en la pura inactividad del autor, dado que no se exige la causación de resultado alguno diferente de la mera omisión»⁵⁹.

⁵⁵ En este sentido SIERRA HERNÁNDEZ, E, «La represión penal de la discriminación laboral. Una necesaria revisión del artículo 314 del Código Penal», *op cit.*, p. 1401.

⁵⁶ TERRADILLOS BASOCO, J. M., y BOZA MARTÍNEZ, D. «El derecho penal aplicable a las relaciones laborales. Lecciones», *op cit.*, p. 108 ss.

⁵⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. «Derecho penal del trabajo», *op. cit.*, p. 328.

⁵⁸ TAPIA BALLESTEROS; P: «La Discriminación Laboral Análisis del Artículo 314 del Código Penal», *op cit.*, p. 284.

⁵⁹ RODRÍGUEZ MONSERRAT, M, en «Análisis jurídico-penal del delito de discriminación laboral (art. 314 Código Penal)», *op cit.*, p. 3/11.

La normativa de referencia que nos servirá para determinar el cumplimiento del requisito (requerimiento o sanción) será la LISOS y la Ley de la Jurisdicción de los Social.

Con relación al requerimiento o sanción administrativa⁶⁰, que exige el tipo penal, se afirma que no es una condición objetiva de punibilidad o de procedibilidad, sino un elemento típico, y así se establece que el artículo 314 requiere otro requisito más y es que no se restablezca la situación desigualdad ante la ley tras «requerimiento o sanción administrativa», reparando los daños económicos que se hayan derivado⁶¹.

El requerimiento corresponde a la Inspección de Trabajo, o al órgano jurisdiccional competente en materia de discriminaciones (o los organismos que puedan hacer ese tipo de requerimientos), puesto que solo ellos podrán declarar la existencia de forma oficial de un trato discriminatorio.

En definitiva, la finalidad es castigar la posición rebelde⁶² por parte del empresario, que supone prolongar los efectos del hecho inicial discriminatorio, prescindiendo de todas la actuaciones necesarios para deponer los efectos o actuando positivamente para mantenerlos.

Es opinión unánime de la doctrina⁶³ la consideración de que en la práctica, la exigencia de este requisito, es un obstáculo para la aplicabilidad del

⁶⁰ Como bien ha señalado la doctrina, no tiene sentido que el requerimiento previo solo pueda ser administrativo. El hecho que el adjetivo singular «administrativa», solo se pueda referir a la sanción, requiere que debe interpretarse la norma en un sentido comprensivo de los requerimientos judiciales (AP Madrid 13-1-10, EDJ 1786; en contra, AP Navarra 28-5-98, EDJ 12394; AP Baleares 24-3-17, EDJ 66426). No puede constituir requerimiento el que no proceda de la autoridad pública -p.e. el que proceda del trabajador o de un sindicato- (AP Madrid 13-1-10, EDJ 17861).

Un ejemplo de interpretación restrictiva lo encontramos en sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de diciembre de 2003 (rec. 2004/525), al no considerar que las maniobras del querellante constituyan una discriminación grave «ya que la dilación en el cumplimiento, hasta agotar la vía judicial laboral, no implica una desobediencia a la resolución judicial, ni por ello puede decirse que durante ese tiempo estuviera sometido a la desigualdad grave que alega y que no puede ser atribuida al querellado ni a la querellada, todo ello de conformidad con el artículo 314 del CP, ya que este precepto hace referencia expresa al no restablecimiento de la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa».

⁶¹ Para TERRADILLOS BASOCO, los problemas se han planteado en el carácter administrativo del requerimiento o sanción; y así destaca que «más relevante es la polémica sobre el significado y alcance, aquí, del adjetivo administrativa. Alguna sentencia entendió que va referido a los dos sustantivos, mientras que otras, apelando al sentido literal del precepto, subrayan que administrativa es adjetivo femenino singular que, por tanto, no puede calificar a dos sustantivos de género distinto, sino solo, en el caso, a la sanción; nunca al requerimiento, que, por tanto, puede tener otra naturaleza». En TERRADILLOS BASOCO, J.M., y BOZA MARTÍNEZ, D., «El derecho penal aplicable a las relaciones laborales. Lecciones». *op. cit.* p. 108.

⁶² Término que utiliza la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5.ª). Auto de 20 diciembre de 1999.

⁶³ RODRÍGUEZ MONSERRAT, M, en Análisis jurídico-penal del delito de discriminación laboral (art. 314 Código Penal), *op cit.*, p. 3/11.

precepto, al ser necesario de nuevo la denuncia al empresario y probar la discriminación y el incumplimiento establecido.

No podemos terminar este apartado sin hacer referencia a la reparación del daño económico y su cuantificación, pero también el momento en el tiempo en que se ha producido la situación de grave discriminación ya sea en el momento del acceso, durante la vigencia o en la extinción de la relación laboral. Y así, en la fase de acceso estaremos en presencia de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, si se produce constante el contrato o cuando se rompa la relación laboral se seguirán las normas establecidas por el ordenamiento laboral para la sanción de estas conductas.

La falta de reparación de daños económicos debe interpretarse como un requisito típico cuando tales daños existen y no, obviamente, como una restricción de las conductas discriminatorias a las que generen daños económicos⁶⁴.

3.4 Bien jurídico protegido

Ampliamente conocido por los juristas, incluso por los que estudiamos Derecho Penal hace muchos años, es un elemento al que siempre se recurre a la hora de describir los tipos delictivos.

El bien jurídico protegido desde el punto de vista general, es por un lado el interés del Estado a que se respeten las condiciones mínimas de vida profesional de los trabajadores, sin embargo se ha destacado por algunos autores, tras la lectura del precepto, que no se puede deducir un interés del Estado en que el empresario cumpla el requerimiento o la sanción, que le condena; se trata de sancionarle cuando no coloca al trabajador en la misma situación en la que estaba antes del hecho discriminatorio y « con ello, anular todos los efectos de la conducta discriminatoria»⁶⁵.

Por otro lado, están los derechos individuales del ciudadano derivados de su condición de trabajador, como la igualdad en las relaciones laborales, que impide la discriminación por las causas que establece el artículo 314, de tal forma que el bien jurídico protegido en este delito es la libertad ideológica, religiosa, racial, sexual, sindical, o lingüística de la persona (entre otras).

TERRADILLOS BASOCO, J. M., y BOZA MARTÍNEZ, D. «El derecho penal aplicable a las relaciones laborales. Lecciones», *op. cit.*, p. 103.

⁶⁴ En este sentido TAPIA BALLESTEROS; P: «La Discriminación Laboral Análisis del Artículo 314 del Código Penal», *op. cit.*, p. 291.

⁶⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. «Derecho penal del trabajo», *op. cit.*, p. 335.

Existen otras corrientes doctrinales que consideran que estamos en presencia de un delito antidiscriminatorio y a la vez protector de colectivo de minorías, «en todos los delitos antidiscriminatorios se protege siempre un bien jurídico supraindividual junto con otro individual, de tal modo que, aunque se produce una lesión en el bien jurídico concreto del sujeto que está siendo discriminado, de estas conductas también se derivan perjuicios en el conjunto de la sociedad»⁶⁶.

3.5 Penalidad

El castigo señalado por el artículo 314 del CP queda establecido en «serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses».

La modificación del texto, ha afectado a la pena de multa, antes establecida en de seis a doce meses, pero no a la pena de prisión, cuando se había considerado que la pena que el legislador señalaba para estos delitos, resultaba exigua.

Hay que destacar, con respecto a la penalidad, la imposibilidad de la tentativa. El comportamiento previo, (ese acto discriminatorio originario), que no ha llegado al mantenimiento de la conducta originaria, constituye una infracción⁶⁷.

3.5.A ALTERNATIVIDAD DE LA PENA

La mayor crítica manifestada a la redacción del artículo 314 del CP, ha sido sin duda, el carácter alternativo de la pena, «una pena de prisión» o «una pena de multa».

Es por ello, que, si el juez considera la opción de una pena privativa de libertad, lo más normal es que estos actos discriminatorios, queden impunes, pues como bien establece el artículo 80. 1 del CP «1. Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos»; mientras que, si la pena es la moneta-

⁶⁶ TAPIA BALLESTEROS, P: «La Discriminación Laboral Análisis del Artículo 314 del Código Penal» *op. cit.*, p. 263.

⁶⁷ TERRADILLOS BASOCO, J. M., y BOZA MARTÍNEZ, D. «El derecho penal aplicable a las relaciones laborales. Lecciones», *op. cit.*, p. 107.

ria, es posible que sea menos costosa que si se tratase de una sanción de carácter administrativo⁶⁸.

Incluso, la doctrina cuestiona la discrecionalidad del juzgador⁶⁹, a la hora de especificar la pena, ya que no se señala en la norma los supuestos en los que se debe imponer la pena de multa o la de prisión.

Para la doctrina, «Se provoca que en los casos donde se decida la suspensión de la pena privativa de libertad, si esta es la impuesta, no subsiste otro tipo de sanción, puesto que la multa es alternativa y no cumulativa con ella. Y en aquellos supuestos donde la multa sea la pena escogida por el Juez, esta puede ser muy inferior a la sanción pecuniaria que le correspondería al sujeto activo por la sanción administrativa»⁷⁰.

Todas estas circunstancias llevan a considerar, como se apuntará en las conclusiones, que uno de los aspectos de reforma de este artículo debe ser el establecimiento de las penas, de manera que ambas (la privativa de libertad y la pecuniaria), tengan carácter acumulativas, considerando, incluso, que la pena privativa de libertad debería de agravarse, de tal forma que su cumplimiento sea efectivo⁷¹. De esta manera, se le daría al juez el margen necesario para que individualizase la pena, según las circunstancias específicas de cada caso, considerando si se ingresa en prisión o no, existiendo en todo caso el pago de la multa.

IV. APLICABILIDAD EFECTIVA DEL ARTÍCULO 314 DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL. JURISPRUDENCIA

En párrafos anteriores hemos censurado algunos de los aspectos de esta norma, por presentar carencias que dificultan la viabilidad de la misma en su actual redacción.

Pero aún quedan aspectos que criticar, que no se pueden quedar en el tintero.

⁶⁸ A este tema nos hemos referido anteriormente.

⁶⁹ Para autores como LANDA GOROSTIZA, propone una interpretación del artículo 314, en el que la pena de prisión se reserve para los casos de mantenimiento de la situación discriminatoria en el ámbito del empleo público, reservando la de multa para los supuestos producidos en el privado. Cree que es factible distinguir en la redacción del precepto dos infracciones penales y dos sanciones paralelas. Considera cuando el legislador establece «en el empleo, público o privado» y, después, «pena de prisión [...] o multa «lo que intenta es adjudicar a cada uno de los ámbitos en los que se puede producir la discriminación una pena concreta, de manera que es alternativo tanto el ámbito de aplicación del delito como la pena a imponer.

LANDA GOROSTIZA, J. M., La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal, Comares, 2001, pp. 161 ss.

⁷⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. «Derecho penal del trabajo», *op. cit.*, p. 328.

⁷¹ Por ejemplo, una pena de prisión de seis meses a tres años.

Nos estamos refiriendo a su aplicación, puesto que la norma exige una serie de requisitos⁷², que en la mayoría de los casos van a suponer que los trabajadores, no presenten una demanda ante la jurisdicción penal, y de hacerlo «dificultarán la aplicación de la sanción». A día de hoy no se ha dictado ninguna sentencia que condene la conducta tipificada en este delito, lo que pone de manifiesto la confusa normativización de la discriminación laboral y por ende la necesidad de una revisión.

La doctrina penalista⁷³ señala que los problemas de aplicación se pueden recapitular en las siguientes observaciones:

a) La importancia que la prohibición de discriminación tiene en la regulación laboral.

b) El hecho de que sólo pueda calificarse como discriminación los tratamientos desiguales carentes de justificación objetiva y razonable.

c) La oposición entre el principio pro-operario y el principio in dubio pro reo.

d) La redacción típica que lleva al extremo el principio de subsidiariedad del Derecho penal, ya que la conducta sólo será delictiva cuando el sujeto se niegue a restablecer la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa.

Pocas han sido las demandas presentadas en aplicación del 314 del CP, pero en ninguna de ellas los órganos juzgadores, han estimado la existencia de los elementos que constituyen el tipo penal.

Sin embargo sí que resulta conveniente⁷⁴ la consulta de los pronunciamientos, «para entender por qué la vía penal no es la adecuada para resolver las demandas planteadas puesto que en todos los casos los hechos que se denuncian no tienen cabida en el hecho delictivo descrito por lo que se inadmiten las querellas planteadas».

⁷² Este delito requiere: a) un acto de discriminación en el empleo, b) la concurrencia de uno de los móviles discriminatorios descritos en la ley que, de la misma manera que el artículo 22.4 CP, no abarcan todas las formas de discriminación, 3) una intervención previa de la administración con un requerimiento o sanción administrativa al empleador, 4) que este último no restablezca las condiciones de igualdad ante la ley tras dicho requerimiento o sanción, 5) y por último, que no repare los daños económicos causados. Tan solo cuando se cumplan todos los requisitos la conducta será penalmente reprochable.

⁷³ CORCOY BIDASOLO, M, en «Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores», Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2, 2003, pp. 100 ss.

⁷⁴ Tal y como señala SIERRA HERNÁNIZ, E: «La represión penal de la discriminación laboral. Una necesaria revisión del artículo 314 del Código Penal», *op. cit.*, p. 1403.

Cita las sentencias de AP de Madrid, núm. 689, de 17 septiembre de 2010, y la de AP de Valencia núm. 623, de 16 septiembre de 2015.

Para la interpretación jurisprudencial hemos de partir del principio intervención mínima del derecho penal dado su carácter residual y de última ratio⁷⁵; en el supuesto del artículo 314, se exige que exista un requerimiento o sanción administrativa para reparar los daños económicos, lo que se convierte en una exigencia previa o cautelar para la aplicación de dicho precepto.

Existen, desde luego, numerosas sentencias de los órganos jurisdiccionales sociales, basados en las causas de discriminación, (que recoge el artículo 314 del CP) construyendo sus fundamentos jurídicos en base a lo establecido en los artículos 4.2 y 17 del Estatuto de los Trabajadores y con remisión a lo establecido en la Constitución Española, pero no hay registros hasta la fecha de sentencias condenatorias por aplicación de la norma penal referida. Podemos considerar, sin arriesgarnos demasiado, que estamos ante un claro ejemplo de lo que se denomina derecho penal simbólico, esto es, tipos penales reconocidos por el ordenamiento jurídico, que únicamente tiene el fin de actuar como un «placebo» desde el punto de vista social, pero que no se han aplicado y es difícil que lo sean. Incluso la doctrina penalista cree que el artículo 314, «sigue la estructura propia de una norma penal en blanco⁷⁶ por lo que la gravedad de los resultados discriminatorios vendrá descrita en la normativa laboral: serán aquellas actuaciones que descritas como infracciones graves o muy graves en el ordenamiento laboral, público o privado»⁷⁷.

Este hecho advierte de la confusa tipificación de la prohibición de discriminación laboral y de la necesidad de su revisión.

Y hacemos referencia a «sentencias condenatorias» puesto que, sí hemos encontrado algunas de Audiencias Provinciales en las que se absuelve al empresario del delito contra los derechos de los trabajadores del 314, como se puede comprobar en Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 4/2010, de 13 de enero, en la que a lo largo de los Fundamentos de Derecho se van desgranado y descartando los elementos típicos del ilícito penal

⁷⁵ De acuerdo con la jurisprudencia del TS este principio tiene un doble significado. Uno se vincula a los supuestos en los que debe aplicarse y otro a las posibles sanciones.

Esto es: a) la aplicación del Derecho Penal es la última opción para la solución del conflicto. La intervención mínima significa que no existe en el ámbito jurídico ningún otro instrumento que resulte menos lesivo. Y b) las sanciones que se apliquen están limitadas a lo indispensable, a las consecuencias menos gravosas.

⁷⁶ Las leyes penales en blanco, son normas que necesitan ser complementadas, porque prevén la sanción, pero para completar el presupuesto hay que acudir a otras disposiciones del Ordenamiento Jurídico-

⁷⁷ TAPIA BALLESTEROS; P: «El delito de discriminación laboral (art. 314 CP): ¿ejemplo de una deliberada técnica legislativa deficiente» Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal núm. 55/2019 parte Análisis doctrinal. Cuestiones de Penal Sustantivo. Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor. 2019.

que llevan a la no condena del demandado. Así, en el Fundamento Derecho Segundo se establece: «La acción consiste en originar y mantener una grave discriminación (producir y no restablecer la situación de desigualdad) en el empleo, público o privado. La discriminación supone una diferencia de trato laboral como consecuencia de la concurrencia de determinadas características en el sujeto discriminado que le distinguen de otros empleados o trabajadores, pero sin que justifiquen objetivamente la discriminación. Tales características son aquéllas ya incluidas en el artículo 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores, que constituyen las causas o situaciones más frecuentes de ruptura injustificada de la paridad (ideología, religión o creencias, pertenencia a una etnia, raza o nación, sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, ostentación de la representación legal o sindical de los trabajadores, parentesco con otros trabajadores de la empresa o uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español) y que pueden provocar un tratamiento discriminatorio, si bien es imprescindible que la diferencia empleada provoque un resultado discriminatorio desde el punto de vista objetivo, de manera que se perjudique el ejercicio de determinados derechos o el disfrute de ciertas ventajas o beneficios reconocidos o que se agraven las cargas laborales, y que quede plenamente acreditado el ánimo o móvil discriminatorio y la existencia de una arbitraria e irracional diferencia de trato».... «la mera discriminación en el empleo, sin más, no basta para que se cometa el delito, pues el precepto exige que venga acompañada de un requerimiento o sanción administrativa y que el requerimiento haya sido desoído (no restablecimiento de la situación de igualdad ante la ley, reparando los daños económicos), con lo que se trata de reservar el castigo penal sólo para los casos contumaces, en los que, a pesar de haberse detectado el trato desigual, se hace caso omiso a las intimaciones administrativas».

Tercero. «En la conducta enjuiciada, observamos, ante todo, que no ha habido ese requerimiento o sanción administrativa sin el que no cabe la aplicación del artículo 314 del Código Penal»... «Extender el concepto de requerimiento al de cualquier naturaleza supondría, efectivamente, como se dice en la antes citada sentencia de 9 de noviembre de 2005, de la Audiencia Provincial de Asturias, una interpretación extensiva del tipo penal, que conculcaría la función garantizadora que está llamado a cumplir en el Derecho Penal (vid. STC 133/1987 y 137/1997, de 21 de julio ambas), pues los jueces en su tarea exegética han de abstenerse de realizar interpretaciones extensivas y, menos aún, analógicas, en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal (vid. STS 670/2006, de 21 de junio)».

Cuarto. «La ausencia de requerimiento o sanción ya bastaría para excluir la comisión del delito, por no concurrir uno de los requisitos esenciales del tipo...»

Frente a las sentencias penales absolutorias, sí que hay muchas laborales condenatorias, recientes y mediáticas en las que los empresarios han incurrido en discriminación con sus trabajadores. Como ejemplo y por la actualidad de la discriminación por edadismo señalar, el auto de la Sala Social del Tribunal Supremo de 13 de septiembre del 2023 ⁷⁸, suscrito por el magistrado Ignacio García-Perrote, que declara la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina, por parte de Huawei Technologies España, SL, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 20 de octubre de 2022. El Supremo declara la firmeza de la sentencia donde queda constatada la existencia de una vulneración de derechos fundamentales, al discriminar por edad a un trabajador al que despidió esta multinacional. El fallo del TSJ de Madrid corroboraba la sentencia del Juzgado de lo Social 42 de Madrid de 23 de noviembre del 2021 donde la jueza indica que existe una política discriminatoria sistemática por edad, ordenada desde la mercantil como señala el juez en los hechos probados, al admitir el director de operaciones que, «se necesitaba de gente con profundos conocimientos técnicos en materia informática y de comunicaciones siendo más fácil encontrar estos perfiles entre la gente joven».

Podríamos seguir enumerando, aunque no es el objeto de esta investigación.

VI. CONCLUSIONES

Muchas son las dudas que el artículo 314 del Código Penal, plantea a la doctrina, fundamentalmente penalista.

Pretende el precepto hacer frente a las conductas más graves en el ámbito laboral. La técnica legislativa que utiliza (tan deficiente técnica legislativa que provoca la nula aplicación del tipo penal desde su nueva formulación), consiste en no penar el trato discriminatorio con irregularidad en las condiciones impuestas al discriminado, ni de castigar sin más la discriminación (que se mantiene como una infracción administrativa), y sí sancionar la obstinación en la misma o en sus efectos, tras requerimiento o sanción administrativa. Dispo-

⁷⁸ Rec. 214/2023.

ne un tipo penal que supone una desobediencia, (aunque no es doctrina pacífica pues, hay autores que consideran el delito de discriminación laboral como un delito de comisión por omisión *sui generis*, de resultado, de varios actos y autónomo –y no de desobediencia, como algunos autores defienden), o una contumacia en la conducta, que transforma una mera sanción administrativa en un delito.

Aunque el legislador penal ha hecho una apuesta por el reconocimiento y la garantía del derecho a que el trabajador no sea discriminado, el resultado no puede ser la inaplicabilidad del precepto.

Es por ello que debe ser objeto de modificación legislativa todas aquellas circunstancias que llevan a la ineficacia del artículo 314 del Código Penal.

Entre ellas y como se ha establecido en el texto se señalan:

a) La necesidad de revisar el catálogo de las causas sospechosas de discriminación, suprimiendo algunas (como el uso de una lengua oficial dentro del Estado...) y reformulando y precisando otras (la expresión ideología incluiría ideas religiosas, políticas...).

b) La supresión de la «cláusula de requerimiento o sanción administrativa». Es quizás el mayor problema para la aplicabilidad del tipo delictivo.

c) Las penas que se establezcan deberán ser acumulativas, la pecuniaria y la privativa de libertad, y con respecto a esta última deberá ser más grave para así permitir el cumplimiento efectivo de la misma.

La reforma de este tipo penal se hace imprescindible, si se quiere trasladar a la conciencia de la sociedad que la gravedad de los tratos discriminatorios en el ámbito laboral, tienen una manifestación legal en el ámbito penal, con una redacción adecuada que permita su aplicación a los casos más graves de discriminación en el ámbito laboral y que supongan la cesación de esas prácticas.

BIBLIOGRAFÍA

- ABADÍAS SELMA, A.: «El Derecho Penal frente a la discriminación laboral algorítmica». Ed. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023
- AGUILERA IZQUIERDO, R.: «La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022» Ed. BOE 2023.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: «Tratado de Derecho Penal. Parte Especial (I) Delitos contras las personas «4.ª Edición Tirant lo Blanch 2024.

■ LOS DELITOS LABORALES

- BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: «Derecho Penal Económico», 2.^a ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2010.
- BALLESTER PASTOR, M. A.: «Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género». Ed. Universitat de València 2017.
- BAYLOS Y GRAU, A./TERRADILLOS BASOCO, J. «Derecho Penal del Trabajo». Ed. Trotta, Valladolid, 1997.
- CABEZA PEREIRO, J; VIQUEIRA PÉREZ, C.: «Igualdad y no discriminación laboral tras la Ley 15/2022» Ed. Aranzadi, 2023.
- CORCOY BIDASOLO. M.: «Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores», Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2, 2003, pp. 100 ss.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: «Artículo 314 del Código Penal», en GÓMEZ TOMILLO, M., (dir.), «Comentarios al Código Penal», 2.^a ed., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.
- «Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social.» Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: «La Lucha contra la discriminación en el acceso al empleo mediante el currículum vitae anónimo» IUSLabor Revista d'anàlisi de Dret del Treball, n.º 1, 2019.
- FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: «Artículo 314», en COBO DEL ROSAL, M., (director), «Comentarios al Código Penal. Segunda Época». Tomo X (Vol. I), Libro II, Títulos XIV, XV y XV bis, de los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social y contra los derechos de los trabajadores y extranjeros (artículos del 305 al 310 y del 311 al 318 bis). Ed. CESEJ, Madrid, 2006.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: «¿Por qué no se aplica el Artículo 314 CP? Algunas reflexiones sobre la ineficiencia del delito de discriminación laboral», en Revista técnico laboral, Vol. 37, núm.º 145, 2015, pp. 517-524
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los delitos contra los derechos de los trabajadores.: lo que sobra y lo que falta», en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, núm. LVII, 2004.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., «La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal». Ed. Comares, 2001.
- MALDONADO MONTOYA, JP.: «Discriminación por razón de identidad y expresión de género en las relaciones laborales.» Revista Española de Derecho del Trabajo, núm.º 262, 2023.
- MORILLAS CUEVA, L. «Capítulo 35 Delitos contra los derechos de los trabajadores» en MORILLAS CUEVA, L. Sistema de Derecho penal.: Parte especial. 3.^a Edición revisada y puesta al día. Dykinson, 2019.
- NARVÁEZ BERMEJO, M. A.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social». Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- POMARES CINTA, «El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- RODRÍGUEZ MONSERRAT, M.: «Análisis jurídico-penal del delito de discriminación laboral (art. 314 Código Penal)». *La Ley Penal*, N.º 162, mayo de 2023, Editorial La Ley, pp. 1-11.
- RODRÍGUEZ PADRÓN, P. O.: «La alteración de la salud del trabajador como factor de discriminación en las relaciones laborales.: discapacidad y enfermedad». *Revista Atlántida*, 11; diciembre 2020, pp. 145-162.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.:» La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo». Ed. Aranzadi 2020.
- SIERRA HERNÁIZ, E.: «La represión penal de la discriminación laboral. Una necesaria revisión del artículo 314 del Código Penal». En «Un modelo integral de Derecho penal.: libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo». Coord. por Vicente Valiente Ivañez, Guillermo Ramírez Martín; Víctor Gómez Martín (dir.) Carolina Bolea Bardón (dir.) José Ignacio Gallego Soler (dir.) Juan Carlos Horttal Ibarra (dir.) Ujala Joshi Jubert (dir.), Mirentxu Corcoy Bidasolo (hom.) ED. BOE Vol. 2, 2022, pp. 1399-1407.
- TAPIA BALLESTEROS, P.: «La Discriminación Laboral Análisis del Artículo 314 del Código Penal». Ed. Tirant Lo Blanch. 2014.
- «El delito de discriminación laboral (art. 314 CP): ¿ejemplo de una deliberada técnica legislativa deficiente» *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 55/2019 parte Análisis doctrinal. Cuestiones de Penal Sustantivo. Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor. 2019.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores II»: artículos 314, 315, 316 y 317 del Código Penal», en DEL ROSAL BLASCO, B., «Empresa y Derecho Penal I». Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999,
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., y BOZA MARTÍNEZ, D.: «El derecho penal aplicable a las relaciones laborales. Lecciones». Editorial Bormazo, Albacete, 2017.

ACOSO LABORAL (CP ART. 173)

DAVID MONTOYA MEDINA

Profesor Titular (acreditado Catedrático) de la Universidad de Alicante

SUMARIO: I. Introducción.–II. El acoso laboral: marco normativo. 1. El marco normativo internacional. 2. El marco normativo estatal.–III. El acoso laboral: concepto y tipología.–IV. Presupuestos sustantivos del acoso laboral. 1. Las conductas hostiles constitutivas de acoso. 2. La reiteración de la conducta. 3. En el lugar de trabajo o con ocasión del trabajo. 4. Menoscabo a la dignidad del trabajador.–V. Elementos adjetivos del acoso laboral.–VI. El tipo penal de acoso laboral. 1. Planteamiento. 2. El bien jurídico protegido. 3. Caracterización jurídica del delito de acoso laboral. A) La conducta infractora. B) La gravedad de la conducta. C) Elemento relacional. D) La pena. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 173.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP) impone una pena de prisión de seis meses a dos años a las personas que «en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima».

La norma tipifica así el delito de acoso laboral. Dicha tipificación trae su origen e en la reforma introducida en el CP por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modificó dicho texto legal. Su artículo 1.38.º introdujo dos nuevos párrafos en el artículo 173.1 CP con objeto de dar relevancia jurídico-penal al mobbing o acoso laboral y al también ahora tipificado acoso inmobiliario.

Con anterioridad a dicha reforma, si bien el delito de acoso laboral no se encontraba tipificado en la legislación laboral, podía ser reconducible al tipo genérico de delito contra la integridad moral (art. 173.1 CP) o al delito de lesiones psíquicas (art. 147 CP) ¹.

El presente capítulo tiene por objeto efectuar un análisis dogmático del delito de acoso laboral tipificado en el artículo 173.1 CP. Como es sabido, el acoso laboral en tanto comprende un amplio espectro de conductas pluriofensivas, constituye una figura social compleja y poliédrica que viene suscitando interés no solamente desde el ámbito del Derecho sino también, y en especial, de la prevención de riesgos laborales, la medicina, la sociología, la psicología del trabajo y la organización de empresas, entre otras disciplinas. Desde el prisma del Derecho, el acoso laboral, como fenómeno organizacional de claro carácter social, viene, desde hace mucho tiempo, constituyendo el foco de atención de la doctrina iuslaboralista. En este sentido, no son pocos los estudios que vienen dando cuenta de aspectos tales como la acotación conceptual y el alcance de esta figura, su tipología, las actuaciones que pueden ser constitutivas de la misma y su delimitación frente a aquellas otras que no lo son.

Tampoco son escasos en el ámbito del Derecho del Trabajo las aportaciones que ponen luz a los distintos ámbitos de protección que brinda la legislación laboral a los trabajadores frente al acoso. En este sentido, puede distinguirse dos ámbitos de tutela jurídico laboral. Por una parte, la denominada tutela preventiva o cautelar constituida, fundamentalmente, por las normas de prevención de riesgos laborales y, en especial, por los protocolos de prevención y actuación frente al acoso laboral integrados en la planificación de la actividad preventiva. Por otra la tutela punitiva, reparadora o resarcitoria, integrada por el conjunto de acciones administrativas y judiciales que la víctima puede instar contra el responsable del acoso en orden a obtener el cese de la conducta hostil y, en el caso de las acciones judiciales, un resarcimiento económico, comprensivo de los daños y perjuicios y del daño moral ligado a la lesión de su derecho fundamental la integridad moral (art. 15 CE). Junto a dichos ámbitos de protección, también puede hablarse específicamente dentro de la tutela reparadora de una protección de Seguridad Social frente a los efectos lesivos del acoso, que pasa por la posibilidad para la víctima de causar derecho a una prestación de incapacidad temporal (art. 169.1.a) LGSS) o, en su caso de incapacidad permanente (art. 193 LGSS), la posible calificación como accidente de trabajo del daño a la salud sufrido por la víctima (art. 156.2.e) LGSS),

¹ Sentencia TS, sala 2.ª, 28 de octubre de 2010 (Rec. n.º 701/2010). Auto AP Barcelona 1 de marzo de 2011 (Rec. n.º 142/2011).

y el eventual reconocimiento al derecho al recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo (art. 164 LGSS).

En la práctica social, la tutela preventiva suele instarse por las víctimas cuando el acoso todavía se encuentra en una fase incipiente o de desarrollo inicial. La tutela punitiva o reparadora, representada por toda suerte de acciones administrativas y judiciales (laborales y penales) suele instarse cuando el acoso ya se encuentra en un estadio avanzado y, por consiguiente, es tarde para instar la tutela preventiva o no se pudo acudir a la misma por carecer la empresa de los procedimientos pertinentes para ello. Como es lógico, con carácter general, lo recomendable para los trabajadores afectados es acudir siempre primero a los mecanismos de tutela preventiva pues suelen ser más resolutivos y eficaces, menos traumáticos psicológica y emocionalmente para los mismos, y menos costosos económicamente.

No resulta ocioso afirmar que la figura del acoso laboral, pese a revestir asimismo, como se ha visto, relevancia penal al constituir una de las conductas punibles tipificadas por el CP, constituye *ab origine* una institución netamente jurídico laboral. Dicha afirmación permite, a su vez, sostener de entrada que, si bien no todos los elementos definidores del tipo penal de acoso laboral permiten identificar toda conducta posible constitutiva de acoso, buena parte de dichos elementos son los mismos que dan carta de naturaleza a esta institución en el ámbito social. Es por ello por lo que no se puede abordar el estudio de este tipo penal sin tener previamente en cuenta el marco normativo que sustenta el acoso laboral en la legislación laboral vigente ni las aportaciones de la jurisprudencia social en torno a sus presupuestos característicos. Unos y otros han contribuido decisivamente a conformar el armazón del vigente delito de acoso laboral del artículo 173.1 CP.

Antes de adentrarse en la caracterización jurídico laboral y jurídico penal del acoso laboral, es conveniente advertir que existen dos variantes del mismo que, a su vez, son, asimismo, objeto de tipificación por el CP. Por una parte, el denominado acoso sexual, tipificado en el artículo 184 CP, dentro del título VIII del CP, dedicado a los delitos contra la libertad sexual². Por otra, el

² De acuerdo con los dos primeros apartados del citado precepto: «1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente, de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses. 2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o sobre persona sujeta a su guarda o custodia, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la

denominado acoso discriminatorio, esto es, el ejercido por razón de alguno de los factores de discriminación prohibidos en la Constitución y en la ley. Respecto de este último, no existe una tipificación legal expresa. Con todo, el artículo 314 CP, dentro del título XV dedicado a los delitos contra los derechos de los trabajadores, tipifica el delito de discriminación grave en el empleo³, dentro del cual tiene perfectamente cabida el acoso discriminatorio incluyendo, naturalmente, el acoso por razón de sexo. Comoquiera que dichos delitos son objeto de atención en otros capítulos de esta misma obra, se remite a los mismos su estudio y tratamiento.

II. EL ACOSO LABORAL: MARCO NORMATIVO

El acoso laboral no cuenta, como es lógico, con un marco jurídico unitario. Es por ello por lo que el operador jurídico ha de estar a un buen número de disposiciones normativas, de diverso origen y naturaleza que, de ordinario, son invocados por los tribunales con ocasión de los litigios que se suscitan en este ámbito.

1. El marco normativo internacional

En el marco internacional existen destacadas normas que explícitamente brindan un marco de tutela jurídica frente al acoso siendo objeto de desarrollo por la legislación interna. Así, por una parte, debe mencionarse el Convenio n.º 190 de la OIT, de 2019, sobre la violencia y el acoso. El Convenio ha sido ratificado por España y entró en vigor para nuestro país el 25 de mayo de 2023⁴. El preámbulo de esta norma, entre otras consideraciones, reconoce el derecho

pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses».

³ Conforme al citado precepto, «quienes produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su 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, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses».

⁴ Ratificado por el Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019 (BOE n.º 143, de 16 de junio de 2022).

a toda persona a «un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, incluidos la violencia y el acoso por razón de género», y, lo que es más importante todavía, cataloga las conductas constitutivas de acoso laboral como susceptibles de producir una «*violación o un abuso de los derechos humanos*»⁵.

El Convenio n.º 190 OIT, aparte de definir la «violencia y acoso por razón de género», ofrece un concepto de «violencia y acoso en el mundo del trabajo», cuya relevancia no hay que desdeñar ya que se trata del primer texto normativo que ofrece un concepto de acoso moral, pues el acoso de índole discriminatorio y el acoso sexual ya venía definido en normas precedentes tanto internacionales como nacionales. Su artículo 1.1 a) define la violencia y acoso en el mundo del trabajo como «un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género». Por lo demás, esta importante norma internacional contempla muy diversas obligaciones a adoptar por los Estados con objeto de prevenir y erradicar el acoso en el trabajo, así como para garantizar la aplicación de sus disposiciones y la existencia de vías de recurso y reparación adecuadas y eficaces (arts. 4 a 10 Convenio n.º 190 OIT).

En el ámbito europeo, se ha de mencionar el compromiso reconocido en el artículo 26 de la Carta Social Europea para la protección de los trabajadores frente al acoso sexual. También debe ser mencionado el Acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo, de 27 de abril de 2007, y comunicado por la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo el 8 de noviembre de 2007 (COM/2007/0686 final). El Acuerdo trae su causa de una consulta efectuada por la Comisión a los interlocutores sociales sobre la violencia en el lugar de trabajo y sus efectos en la salud y la seguridad en el trabajo. El mismo no tiene carácter normativo pero constituye una importante manifestación del diálogo social de los agentes sociales a nivel europeo que aspira, a su vez, a

⁵ Sobre el alcance de esta disposición internacional, cfr. MOLINA NAVARRETE, C. *Violencia y acoso de persecución sindical: nuevas perspectivas de tutela a la luz del convenio 190*. Bomarzo (Albacete), 2020. CORREA CARRASCO, M. y QUINTERO LIMA, M.^a G. *Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del convenio n.º 190 OIT en el marco del trabajo decente (ODS 3, 5, 8 de la Agenda 2030)*. Dykinson (Madrid), 2021, pp. 17 ss. PONS CARMENA, M. «Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190». Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, vol. 1, n.º 2, 2020. SIRVENT HERNÁNDEZ, N. «El derecho a un entorno de trabajo libre de violencia y acoso: nuevos desafíos a la luz del Convenio 190 OIT». Revista española de Derecho del Trabajo n.º 269, 2023. YAGÜE BLANCO, S. «Convenio 190 OIT sobre violencia y acoso: delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación por España». Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social n.º 57, 2020.

tener calado en los procesos de diálogo social y negociación colectiva de los Estados Miembros. El Acuerdo establece que el acoso se produce «cuando se maltrata a uno o más trabajadores o directivos varias veces y deliberadamente, se les amenaza o se les humilla en situaciones vinculadas con el trabajo» y la violencia «cuando se produce la agresión de uno o más trabajadores o directivos en situaciones vinculadas con el trabajo». Añade que ambas conductas tienen «la finalidad o el efecto de perjudicar la dignidad de la víctima, dañar su salud o crearle un entorno de trabajo hostil».

El Acuerdo marco pone claramente el acento en importancia de las políticas de prevención y tolerancia cero frente al acoso en las empresas. En este sentido, insiste en la necesidad de aumentar la sensibilización frente al acoso de todo el personal del centro de trabajo así como de proporcionar la formación necesaria para prevenir el acaecimiento de en la empresa este tipo de conductas. A tal efecto, el Acuerdo insta a las empresas a redactar una declaración de no tolerancia del acoso y la violencia y en la que se habrán de especificar los procedimientos a seguir en caso de incidentes.

También dentro del acervo comunitario, deben ser objeto de inexcusable mención un par de Directivas. Por una parte, la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Por otra, la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

La primera de las normas europeas citadas, como se sabe, tiene por objeto la interdicción de la discriminación en el empleo y en la ocupación por motivos de «religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual» (art. 1). Pues bien, su artículo 2 brinda a las víctimas de acoso la cobertura ofrecida por la tutela antidiscriminatoria al conceptuar el acoso por razón de alguno de los motivos aludidos como una actuación discriminatoria. Al tiempo, define el acoso discriminatorio como todo comportamiento no deseado, relacionado con alguno de dichos motivos, «que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»⁶. Por su parte, la Directiva 2006/54/CE, con una mecánica jurídica similar a la Directiva precedente, califica en su artículo 2.2.a) el acoso por razón de sexo y el acoso sexual como actuaciones discriminatorias. Asimismo, su artículo 2.1.c) define

⁶ Por su parte, el artículo 2.3 de la Directiva 2000/43/CE, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*, contiene un concepto idéntico de acoso discriminatorio por razón del origen racial o étnico de una persona.

el acoso por razón de sexo como todo «comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Su artículo 2.1.d) define el acoso sexual como «cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

Desde luego, no hay que desdeñar la importancia de la cristalización de estos conceptos jurídicos en las citadas normas europeas. Y ello, no solamente por su traslación, como se verá a continuación, en importantes normas internas sobre el principio de igualdad de trato y no discriminación. También porque han contribuido decisivamente a construir el concepto jurídico de acoso laboral, alumbrando la actuación de los tribunales tanto del orden social como del penal a la hora de determinar los presupuestos sustantivos que lo conforman.

2. El marco normativo estatal

Por lo que concierne a nuestro ordenamiento interno, son diversas las disposiciones legales que se refieren al acoso laboral ya se trate del acoso laboral común o sin adjetivos, el acoso discriminatorio o el acoso sexual.

Vaya por delante que el conjunto de dichas disposiciones legales encuentra claramente su fundamento en determinados derechos fundamentales de la CE cuya incidencia es evidente en los supuestos de acoso. Con carácter general hay que tener presente que la interdicción legal del acoso, en cualquiera de sus modalidades (acoso moral, acoso discriminatorio y acoso sexual) constituye una exigencia directamente ligada al reconocimiento y protección jurídica de la dignidad de la persona que, como se sabe, constituye el fundamento del orden político y de la paz social en nuestro Estado de Derecho (art. 10.1 CE). Por su parte, la tutela del acoso discriminatorio por cualquiera de los motivos prohibidos por la ley y por la propia CE tiene su fundamento constitucional, como es lógico, en el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE. La misma observación se puede hacer respecto del acoso sexual, toda vez que, como se ha visto, reviste la consideración jurídica de comportamiento discriminatorio. Con todo, tanto el acoso sexual como el acoso moral común suponen, al tiempo, una vulneración del derecho fundamental a la integridad moral del artículo 15 CE. Incluso, en estos casos, podría, a mi juicio, invocarse también la vulneración del derecho al honor que

reconoce el artículo 18 CE. Repárese, además, que las conductas constitutivas de acoso, en función de las circunstancias, pueden, al tiempo, resultar lesivas de otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE) o el derecho a la libertad religiosa y de creencias (art. 16 CE).

Resulta, cuanto menos, llamativo que, gozando tanto el acoso moral o sin adjetivos como el acoso discriminatorio y el acoso sexual de la misma protección jurídica constitucional por cuanto las tres modalidades enraízan la dignidad de la persona y otros derechos fundamentales reconocidos en la CE, existan en nuestro ordenamiento jurídico muchas más referencias explícitas a estas dos últimas modalidades de acoso que al acoso laboral común. Como ha advertido la doctrina, «resulta cuando menos paradójico que se haya regulado con anterioridad la especie que el género» ⁷.

En primer lugar, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, contiene multitud de referencias al acoso sexual y al acoso por razón de sexo que define y conceptúa como actos discriminatorios (art. 7), reproduciendo las previsiones de la Directiva 2006/54/CE. La norma atribuye legitimación procesal exclusiva a la víctima (art. 12.3), exige orientar la actuación de los poderes públicos hacia su erradicación (art. 14.5) y su integración dentro de las actuaciones de los Servicios de Salud para la protección, promoción y mejora de la salud laboral [art. 27.3.c)]. También dispone la integración obligatoria en los planes de igualdad de la prevención del acoso sexual y por razón de sexo (art. 46.2 1)), y exige a las empresas y a los representantes de los trabajadores la adopción de medidas para su prevención (art. 48), y a las Administraciones Públicas medidas efectivas de protección [art. 51.e)], incluida la aprobación de protocolos antiacoso [arts. 51.e) y 62)]. Algunas de estas previsiones son reiteradas en los artículos 12.1, 13.1 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual que, entre otras disposiciones legales, ha modificado en este ámbito la Ley Orgánica 3/2007 y el CP.

En segundo lugar, en cuanto al acoso discriminatorio por otros motivos distintos al sexo, el artículo 28 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, incorporó a nuestro ordenamiento jurídico el mismo concepto de acoso discriminatorio que introdujo la Directiva 2000/78/CE, así como su consideración jurídica como acto discriminatorio y, amén de reformar determinadas disposiciones legales (entre ellas, el

⁷ ALTÉS TÁRREGA, J. A. «La represión penal del acoso en el trabajo». Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social» vol. 2, n.º 1, 2021, p. 45.

propio ET) para reforzar la protección frente al mismo, efectuó un llamamiento a la negociación colectiva para introducir medidas de prevención frente al acoso discriminatorio (art. 42 Ley 62/2003). Por su parte, en fechas más recientes, el artículo 4 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación contiene un concepto de acoso discriminatorio prácticamente idéntico al de la Ley 62/2003 y Directiva 2000/78/CE, salvo por el hecho de referenciarlo a los factores de discriminación previstos por la misma: «nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (art. 2.1 Ley 15/2022).

La legislación laboral común sigue llamativamente esa criticable tendencia de focalizar la atención de forma prácticamente exclusiva en el acoso sexual y el acoso discriminatorio olvidando efectuar menciones explícitas a la necesaria protección jurídica frente al acoso moral común. En este sentido, el artículo 4.2.e) ET, tras las reformas introducidas por las citadas Ley 62/2003 y LO 3/2007, integra expresamente en el derecho de los trabajadores al respeto de su dignidad, la protección frente al acoso discriminatorio, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo pero nada dice sobre el acoso moral sin adjetivos. La misma mecánica se reproduce en el artículo 54.2.g) ET que, tras las reformas introducidas por esas mismas disposiciones legales, tipifica como causa de despido disciplinario el acoso discriminatorio, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Debido a la ausencia de mención legal expresa, las conductas constitutivas de acoso moral deben ser reconducidas bien a la transgresión de la buena fe contractual (art. 54.2.d) ET), bien a las ofensas verbales o físicas [art. 54.2.c) ET]. Algo parecido ocurre en la legislación administrativa del orden social cuando los artículos 8.13 y 8.13 bis TRLISOS tipifican, respectivamente, como infracción administrativa muy grave el acoso sexual, el acoso discriminatorio y el acoso por razón de sexo. Así las cosas, el acoso laboral común debe ser reconducido al tipo infractor genérico del artículo 8.11 TRLISOS que tipifica como infracción administrativa muy grave «los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores».

Adviértase, no obstante, que esa clamorosa ausencia de mención legal expresa al acoso laboral común en la legislación laboral estatal viene felizmente subsanada por la legislación procesal cuando se atribuye expresamente a la jurisdicción social competencia para conocer de las demandas sobre tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, «incluida la prohibición de la

discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios» [art. 2.f) LRJS]. En coherencia con dicha previsión, la ley procesal contiene diversas disposiciones concernientes al acoso laboral común como la inversión de la carga de la prueba en los procesos en que existen indicios de su existencia (art. 96.1 LRJS), la aplicación de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales para enjuiciar este tipo de asuntos (art. 177.1 LRJS) o la posibilidad de solicitar medidas cautelares en estos procesos (art. 180.4 LRJS). También la atribución al trabajador, en sede de ejecución de sentencia, de la opción por extinguir el contrato con derecho a indemnización «en los supuestos de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo» (art. 286.2 LRJS).

Curiosamente, la aludida clamorosa discordancia entre la legislación laboral sustantiva y la procesal cuando se trata de hacer referencia al acoso laboral no parece producirse en el ámbito del empleo público⁸. En este sentido, son muy diversas las referencias legales que efectúa el TREBEP a la hora de brindar a los empleados públicos la correspondiente tutela jurídica tanto frente al acoso sexual, el acoso discriminatorio como frente al acoso laboral común (arts. 14 h), 95.2 b) y 95.2 o) TREBEP)⁹. La excepción viene representada por el RD 247/2024, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos. Tal y como reza su título, dicho protocolo de actuación únicamente rige para los supuestos de acoso sexual y el acoso por razón de sexo, dejando criticablemente fuera de su ámbito de actuación tanto el acoso discriminatorio por factores distintos al sexo como el acoso laboral común.

Para terminar el presente epígrafe relativo al marco normativo interno, es conveniente detenerse en dos consideraciones adicionales. En primer lugar, en relación con la llamativa ausencia en la vigente Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, de toda mención expresa y específica al acoso laboral. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que, pese a constituir el acoso un fenómeno claramente organizacional sobre el que las normas

⁸ Sobre esta cuestión, cfr. más ampliamente CONDE COLMENERO, P. *El acoso laboral en el empleo público*. Granada (Comares), 2009.

⁹ Llama la atención que el TREBEP dedique dos apartados distintos para tipificar como falta disciplinaria grave el «*acoso moral*» (art. 95.2.b) TREBEP) y el «*acoso laboral*» (art. 95.2.o) TREBEP). Lejos de pensar que se trata de una reiteración innecesaria, pues son términos claramente sinónimos, lo más plausible es entender que la expresión «*acoso moral*» viene referida a los funcionarios públicos y la de «*acoso laboral*» al personal laboral.

internacionales y nuestra propia legislación exigen la adopción en la empresa de las medidas de prevención necesarias frente al mismo, nada señale al respecto la citada disposición legal. En nuestros días se encuentra de largo superada la concepción del acoso como un fenómeno de carácter subjetivo o interpersonal que no trasciende la esfera personal de los sujetos activos y pasivos que lo individualizan y que, como tal, solo puede ser erradicado con una respuesta reactiva de la empresa (despido o cualquier otra sanción). Hoy por hoy prima el enfoque prevencionista que concibe el acoso como un riesgo psicosocial más, derivado de la interacción de las personas con su entorno laboral inmediato y que, como tal, debe ser evaluado e incluido en la planificación de la actividad preventiva. Como ha señalado la doctrina, el principio de precaución exige identificar y evaluar los efectos potencialmente peligrosos del trabajo desde la perspectiva del daño ambiental aunque no haya una certeza fehaciente en sus posibilidades de acaecimiento¹⁰. No hay que olvidar que las importantes repercusiones sobre la salud laboral que puede comportar el acoso han determinado que éste constituya parte relevante de las iniciativas comunitarias sobre seguridad y salud en el trabajo así como de las Estrategias españolas de seguridad y salud¹¹.

En segundo lugar, en coherencia precisamente con la constatación anterior, cada vez con más intensidad, la autonomía colectiva incide en el acoso, en sus diversas variantes, ya no solamente con objeto de sancionar disciplinariamente las conductas constitutivas del mismo sino también para regular protocolos preventivos de actuación dirigidos a erradicarlo. Inicialmente la autonomía colectiva, en línea con la tendencia apreciada en la legislación estatal, ha venido preocupándose más de introducir protocolos frente al acoso sexual y frente al acoso discriminatorio. Con el paso del tiempo, sin embargo, también han hecho acto de presencia en los convenios colectivos protocolos de prevención frente al acoso laboral común. Dichos protocolos, por lo general suelen descansar en declaraciones de principios para reconocer el derecho de los trabajadores a un entorno libre de conductas hostiles o intimidatorias, en el establecimiento de códigos de conductas permitidas y prohibidas, y en el establecimiento de procedimientos internos para tramitar las reclamaciones laborales en este ámbito.

¹⁰ ALEMÁN PÁEZ, F. «Bases teóricas, fácticas y contra-fácticas del acoso moral e institucional». *Aranzadi Social* n.º 11, 2014, (edic online, BIB 2014/119), p. 3.

¹¹ MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R. «La consideración de la actitud pasiva empresarial ante el hostigamiento psicológico como incumplimiento preventivo y recargo de prestaciones en supuestos de laboralidad del mobbing». *Relaciones Laborales* n.º 11, 2010 (edic online, La Ley 4953/2010), pp. 8 y 9.

III. EL ACOSO LABORAL: CONCEPTO Y TIPOLOGÍA

Como se ha visto en las páginas anteriores, el acoso laboral común cuenta con escasas y puntuales referencias en la legislación laboral a diferencia de lo que acontece con el acoso sexual y el acoso discriminatorio.

En efecto, el acoso laboral común o *mobbing* no cuenta, como se ha visto, con norma estatal alguna que lo defina pese a tratarse de un fenómeno de creciente relevancia social que plantea una constante litigiosidad en la jurisdicción social y que, como se sabe, configura, asimismo, el tipo penal del artículo 173.1 CP.

Así las cosas, ante la ausencia de un concepto legal, los estudios efectuados sobre el acoso como fenómeno potencialmente lesivo para la salud han brindado conceptos de indudable valor y utilidad para el operador jurídico. Tal y como ha subrayado la doctrina constitucional, «el concepto de acoso laboral surgió en la psicología para abordar conjuntamente desde el punto de vista terapéutico situaciones o conductas muy diversas de estrés laboral que tienen de común que, por su reiteración en el tiempo, su carácter degradante de las condiciones del trabajo o la hostilidad que conllevan, tienen por finalidad o como resultado atentar o poner en peligro la integridad personal del empleado»¹².

Expresado en otros términos, la noción clínica de acoso laboral «es útil para el jurista en la medida en que constituye un instrumento de categorización jurídica de esta realidad social»¹³. La psiquiatra francesa Marie France Hiri-goyen, especializada en terapias para el acoso laboral definió este fenómeno como «cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo, o degradar el clima de trabajo»¹⁴.

Con la misma pretensión de utilidad para el operador jurídico, parece oportuno ensayar aquí un concepto propio de acoso moral, a partir de los vigentes conceptos legales de acoso sexual y acoso discriminatorio y de las aportaciones de la jurisdicción social en relación con las conductas que pueden ser constitutivas de acoso. Desde mi punto de vista, puede concebirse el acoso moral como toda conducta o conjunto de conductas hostiles, de carácter per-

¹² Sentencia TC 56/2019, de 5 de mayo.

¹³ NAVARRO NIETO, F. *La tutela jurídica frente al acoso moral laboral*. Aranzadi (Pamplona), 2007, p. 29.

¹⁴ HIRIGOYEN, M. F. *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*. Paidós Ibérica (Barcelona), 1998, pp. 43 y 44.

sistente, que se producen en el lugar de trabajo o fuera de este pero con ocasión de la prestación de trabajo, lesivas de la dignidad del trabajador, y susceptibles de causarle un daño a su salud.

De dicho concepto puede deducirse que el acoso moral cuenta con los siguientes presupuestos sustantivos cuya concurrencia, por lo general, permitirá concluir su existencia. En primer lugar, un elemento objetivo consistente en una conducta hostil o violenta de carácter continuo o reiterado. En segundo lugar, un elemento locativo o contextual, pues el acoso se ha de producir en el entorno laboral. Por último un elemento axiológico consistente en la lesión de la dignidad de la persona.

Junto a los presupuestos sustantivos del acoso laboral, puede hablarse de unos presupuestos adjetivos, esto es, elementos o factores que no lo definen pero que, ello no obstante, concurren en la mayoría de los supuestos que ofrece la casuística de las relaciones laborales y, asimismo, son objeto de ponderación por los tribunales para apreciar el acoso o las consecuencias lesivas inherentes al mismo. Dichos elementos adjetivos son, por una parte, un elemento subjetivo consistente en la existencia en el agente o sujeto activo de una intencionalidad de causar un daño a la dignidad de la víctima y, por otra, un elemento objetivo: la producción de un daño a la salud de la misma como consecuencia del acoso. Se volverá sobre ello, más adelante.

En cuanto a la tipología de acoso laboral, la doctrina científica¹⁵ y judicial¹⁶ distingue, en función del sujeto activo del acoso, entre acoso horizontal (producido entre compañeros de trabajo) y acoso vertical (cuando existe una relación jerárquica o de subordinación entre los sujetos activo y pasivo). El acoso vertical normalmente es descendente (*bossing*) pues el sujeto activo es un superior jerárquico de la víctima de acoso. Sin embargo, también puede producirse, aunque con menos frecuencia, el acoso vertical ascendente que es aquel es ejercido por un subordinado sobre su superior. Conviene adelantar que ambas modalidades de acoso (vertical y horizontal) gozan de la misma relevancia jurídico laboral. Sin embargo, en el orden penal, como se verá más adelante, el artículo 173.1 CP únicamente penaliza el denominado *bossing*, esto es, el acoso vertical descendente.

Asimismo hay que poner de relieve que, junto a las manifestaciones más comunes de acoso laboral, la irrupción de las nuevas tecnologías de la infor-

¹⁵ ARBONÉS LAPENA, H. I. *Acoso moral en el trabajo y su tutela preventiva*. Bomarzo (Albacete), 2014, pp. 36 y 37.

¹⁶ Sentencias TSJ Galicia 20, de marzo de 2024 (Rec. n.º 5592/2023) y 9 de julio de 2019 (Rec. n.º 1473/2019), TSJ Madrid, 6 de marzo de 2024 (Rec. n.º 709/2023) y TSJ Cantabria 29, de febrero de 2024 (Rec. n.º 899/2023).

mación y la comunicación han traído consigo una submodalidad de este fenómeno: el acoso moral cibernético, ciberacoso, acoso virtual o *ciberbullying*. Se trata de una tipología de acoso común en nuestros días, pero no por ello menos peculiar. Entre otros aspectos, plantea singulares dificultades en orden a la determinación e identificación del sujeto responsable que, con frecuencia, se aprovecha del anonimato que le brindan los medios electrónicos utilizados para realizar el acoso. También resultan particularmente lesivos los efectos sobre la víctima dada la facilidad e inmediatez de propagación y difusión de la conducta hostil¹⁷.

IV. PRESUPUESTOS SUSTANTIVOS DEL ACOSO LABORAL.

Para precisar un poco más la noción de acoso moral, antes de entrar en las características de su tipificación penal, debe detenerse la atención sobre los elementos sustantivos que la integran, así como sobre aquellos que si bien pueden concurrir en las actuaciones definitivas de acoso y, como tales, vienen, en ocasiones, siendo ponderados por los tribunales para apreciarlas, no resultan definitorios del acoso laboral. Los primeros vienen conformados por las conductas hostiles constitutivas de acoso, su reiteración, el hecho de que se produzcan en el lugar de trabajo o con ocasión de la prestación de trabajo y la lesión a la dignidad de la víctima. Por su parte, constituyen elementos adjetivos del acoso la intención lesiva del sujeto activo y la existencia de un daño a la salud de la víctima. Unos y otros serán objeto de estudio a continuación.

1. Las conductas hostiles constitutivas de acoso

La realidad social extraída de la praxis de las relaciones laborales ha puesto en evidencia que son muy diversas y variadas las conductas susceptibles de constituir acoso laboral pues dicho atributo es propio de las conductas pluriofensivas¹⁸. Es momento, por tanto, de ensayar un catálogo de este tipo de comportamientos dando cuenta, cuanto menos, de aquellos más comunes.

¹⁷ Sobre esta modalidad de acoso, cfr. DE VICENTE PACHÉS, F. *Ciberacoso en el trabajo*. Atelier (Barcelona), 2018. MOLINA NAVARRETE, C. *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*. La Ley (Madrid), 2019. ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A. «El ciberacoso en el trabajo como categoría jurídica». *Temas laborales* n.º 157, 2021, pp. 167 ss.

¹⁸ Sentencias TSJ Canarias 29 de septiembre de 2022 (Rec. n.º 989/2022) y TSJ Cataluña 22 de octubre de 2018 (Rec. n.º 4297/2018)

Desde el ámbito de seguridad y la salud laboral, ya tempranamente, se han descrito y catalogado este tipo de comportamientos hostiles constitutivos de acoso. En este sentido, las Notas Técnicas de Prevención n.º 476 y 854 han referido las siguientes: ataques a la víctima con medidas organizativas, ataques a las relaciones sociales de la víctima, ataques a su vida privada y a su actitud, agresiones verbales y amenazas de violencia física, descalificaciones y circulación de rumores sobre la víctima¹⁹. Tampoco faltan pronunciamientos de la doctrina judicial²⁰ y aportaciones de la doctrina científica²¹ dando cuenta pormenorizada de este tipo de conductas. Asimismo, resulta muy interesante el catálogo de conductas hostiles contenido en el anexo II del Protocolo de Actuación frente al Acoso Laboral en la Administración General del Estado²². Si bien dicho documento se circunscribe, naturalmente, al empleo público, resulta muy ilustrativo a estos efectos.

Del conjunto de las aportaciones anteriores, parece oportuno aquí presentar aquí una ordenación sistemática de las conductas típicas generadoras de acoso, sin perjuicio de que se puedan albergar otras distintas pues la casuística en este ámbito es muy rica. En cualquier caso, huelga decir que, con cierta frecuencia, las conductas constitutivas de acoso plantean serios problemas de prueba para el trabajador y no faltan los pronunciamientos de los tribunales en los que se desestima la pretensión del mismo, precisamente, por la insuficiencia de su actividad probatoria sobre las conductas hostiles constitutivas del acoso invocado²³.

1. Conductas que menoscaben la reputación profesional del trabajador. Puede constituir acoso el incumplimiento empresarial del deber de ocupación efectiva, no asignando al trabajador ningún trabajo o encomendándole trabajos de escaso valor o inútiles, trabajos de imposible realización o trabajos degradantes o, incluso, peligrosos o insalubres. También la descalificación conti-

¹⁹ INSHT: «El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing» (NTP 476, 1998), pp. 2 y 3. INSHT: «Acoso psicológico en el trabajo: definición» (NTP 854, 2009), p. 3.

²⁰ Sentencias TSJ Asturias 14 de febrero de 2014 (Rec. n.º 131/2014), TSJ Cataluña 22 de octubre de 2018 (Rec. n.º 4297/2018) y 27 de mayo de 2005 (Rec. n.º 9465/2004), TSJ Navarra 5 de marzo 2014 (Rec. n.º 47/2014) y 23 marzo 2004 (Rec. núm. 48/2004).

²¹ NAVARRO NIETO, F. *La tutela jurídica frente al acoso moral*, op. cit., p. 33. KAHALE CARRILLO, D. T. «Acoso laboral (moobing) diferencias con las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo». Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo n.º 9, 2008, pp. 201 a 203.

²² Resolución de 5 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, que aprueba y publica el acuerdo de 6 de abril de 2011 de la mesa general de negociación de la Administración General del Estado sobre el *Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado* (BOE n.º 130, de 1 de junio de 2011).

²³ Sentencias TSJ Cataluña 27 de febrero de 2024 (Rec. n.º 5759/2023), TSJ Castilla León, 15 de diciembre de 2013 (Rec. n.º 1806/2023), TSJ Asturias, 15 de noviembre de 2022 (Rec. n.º 2168/2022) y TSJ Murcia, 23 de junio de 2003 (Rec. n.º 761/2003).

nuada del trabajo realizado por el trabajador o el seguimiento y control persistente e incisivo sobre su actividad laboral, así como la marginación del trabajador de los cursos o seminarios organizados por la empresa limitando su promoción profesional. Asimismo, forman parte de este género de conductas la imputación continuada al trabajador de incumplimientos contractuales no probados²⁴. En el ámbito del empleo público, aunque también podría alcanzarse una conclusión semejante en el sector privado, se ha apreciado como acoso el sometimiento prolongado del trabajador a inactividad laboral sin que la Administración empleadora hubiese puesto en práctica el protocolo de protección frente al acoso existente en la misma²⁵.

2. Conductas que menoscaben la reputación personal del trabajador. También pueden constituir acoso todas aquellas actuaciones que persigan la ridiculización personal del trabajador: hacer circular rumores sobre su vida privada o costumbres, proferirle insultos o vejaciones, criticar su apariencia física, su forma de vestir o de hablar, sus creencias religiosas, imitar sus gestos, atribuirle problemas psicológicos o supuestas enfermedades mentales, etc 26.

3. Aislamiento del trabajador o restricción de su interacción social en la empresa. Es susceptible de constituir acoso la conducta consistente en destacar al trabajador en un puesto de trabajo aislado respecto del resto de la plantilla, sin posibilidad de interactuar con sus compañeros. Retirarle medios de trabajo como el teléfono o el ordenador que viniera utilizando habitualmente. También el hecho no interactuar con el mismo ni dirigirle la palabra, rehuir el contacto personal y/o recomendar al resto de la plantilla hacer lo propio. También pueden ser valoradas como conductas constitutivas de acoso la exclusión del trabajador del listado de correos electrónicos remitidos desde la dirección, o de la convocatoria a reuniones de trabajo o, incluso, el hecho de no convocarla a actividades sociales de la empresa junto al resto de sus compañeros²⁷.

4. Acciones hostiles directas. Desde luego, constituyen las manifestaciones más evidentes de acoso las conductas hostiles que representan acciones violentas directas contra el trabajador tales como proferirle insultos u otros ataques verbales o físicos, amenazas, coacciones, calumnias, o el hecho

²⁴ Cfr., entre otras, la sentencias TSJ Canarias, 12 de enero de 2023 (Rec. n.º 1555/2022), TSJ Asturias 30 de septiembre de 2016 (Rec. n.º 193/2016) y TSJ Galicia, 20 de octubre de 2014 (Rec. n.º 2878/2014).

²⁵ Sentencia TC 56/2019, de 6 de mayo.

²⁶ Sentencias TSJ Canarias, 19 de mayo de 2004 (Rec. n.º 2070/2003) y TSJ Cataluña 22 de octubre de 2018 (Rec. n.º 4297/2018).

²⁷ Sentencias TSJ Cataluña, 25 de mayo de 2023 (Rec. n.º 3384/2023), TSJ Galicia 20 de octubre de 2014 (Rec. n.º 2878/2014) y TSJ Comunidad Valenciana, 14 de febrero de 2017 (Rec. n.º 3616/2016).

de dirigirse al mismo con expresiones verbales hostiles, no respetuosas e inadecuadas²⁸.

A la vista está, por consiguiente, que, en cuanto a las conductas constitutivas de acoso, se pueden contemplar un amplio elenco. Ahora bien, conviene advertir, de entrada, que la doctrina judicial viene dando cuenta también de una amplia variedad de conductas que, si bien pueden resultar lesivas para el trabajador o, incluso, antijurídicas, no constituyen acoso.

Así, por ejemplo, no constituye acoso el ejercicio arbitrario del poder empresarial, pues mientras «con aquél el empresario suele simplemente buscar por medios inadecuados un mayor aprovechamiento de la mano de obra imponiendo condiciones de trabajo más favorables a sus intereses, con el acoso lo que se busca es causar un daño al trabajador socavando su personalidad. El interés organizativo de la empresa no se presenta en primer plano pues resulta obvio que la existencia de un clima hostil en el lugar de trabajo no lo procura, como tampoco la utilización del trabajador en actividades inútiles, irrealizables o repetitivas»²⁹.

Tampoco constituirían acoso las decisiones empresariales sobre las condiciones de trabajo que resulten desfavorables para el trabajador (v. gr. una modificación sustancial de condiciones de trabajo), ni el exceso de celo en la supervisión del trabajo por un superior, ni la presión ejercida por el superior jerárquico para la ejecución de las tareas de una forma o en un tiempo determinado³⁰.

Tampoco constituirían acoso aquellos contextos de conflictividad laboral donde se producen discusiones, por muy acaloradas que estas sean, sobre la forma de ejecución del trabajo. La doctrina constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en este sentido³¹. Asimismo, la doctrina judicial es abundante a la hora de sostener que las discrepancias laborales que no pueden enmarcarse en una conducta persecutoria ofensiva o degradante no constituyen acoso sino meros conflictos laborales³².

²⁸ Sentencias AP Alicante, sec. 2.ª, 20 de noviembre de 2018 (Rec. n.º 703/2018), TSJ Cantabria 29 de febrero de 2024 (Rec. n.º 899/2023) y TSJ Canarias, 27 de septiembre de 2016 (Rec. n.º 237/2016) y 19 de mayo de 2004 (Rec. n.º 2070/2003).

²⁹ Sentencia TSJ La Rioja 16, de noviembre de 2004 (Rec. n.º 277/2004).

³⁰ Sobre el particular, cfr. KAHALE CARRILLO, D. T. «Acoso laboral (moobing) diferencias con las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo», *op. cit.*, pp. 208 a 212.

³¹ Sentencia TC 81/2018, de 16 de julio (Fund. Jco. 4.º).

³² Sentencias TSJ Andalucía, 18 de enero de 2024 (Rec. n.º 112/2022), 1 de febrero de 2023 (Rec. n.º 18725/2022) y 27 de febrero de 2020 (Rec. n.º 1821/2019), Cataluña, 27 de octubre de 2004 (Rec. n.º 7893/2003) y 22 de octubre de 2018 (Rec. n.º 4297/2018), Madrid, 21 de mayo de 2018 (Rec. n.º 116/2018).

Junto a lo anterior, debe tenerse en cuenta que no siempre cualquiera de las conductas aquí mencionadas como generadoras de acoso, serán constitutivas del mismo, abstracción hecha de cuáles sean las circunstancias concurrentes, particularmente de la gravedad o virulencia de la conducta lesiva. Y es que no todo conflicto personal generado en la empresa ni siquiera toda conducta hostil o violenta puede catalogarse, sin más, como acoso moral. Para ello, es precisa la concurrencia de los siguientes elementos adicionales.

2. La reiteración de la conducta

La actitud hostil o de hostigamiento para constituir acoso debe ser continuada en el tiempo. El acoso requiere, por lo general, para su apreciación que la conducta hostil sea sistemática, reiterada y repetitiva.

No hay regla matemática pero con carácter general no constituyen acoso los ataques puntuales o esporádicos a la dignidad del trabajador, por graves que estos sean³³. Eso sí, una agresión breve en el tiempo pero intensa o particularmente grave puede, por hipótesis, constituir acoso³⁴. Por consiguiente, más que la duración habrá que ponderar todas las circunstancias concurrentes y, particularmente, la intensidad o gravedad de la conducta hostil.

3. En el lugar de trabajo o con ocasión del trabajo

Tal y como se ha tenido ya la oportunidad de señalar el acoso laboral exige que el hostigamiento se produzca en el lugar de trabajo o fuera de este, pero con ocasión de la prestación de trabajo. En este sentido, es perfectamente posible apreciar acoso laboral en aquellos supuestos en que éste se produce fuera del entorno de la empresa, pero en contextos relacionados con la empresa. Piénsese, por ejemplo, en el acoso llevado a cabo durante encuentros sociales habituales organizados por la empresa, o, incluso, en el acoso ejercido a través de las redes sociales que utilice la empresa de forma que la conducta hostil puede tener su impacto sobre la víctima incluso fuera de su entorno de trabajo.

³³ Sentencias TSJ Cataluña 23 de julio de 2019 (Rec. n.º 2014/2019) y TSJ Galicia 23 de noviembre de 2017 (Rec. n.º 3685/2017).

³⁴ Sentencias TSJ Andalucía 19 de diciembre de 2002 (Rec. n.º 4106/2002), TSJ Canarias 19 de mayo de 2004 (Rec. n.º 2070/2003), 22 de febrero de 2006 (Rec. n.º 819/2005) y 28 de marzo de 2007 (Rec. n.º 90/2007).

Por el contrario no se puede atribuir trascendencia laboral al acoso en aquellos supuestos en que la conducta hostil, aun produciéndose entre compañeros de trabajo o personas relacionadas laboralmente, no tiene incidencia en el ámbito laboral ni conexión funcional con el trabajo de la persona ofendida³⁵. Dicho contexto conduce, como es lógico, a la exoneración de responsabilidad empresarial por cuanto si el acoso se produce fuera del entorno laboral, el empresario pierde el control directivo y organizacional de la situación, no siéndole posible sancionar al presunto infractor³⁶.

En cuanto a los sujetos activos, por lo general, el acoso laboral típico es el ejercido por personas pertenecientes a la plantilla de la empresa, ya se trate del propio empresario, un encargado u otro trabajador. Sin embargo, la realidad pone de manifiesto que el acoso también puede ser ejercido por personas externas a la empresa, vinculadas al empresario por cualquier título (trabajadores de otras empresas, clientes, proveedores, etc)³⁷. Conviene no olvidar, en este sentido, que el artículo 177.1 LRJS atribuye legitimación activa al trabajador víctima de acoso para instar el proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas «contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios». Con todo, como se verá aquí, ese tipo de acoso laboral carece relevancia penal pues el artículo 173.1 CP únicamente penaliza «prevaliéndose de su relación de superioridad» el denominado acoso vertical descendente, esto es, el ejercido sobre el trabajador por un superior jerárquico.

4. Menoscabo a la dignidad del trabajador

Asimismo, la existencia de acoso se encuentra ligada a una lesión de la conducta hostil sobre la dignidad personal de la víctima o, cuanto menos, una voluntad del sujeto activo de atentar contra la misma.

La dignidad personal ha sido definida por la doctrina constitucional como «un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y

³⁵ Sentencia TSJ Castilla León, 26 de octubre de 2016 (Rec. n.º 1565/2016),

³⁶ Sentencia TSJ Andalucía, 22 de marzo de 2018 (Rec. n.º 2362/2017), si bien referida a un supuesto de acoso sexual.

³⁷ Cfr., por ejemplo, la sentencia TSJ Navarra, 18 de mayo de 2001 (Rec. n.º 134/2001) que contempla un supuesto en el que el acoso era ejercido por un conserje, funcionario de Ayuntamiento, sobre trabajadoras de limpieza pertenecientes a una empresa contratista de aquél.

que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás»³⁸. La ligazón de la dignidad personal con las conductas constitutivas de acoso, pese a su evidencia, viene reforzada por el tenor literal del artículo 4.2.e) ET cuando reconoce a los trabajadores el derecho «a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso...».

Conviene advertir que, en puridad, la dignidad de la persona no constituye un derecho fundamental pues no viene catalogada como tal en la CE sino como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 CE). Así las cosas, desde un plano formal, en los pleitos de acoso no puede invocarse, sin más, la tutela de la dignidad como un derecho fundamental más sino que habrá que ligarla a la lesión de un concreto derecho fundamental como el derecho a la integridad física (art. 15 CE), el derecho al honor o a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), el derecho a la no discriminación (art. 14 CE) o cualquier otro derecho fundamental. Y ello por cuanto el reconocimiento constitucional de dichos derechos se encuentra inspirado, a su vez, en el reconocimiento por el artículo 10 CE de los valores de respeto a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad³⁹.

V. ELEMENTOS ADJETIVOS DEL ACOSO LABORAL

Junto a los elementos constitutivos del acoso, existen otros que viene siendo ponderados por los tribunales para su apreciación pero que, si bien se mira, no deben resultar determinantes para concluir su existencia: por un lado, la intención del agente activo de erosionar la dignidad de la víctima y, con ello, producirle un daño, y, por otro, la efectiva producción a esta última de un daño a la salud.

Con respecto al primero de los elementos, ciertamente, con frecuencia los tribunales, a la hora de perfilar jurídicamente el acoso, ponderan que éste tenga por objeto la destrucción personal de la víctima y su expulsión de la empresa. De entre los distintos elementos que lo definen, los tribunales suelen referirse a la presencia de una intencionalidad denigratoria y la persecución de un fin lesivo por parte del sujeto activo⁴⁰. Sin embargo, a mi modo de ver, la

³⁸ Sentencias TC 53/1985, de 11 abril (Fund. Jco. 3.º), 212/2005, de 21 de julio (Fund. Jco. 4.º) y 66/2022, de 2 de junio (Fund. Jco. 4.º).

³⁹ Sentencia TSJ Canarias, de 28 de abril de 2003 (Rec. n.º 1460/2002),.

⁴⁰ Sentencias TSJ Galicia 20 de diciembre de 2021 (Rec. n.º 4120/2021), 7 de noviembre de 2022 (Rec. n.º 5218/2022) y 9 de diciembre de 2005 (Rec. n.º 5436/2005), TSJ Castilla la Mancha, 23 de junio de 2005 (Rec. n.º 945/2005), todas ellas, no obstante, concluyen en el supuesto de autos la inexistencia de acoso.

intencionalidad del agente no debe ser un elemento constitutivo del acoso. Y ello porque, por una parte, cuando el legislador ha definido el acoso, ha puesto el acento no en la intencionalidad o propósito final perseguido por el sujeto activo a través de su comportamiento hostil, sino en el tipo de conducta (intimidatoria, humillante u ofensiva) y en el resultado lesivo a la dignidad del trabajador. Por otra parte, debe recordarse la propia doctrina del Tribunal Constitucional que ha señalado que la intencionalidad, al ser un elemento subjetivo o psicológico de arduo control y, por tanto, de muy difícil, es irrelevante, bastando constatar un nexo de causalidad entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma (el atentado contra la dignidad del trabajador o contra un derecho fundamental)⁴¹.

Con respecto al segundo de los elementos aludidos, contemplado, asimismo, por los tribunales, (la producción de un daño a la salud del trabajador) reviste igualmente carácter adjetivo. Qué duda cabe, que el daño a la salud del trabajador, de existir, facilita mucho la cuantificación de la indemnización de daños y perjuicios que deba satisfacerse. Amén de que su existencia constituye un elemento probatorio más, de ostensible importancia, para formar la convicción del juzgador. Sin embargo, tampoco puede concebirse como un elemento determinante para la apreciación del acoso. De no ser así, carecerían de sentido y de viabilidad las acciones judiciales de tutela de derechos fundamentales que tuviesen por objeto, tal como previene el artículo 182.1.c) LRJS el cese inmediato del comportamiento antijurídico a fin de evitar, precisamente, la producción de un daño. Por no hablar, en el mismo sentido, de los protocolos internos de prevención y protección del acoso cuya finalidad, precisamente, es de clara naturaleza preventiva ya que se encuentran diseñados fundamentalmente para ser utilizados frente a supuestos de acoso incipientes en los que la conducta hostigadora todavía no ha alcanzado todo su potencial lesivo y resulta más viable prevenir la producción de un daño a la víctima.

La doctrina constitucional ha reparado en esto mismo. En relación concretamente al derecho a la integridad física del artículo 15 CE, normalmente ligado a las conductas constitutivas de acoso moral, se ha afirmado que en estos casos «no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la

⁴¹ Sentencias TC 56/2019, de 6 de mayo (Fund. Jco. 5.º c)), 225/2001, de 26 de noviembre (Fund. Jco. 4.º), 66/2002, de 21 de marzo (Fund. Jco. 3.º), 80/2005, de 4 de abril (Fund. Jco. 5.º), 12/2019, de 28 de enero (Fund. Jco. 5.º), 11/1998, de 13 de enero (Fund. Jco. 6.º), 124/1998, de 15 de junio (Fund. Jco. 2.º), 126/1998, de 15 de junio (Fund. Jco. 2.º).

lesión pueda llegar a producirse» 42. Por ello, en suma, lo decisivo no es la intencionalidad del agente ni que exista un daño a la salud del trabajador, sino que la conducta hostil sea suficientemente grave como para causarlo, algo que, naturalmente, deberá ponderar el juez. No faltan pronunciamientos de la doctrina en suplicación⁴³ ni de la doctrina científica⁴⁴ abonando esta misma conclusión.

En cualquier caso, téngase en cuenta que los para los tribunales la lesión de la dignidad del trabajador y del derecho fundamental vulnerado que se asocie a dicha lesión constituye, por sí misma, un daño moral y, como tal, un daño indemnizable, aunque no resulte acreditada por el trabajador una concreta lesión a su salud. En este sentido, el artículo art. 179.3 LRJS, pese a su redacción un tanto alambicada, distingue, en sede del proceso de tutela de derechos fundamentales, entre la indemnización de daños y perjuicios y la indemnización ligada a la lesión del derecho fundamental. Para la primera exige al demandante expresar en su demanda la cuantía de los daños y perjuicios solicitada y las circunstancias relevantes para su determinación incluyendo la duración, gravedad y consecuencias del daño o la base de cálculo de los perjuicios estimados. Sin embargo, el precepto deja expresamente a salvo de dicha exigencia la indemnización ligada al daño moral. Redunda en dicha conclusión el artículo 183.2 LRJS que, a propósito del daño moral, establece que «el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa».

En aplicación de estos preceptos la jurisprudencia ha razonado que, cuando se trata del daño moral ligado a la lesión de un derecho fundamental, como no existen parámetros que permiten traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño consiste, el demandante se ha de ver exonerado la de identificar las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización correspondiente a dicho daño⁴⁵. Por tanto, en relación con el daño moral no solo no es necesario que el demandante cifre su cuantía en la demanda.

⁴² Sentencias TC 221/2002, de 25 noviembre (Fund. Jco. 4.º), 220/2005, de 12 de septiembre (Fund. Jco. 4.º), 60/2007, de 2 de julio, 56/2019, de 6 de mayo (Fund. Jco. 5.º c) y 35/1996, de 11 de marzo (Fund. Jco. 3.º).

⁴³ Sentencias TSJ Andalucía, 4 de abril de 2019 (Rec. n.º 1012/2018) y 27 de noviembre de 2019 (Rec. n.º 2399/2018).

⁴⁴ MOLINA NAVARRETE, C. «La des-psicologización del concepto constitucional de acoso moral en el trabajo: ni la intención ni el daño son elementos del tipo jurídico». Revista de Derecho Social n.º 86, 2019, pp. 119 ss.

⁴⁵ Sentencias TS 5 de octubre de 2017 (Rec. n.º 2497/2015), 22 de febrero de 2022 (Rec. n.º 4322/2019), 9 de marzo de 2002 (Rec. n.º 2269/2019), 20 de abril de 2022 (Rec. n.º 2391/2019), 14 de noviembre de 2023 (Rec. n.º 1975/2021), 13 de abril de 2023 (Rec. n.º 1975/2021 y Rec. n.º 217/2021), 25 de abril de 2023 (Rec. n.º 334/2021) y 11 de julio de 2023 (Rec. n.º 243/2021).

Tampoco debe, siquiera, solicitar en la misma la indemnización correspondiente al mismo, ya que el juez la debe reconocer y cifrar de oficio. Por si hubiera alguna duda, el artículo 27 Ley 15/2022, en relación con el derecho fundamental a la no discriminación, refrenda dicha conclusión. Y ello, por cuanto, dicha norma, por una parte, reitera la regla del artículo 183.1 LRJS al exigir al causante de la discriminación reparar a la víctima proporcionándole una indemnización. Por otro, al establecer que «acreditada la discriminación, se presumirá la existencia de daño moral». Con fundamento en dichas normas, no faltan pronunciamientos de la doctrina judicial que sostienen que en los procesos de tutela de derechos fundamentales al demandante no le resulta exigible ni solicitar ni cuantificar la indemnización por daño moral para tener derecho a la misma⁴⁶.

VI. EL TIPO PENAL DE ACOSO LABORAL

Una vez analizada la caracterización jurídica del acoso laboral y los presupuestos determinantes de su existencia, es momento de detenerse en la configuración jurídica del tipo penal del artículo 173.1 CP que, como es lógico, aun con sus peculiaridades, no deja de estar anclada en la misma institución y en los perfiles que de la misma han sido confeccionados doctrinal y jurisprudencialmente desde el área social del Derecho.

1. Planteamiento

Como es sabido, el segundo párrafo del artículo 173.1 CP tipifica el delito de acoso laboral. Dentro del libro II del CP, dicho precepto se ubica dentro del título VII, dedicado a las torturas y otros delitos contra la integridad moral. La ubicación de este tipo delictivo entre los delitos contra la integridad moral y no entre los delitos contra los derechos de los trabajadores (título XV CP) ha sido considerada adecuada por la doctrina en la medida en que la conducta típica menoscaba claramente la integridad moral y la dignidad del trabajador y no tanto un derecho laboral protegido en los delitos del título XV del CP⁴⁷.

⁴⁶ Sentencia JS n.º 1 Gijón, 15 de noviembre de 2022 (n.º 419/2022).

⁴⁷ BUSTOS RUBIO, M. «El delito de acoso laboral: exigencias europeas y análisis del tipo penal». *Revista de Derecho Penal y Criminología* n.º 1, 2013, p. 30. TIRADO ÁLVAREZ, C. «La regulación penal del delito de mobbing en España». *Diario La Ley*, n.º 7718, 2011, pp. 1703 ss. ALTÉS TÁRREGA, J. A. «La represión penal del acoso en el trabajo», *op. cit.*, pp. 45 y 46.

Empero, la opción por esa opción de ubicación sistemática, si bien no deja de resultar inocua, también puede ser cuestionable pues, como es sabido, tanto la legislación laboral común como la concerniente a los empleados públicos, reconoce como derecho básico de los trabajadores el derecho a la consideración debida a su dignidad en el trabajo, comprendida la protección frente al acoso (arts. 4.1.e) ET y artículo 14.h) TREBEP)⁴⁸. Desde este punto de vista, a mi juicio, hubiese sido más pertinente la ubicación del delito en el título XV pues, si bien es evidente que los actos constitutivos de acoso laboral lesionan la integridad moral y la dignidad, el tipo penal se identifica con dichos actos cuando se producen en el contexto de una relación laboral atentando contra el derecho a la dignidad y la integridad moral de las personas en su trabajo.

La exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, concibe el acoso laboral como «el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcionarial que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad». Este concepto ha tenido, como es lógico, una clara acogida en la jurisprudencia penal⁴⁹. La norma de 2010 pretendió, con ello, incorporar al ámbito penal las conductas de acoso más graves que puedan producirse tanto en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas como en el de las relaciones jurídico-públicas.

2. El bien jurídico protegido

De manera unánime la doctrina viene advirtiendo que el bien jurídico protegido por el tipo penal del segundo párrafo del artículo 173.1 CP es la integridad moral y la dignidad de la persona⁵⁰. Dicha conclusión se puede inferir de la propia ubicación del tipo dentro de los delitos contra la integridad moral. De hecho, como ha advertido la doctrina, con esta solución el legisla-

⁴⁸ Adviértase, no obstante, que el artículo 4.2.e) ET, si bien reconoce el derecho de los trabajadores a la consideración debida a su dignidad, no menciona expresamente el acoso laboral (sin adjetivos) sino solamente el acoso sexual, el acoso por razón de sexo y el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. En cambio, el artículo 14 h) TREBEP sí reconoce expresamente el derecho al respeto a la dignidad en el trabajo frente al acoso «moral y laboral».

⁴⁹ Por todas, cfr. la sentencia TS, sala 2.ª, 21 de diciembre de 2018 (Rec. n.º 2486/2017).

⁵⁰ SANTANA VEGA, D. M. «El nuevo delito de acoso laboral». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. et altrii (Dirs) Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos. Tirant lo Blanch (Valencia), 2013, p. 937. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. «Los delitos de acoso en los ámbitos Inmobiliario y laboral». En DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.) *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por la LO. 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Aranzadi (Pamplona), 2011, pp. 296 y 297. BUSTOS RUBIO, M. «El delito de acoso laboral: exigencias europeas y análisis del tipo penal», *op. cit.*, p. 31.

dor se apartó de la opción, acogida por un antiguo proyecto de ley de 2001, que tipificaba el delito de acoso laboral dentro de los delitos contra los derechos de los trabajadores siendo el bien jurídico protegido el derecho de todo trabajador a desempeñar sus funciones en el marco de unas condiciones laborales normales⁵¹.

Respecto a la penalización de las conductas atentatorias de la integridad moral la jurisprudencia penal viene constatando dos extremos que aquí se comparten por completo. Por un lado, que la relevancia penal de este tipo de atentados conecta claramente con la inviolabilidad de la persona por cuanto el ser humano constituye un fin en sí mismo mereciendo su protección jurídica frente a las conductas que pretendan su cosificación. De esta forma, la integridad moral se concibe como una categoría jurídica propia, distinta del derecho a la vida y a la integridad física, como pone en evidencia el hecho de que el CP contemple su lesión en preceptos distintos. Por otra, que la integridad moral puede ser lesionada con independencia de otros bienes jurídicos, pudiendo existir conductas que solamente lesionen a aquella y no a otros bienes jurídicos personalísimos como acontece, singularmente, con el acoso laboral⁵².

3. Caracterización jurídica del delito de acoso laboral

Conforme al segundo párrafo del artículo 173.1 CP, se penaliza «a los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima».

Si bien se mira se está ante un tipo de naturaleza especial que constituye una subespecie del delito de trato degradante tipificado en el primer párrafo del artículo 173.1 CP. No en vano ambos son delitos contra la integridad moral y contemplan conductas infractoras muy similares y, ciertamente, difíciles de deslindar.

Por otra parte, no está muy claro si el delito de acoso laboral debe calificarse como un delito de mera actividad o de resultado, esto es, si se penaliza exclusivamente la conducta constitutiva de acoso o si, además, se requiere constatar un claro perjuicio a la integridad moral acreditado, normalmente, por

⁵¹ ABASCAL JUNQUERA, A. y ACÓN ORTEGA, I. «Los nuevos delitos de acoso laboral y acoso inmobiliario». *Práctica penal: cuaderno jurídico*, n.º 61, 2010 (edic. electrónica), p. 6.

⁵² Sentencias TS, sala 2.ª, 18 de febrero de 2008 (Rec. n.º 1965/2007), 31 de enero de 2007 (Rec. n.º 752/2006), 6 de abril de 2011 (Rec. n.º 10902/2010), y 29 de marzo de 2012 (Rec. n.º 922/2011).

una lesión en la salud psíquica de la víctima. En la doctrina penal existen, al respecto opiniones dispares. Llama la atención que algunas posiciones doctrinales, con apoyo en la jurisprudencia, hayan defendido que se trata de un delito de mera actividad⁵³, mientras que otras, también con apoyatura jurisprudencial, concluyan que el delito es de resultado por cuanto los tribunales de ordinario vienen ponderando la existencia de un daño psíquico en la víctima⁵⁴.

La existencia de posiciones netamente distintas en doctrina y jurisprudencia pone en evidencia que no se está, precisamente, ante una cuestión pacífica e inconcusa. Desde mi punto de vista, desde un plano puramente dogmático no se está ante un delito de resultado sino de mera actividad. Como se expuso con anterioridad, en el área social del Derecho entre los presupuestos sustantivos que definen el acoso laboral no se encuentra la producción de un resultado lesivo a la víctima sino un atentado a la integridad moral de la misma con entidad suficiente para causarlo. Asimismo, en el ámbito penal, a la vista del tipo del artículo 173.1 CP, lo verdaderamente relevante es la gravedad de la conducta hostil hasta el punto de que dicho presupuesto es el que permite deslindar el acoso con relevancia penal de aquel que no reúne dicha condición. Ahora bien, tampoco hay que desconocer que en la práctica totalidad de los supuestos enjuiciados por la jurisdicción penal en los que se apreciado la existencia del delito de acoso, han resultado notorios los efectos lesivos que las conductas del sujeto activo han deparado para la salud de la víctima y dichos efectos, entre otras circunstancias, han permitido al juzgador apreciar el presupuesto legal de la gravedad de la conducta. En otras palabras, aunque la gravedad del acoso debe ser predicada solamente de la conducta en sí misma considerada es lógico que, a la hora de formar la convicción del juzgador sobre su existencia, juegue un papel determinante las consecuencias lesivas que ha soportado el sujeto pasivo de dicha conducta hostil.

¿Qué presupuestos permiten al operador jurídico apreciar el delito de acoso laboral? Del tenor literal del segundo párrafo del artículo 173.1 CP se desprende claramente que los elementos de dicho tipo penal son, en primer

⁵³ CÁMARA ARROYO, S. «Delitos contra la integridad moral». En SERRANO TÁRRAGA, M.^a D. (Coord.) *Derecho Penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch (Valencia), 2023, p. 182. También se inclinan por esta calificación TAMARIT SUMALLA, J. M. «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral». En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. Aranzadi (Pamplona), 2011, p. 244. BUSTOS RUBIO, M. «El delito de acoso laboral», *op. cit.*, p. 38. BORONAT TORMO, M.^a M. «Desde el acoso laboral al delito de acoso. Criterios de delimitación». *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, n.º 44, 2012 (edic. online, TOL 2.664.592), p. 16.

⁵⁴ GRIMA LIZANDRA, V. «Delitos contra la integridad moral». En BOIX REIG, J. *Derecho Penal. Parte Especial. La protección penal de los intereses jurídicos personales*. Iustel (Madrid), 2010, p. 267. También se inclinan por esta calificación FERNÁNDEZ PALMA, R. «Acoso laboral e inmobiliario». En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Aranzadi (Pamplona), 2010, p. 155. SANTANA VEGA, D. «El nuevo delito de acoso laboral», *op. cit.*, p. 877.

lugar, la conducta infractora (la realización contra otro de «actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante...»). En segundo lugar, un elemento cuantitativo («de forma reiterada»). En tercer lugar, un elemento cualitativo («supongan grave acoso contra la víctima»). Y, por último, un elemento relacional o contextual («en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaleciendo de su relación de superioridad»). Es momento ahora de detener el análisis en cada uno de dichos elementos pues van a permitir deslindar el acoso relevante penalmente de aquel que solo lo es socialmente. Ahora bien, dado que el elemento de la reiteración constituye un presupuesto común constitutivo también del acoso en el ámbito social, aquí se pondrá el foco solamente en el resto de los elementos señalados por cuanto revisten cierta especialidad para configurar el tipo penal: la conducta infractora, el elemento cualitativo y cuantitativo de su gravedad, y el elemento relacional.

A) LA CONDUCTA INFRACTORA

Del tenor literal del segundo párrafo del artículo 173.1 CP se desprende claramente que la conducta infractora es el acoso consistente en reiterados actos hostiles o humillantes sin llegar a constituir trato degradante. La hostilidad de la conducta puede ser entendida como su capacidad para suscitar un enfrentamiento o una relación de oposición o enemistad hacia la otra parte. Por su parte, el término humillante es predicable de todo género de conductas que cosifican a quienes las sufren o suponen desprecio hacia la persona, hacia sus características o capacidades⁵⁵.

La primera observación que cabe efectuar es que si bien en el tipo tienen un encaje natural aquellas conductas hostiles o humillantes que revistan carácter activo, no parece existir mayor inconveniente en entender también incluidas en el mismo aquellas otras de carácter pasivo, como por ejemplo, aquellas que pretenden aislar al trabajador o ningunearlo personal y/o profesionalmente⁵⁶. Con todo, algunas posiciones doctrinales se han pronunciado en contra de esta interpretación, por cuanto la norma habla de «actos hostiles o humillantes», lo que parece excluir las conductas omisivas⁵⁷.

⁵⁵ BORONAT TORMO, M.ª M. «Desde el acoso laboral al delito de acoso. Criterios de delimitación», *op. cit.*, p. 14.

⁵⁶ CÁMARA ARROYO, S. «Delitos contra la integridad moral», *op. cit.*, p. 182. SANTANA VEGA, D. M. «El nuevo delito de acoso laboral», *op. cit.*, p. 873.

⁵⁷ FERNÁNDEZ PALMA, «Acoso laboral e inmobiliario», *op. cit.*, p. 155. BUSTOS RUBIO, M. «El delito de acoso laboral...», *op. cit.*, p. 39. ABASCAL JUNQUERA, A. y ACÓN ORTEGO, I. «Los nuevos delitos de acoso laboral y acoso inmobiliario», *op. cit.*, p. 10.

En segundo lugar, llama la atención el presupuesto legal de que las conductas hostiles no lleguen a constituir «trato degradante». Parece evidente que, con ello, el legislador ha pretendido diferenciar el delito de acoso laboral del tipificado en el párrafo primero del artículo 173.1 CP que, como se sabe, consiste en infligir «a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral». Se trata, no obstante, de una mera diferencia de calificación delictiva pues, como es sabido, la pena es la misma en ambos delitos⁵⁸.

Empero, la técnica legislativa empleada no resulta, a mi juicio, muy afortunada por confusa. Como ya ha expresado alguna posición en la doctrina si ya resulta harto complejo determinar qué ha de entenderse por trato degradante, más dificultad entraña todavía averiguar cuáles son las conductas que, pese a aproximarse, no llegan a constituir dicho trato⁵⁹. Para evidenciar la aludida dificultad interpretativa basta con reparar en el hecho de que el término «degradante» es sinónimo de «humillante» tal y como reconoce el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En este sentido, la jurisprudencia penal ha señalado que «el calificativo «degradante» indica lo que humilla, rebaja o envilece. (Degradar, según el DRAE, significa «privar a alguien de las dignidades, honores, empleos y privilegios que tiene»)⁶⁰. Dicha identidad en la significación terminológica puede invitar al intérprete normativo a entender superfluo, por contradictorio, el presupuesto de inexistencia de trato degradante pues todo acto humillante, por definición, también es degradante. Prueba de la confusión que genera el presupuesto legal es que no faltan pronunciamientos de la jurisprudencia penal que, en términos absolutamente contradictorios, han sostenido que «*requiere este tipo penal que la conducta constituya un trato degradante*», para afirmar a continuación que uno de los elementos configuradores del tipo es realizar contra otro actos hostiles o humillantes, «sin llegar a constituir trato degradante»⁶¹.

La única forma que, a mi modo de ver, permite dar sentido al requisito es entender que la norma pretende dar cabida como conductas constitutivas del tipo penal de acoso aquellas que pese a violentar claramente la dignidad personal o profesional del trabajador y, por tanto, su integridad moral, no suponen un trato vejatorio, denigrante o deshonoroso. Piénsese, por ejemplo, en aquellas conductas hostiles relacionadas con el control de la actividad laboral desempeñada por el trabajador o la organización del trabajo y la posición del trabajador

⁵⁸ BUSTOS RUBIO, M. «El delito de acoso laboral...», *op. cit.*, p. 35.

⁵⁹ ALTÉS TÁRREGA, J. A. «La represión penal del acoso en el trabajo», *op. cit.*, p. 48.

⁶⁰ Sentencia TS, sala 2.ª, 3 de marzo de 2009 (Rec. n.º 1449/2008).

⁶¹ Sentencia TS, sala 2.ª, 21 de diciembre de 2018 (Rec. n.º 2486/2017), Fund. Jco. 3.º

en la empresa, las tareas desempeñadas o las responsabilidades asumidas por el mismo. En este sentido, la doctrina ha afirmado que el tipo pretende más garantizar la libre autodeterminación del trabajador que de impedir su humillación o degradación. En otros términos, el tipo penaliza más el hostigamiento o persecución del trabajador que su vejación⁶².

Sirva como muestra y paradigma de lo que se está diciendo el supuesto contemplado por la sentencia TS, sala 2.ª, de 19 de mayo de 2021 (Rec. n.º 2919/2029). Dicho pronunciamiento confirmó la existencia de acoso laboral a través de un juicio de ponderación de la totalidad de las circunstancias concurrentes. Se trataba de una trabajadora que venía desempeñando tareas de auxiliar administrativo para una entidad de restauración colectiva bajo las órdenes directas del acusado como jefe de zona. Debido al incremento desmedido de tareas asignadas por este último a la trabajadora como consecuencia del aumento de clientela, esta última causó baja por cuadro de ansiedad por un periodo de cuatro meses y medio. Cuando la trabajadora anunció a la empresa su voluntad de reincorporarse, ésta la despidió y aquella procedió a su impugnación judicial. Con posterioridad, la empresa, que conocía la situación de inestabilidad psicológica ligada al trabajo en la que se hallaba la trabajadora, llegó a un acuerdo con la misma para su readmisión. Sin embargo, lo hizo de forma irregular ya que, lejos de hacerlo en su puesto originario, se la relegó a un puesto de cocina indeterminado con tareas variopintas que nada tenían que ver con sus funciones de auxiliar administrativo y sin disponer de los medios de trabajo con los que contaba con anterioridad. Dicha situación generó en la trabajadora un estado de ansiedad tal que procedió a quitarse la vida.

Pues bien, como se ha adelantado, la sentencia señalada apreció que el conjunto de las circunstancias concurrentes determinaban claramente la existencia del tipo penal de acoso laboral del artículo 173.1 CP. Adviértase que, en la situación descrita, si bien la conducta empresarial es constitutiva de graves irregularidades e incumplimientos laborales, no parece concurrir una situación de vejación o trato degradante sino más bien de una conducta hostil contra la trabajadora claramente contraria a Derecho. Sirva, pues, este interesante pronunciamiento como evidencia de que para la jurisprudencia penal no impide la apreciación del delito de acoso la inexistencia de un trato degradante o vejatorio del sujeto activo respecto del trabajador. Es suficiente con que, del conjunto de circunstancias concurrentes, se deduzca la existencia de una conducta

⁶² BORONAT TORMO, M.ª M. «Desde el acoso laboral al delito de acoso. Criterios de delimitación», *op. cit.*, pp. 11 y 12. GRIMA LIZANDRA, V. «Delitos contra la integridad moral», *op. cit.*, p. 26.

hostil reiterada y mantenida en el tiempo que resulte claramente lesiva para la integridad moral del trabajador.

B) LA GRAVEDAD DE LA CONDUCTA

En segundo lugar, debe advertirse que, conforme a la literalidad del segundo párrafo del artículo 173.1 CP, no toda conducta hostil o humillante constitutiva de acoso determina la existencia del delito tipificado y penado por el mismo. Solamente lo harán aquellas conductas constitutivas de «grave acoso contra la víctima».

La norma, pues, sugiere de forma diáfana los dos planos jurídicamente relevantes del acoso laboral. Por una parte, la dimensión estrictamente social o laboral del acoso moral, esto es, aquel conjunto de comportamientos hostiles que únicamente podrán tener efectos dentro del área social del Derecho. Por otra, la dimensión penal, constituida por aquellos otros que, sin perjuicio de producir efectos en el área social del Derecho, son también relevantes para el ordenamiento penal pues constituyen el delito de acoso laboral tipificado en el artículo 173.1 CP.

También resulta evidente que el presupuesto que permite al operador jurídico diferenciar un plano de otro es la gravedad de las conductas constitutivas de acoso⁶³. El problema es que no resulta fácil concluir cuándo y con qué elementos la conducta acosadora reviste suficiente gravedad como para constituir delito. El presupuesto de la gravedad es claramente un concepto jurídico indeterminado y, como tal, requiere una apreciación casuística pues ni siquiera el legislador penal ha ensayado un intento para su determinación.

En un intento de sistematización de los criterios imperantes en la jurisprudencia y en la doctrina judicial, puede afirmarse que la apreciación del presupuesto de la gravedad debe poder predicarse tanto de la conducta en sí y de las circunstancias que la rodean (gravedad cualitativa) como de su carácter continuado y reiterado (gravedad cuantitativa).

Así, en primer lugar, la dimensión cualitativa de la gravedad permite sostener que no toda actuación que en un primer acercamiento puede juzgarse, incluso por un observador imparcial, como hostil o humillante en el marco de la relación de trabajo será constitutiva del tipo penal. Aunque, como se expuso

⁶³ VILLACAMPA ESTIARTE, C. «La incriminación del mobbing en Derecho penal español: los claros-curos del delito de acoso laboral». *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* n.º 30, 2013 (edic online, BIB 2013/415), p. 47. BUSTOS RUBIO, M. «El delito de acoso laboral...», *op. cit.*, p. 39. ALTÉS TÁRREGA, J. A. «La represión penal del acoso en el trabajo», *op. cit.*, pp. 50 y 54.

con anterioridad y como ha corroborado la doctrina penal, para evidenciar la existencia de acoso laboral no es necesario acreditar la finalidad o intención perseguida por el sujeto activo⁶⁴, las circunstancias concurrentes sí deben permitir deducir en el mismo una voluntad de hostigamiento hacia la víctima⁶⁵. Pues bien, dicho escenario delictivo no existirá cuando concurren otros factores o razones, distintas a la aludida voluntad hostigadora, que permitan explicar dichas circunstancias. Piénsese, por ejemplo, en los casos en que el trabajador sea objeto de decisiones que, pese a no ser de su agrado, sean adoptadas conforme a Derecho⁶⁶.

Junto a ello, existen elementos adicionales de juicio que pueden contribuir a calificar la gravedad de la conducta hostil en su dimensión cualitativa: los efectos perjudiciales de la conducta hostil sobre la posición laboral del trabajador, la existencia o no en el centro de trabajo de un conflicto interpersonal sobre la organización del trabajo, y el origen de los daños a la salud sufridos por el trabajador⁶⁷.

Así, en primer lugar, conviene atender a los efectos de la presunta conducta hostil. Concretamente, a si se ha producido un perjuicio notorio y directo sobre la posición laboral de la víctima. Y es que, de no concurrir dicho perjuicio, se dificultaría la apreciación de la gravedad de la conducta. En segundo lugar, es importante ponderar si existe o no en el centro de trabajo una situación tensa, un clima tormentoso o conflicto interpersonal derivado exclusivamente de la organización del trabajo o sobre los métodos para su ejecución ya que este tipo de circunstancias suelen desdibujar la existencia de acoso. En este sentido, el hecho de que se acredite que el trabajador denunciante tiene una relación tensa o conflictiva no solamente con la persona a la que imputa el acoso sino con otros compañeros de trabajo y por razones similares puede contribuir a formar la convicción del juzgador de que no existe acoso. En tercer lugar, también es relevante, a estos efectos, ponderar el verdadero origen de los problemas de índole psíquico acreditados por la presunta víctima. Si bien, de ordinario, la jurisprudencia suele ponderar este tipo de efectos

⁶⁴ SANTANA VEGA, D. M. «El nuevo delito de acoso laboral», *op. cit.*, p. 878. BUSTOS RUBIO, M. «El delito de acoso laboral...», *op. cit.*, p. 44. ABASCAL JUNQUERA, A. y ACÓN ORTEGO, I. «Los nuevos delitos de acoso laboral y acoso inmobiliario», *op. cit.*, p. 10.

⁶⁵ En este sentido, la sentencia AP Asturias 16 de noviembre de 2015 (Rec. n.º 39/2015), ponderó para concluir la inexistencia de delito de acoso que, de la conducta descrita pueda deducirse que los acusados actuaron con la intención de someter a la trabajadora «a una grave, indigna, humillante y vejatoria situación de acoso».

⁶⁶ Sentencia AP Barcelona 24 de marzo de 2022 (Stc n.º 82/2022).

⁶⁷ Pondera estos elementos para concluir la inexistencia de acoso, por ausencia de gravedad en la conducta, la sentencia AP Santander de 5 de diciembre de 2018 (Stc n.º 446/2018), confirmada por la posterior sentencia TS, sala 2.ª, 21 de enero de 2021 (Rec. n.º 889/2019).

lesivos sobre la salud para determinar la existencia de acoso⁶⁸, es posible que estos sean atribuibles a la relación conflictiva que vive el trabajador con el conjunto de sus compañeros de trabajo⁶⁹ o se deriven de su particular subjetivismo a la hora de interpretar conductas que no revisten objetivamente el carácter de hostiles⁷⁰.

Por lo que concierne a la dimensión cuantitativa del presupuesto de la gravedad, la doctrina penal ya ha advertido que la apreciación del delito de acoso laboral exige actos repetidos y continuados o sostenidos en el tiempo. De hecho es esa reiteración la que, de ordinario, permite calificar a dichos actos de suficientemente graves⁷¹ y justifica que este delito tenga la misma pena que el delito de trato degradante del primer párrafo del artículo 173.1 CP pues, respecto este último no requiere la reiteración aludida⁷². En este sentido, no faltan pronunciamientos de la jurisprudencia que han apreciado una única y singular conducta como constitutiva del tipo de trato degradante del primer párrafo del artículo 173.1 CP⁷³.

Asimismo, la jurisprudencia viene ponderando la reiteración y el carácter sostenido y no espaciado en el tiempo de la conducta hostil para la apreciación del delito o, en su caso, su inexistencia para descartarlo. En este sentido, se ha afirmado que, aunque la reiteración de la conducta no constituye por sí sola la gravedad, «sin duda entre los factores que deben ponderarse para catalogar de grave un acoso ocupará un lugar importante el hecho de la mayor o menor repetición y la mecánica sistemática, metódica y perseverante de los actos de acoso⁷⁴. Así las cosas, la jurisprudencia y la doctrina judicial ha llegado a ponderar para concluir la inexistencia de acoso grave que la conducta no se haya mantenido diaria o semanalmente sino solamente en determinadas ocasiones⁷⁵.

⁶⁸ Tal y como expresa la citada sentencia TS, sala 2.ª, 19 de mayo de 2021 (Rec. n.º 2919/2019), «*el acoso que desborda el tratamiento propio de la relación laboral implica un cúmulo de actos reiterados de persecución con grave afectación psicológica en el trabajador*».

⁶⁹ Cfr. la ya citada sentencia TS, sala 2.ª, 21 de enero de 2021 (Rec. n.º 889/2019) que confirma la sentencia AP Santander de 5 de diciembre de 2018 (Stc n.º 446/2018).

⁷⁰ Incide en ello la citada sentencia AP Barcelona 24 de marzo de 2022 (Stc n.º 82/2022).

⁷¹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch (Valencia), 25.ª edic., 2023, p. 195. ABASCAL JUNQUERA, A. y ACÓN ORTEGO, I. «Los nuevos delitos de acoso laboral y acoso inmobiliario», *op. cit.*, p. 12.

⁷² SANTANA VEGA, D. M. «El nuevo delito de acoso laboral», *op. cit.*, p. 875. BUSTOS RUBIO, M. «El delito de acoso laboral...», *op. cit.*, p. 31. BORONAT TORMO, M.ª M. «Desde el acoso laboral al delito de acoso. Criterios de delimitación», *op. cit.*, p. 12. ALTÉS TÁRREGA, J. A. «La represión penal del acoso en el trabajo», *op. cit.*, p. 49.

⁷³ Sentencia TS, sala 2.ª, 8 de mayo de 2002 (Rec. n.º 2544/2000).

⁷⁴ Sentencia TS, sala 2.ª, 21 de octubre de 2021 (Rec. n.º 889/2019).

⁷⁵ Cfr., las ya citadas sentencias TS, sala 2.ª, 21 de enero de 2021 (Rec. n.º 889/2019) y AP Santander 5 de diciembre de 2018 (Stc n.º 446/2018).

C) ELEMENTO RELACIONAL

Como es sabido, el segundo párrafo del artículo 173.1 CP únicamente penaliza el acoso producido en el marco de una relación laboral o funcional en su modalidad de acoso vertical descendente o *bossing*⁷⁶: «los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro...». Por tanto, el tipo penal exige dos presupuestos adicionales concernientes a la relación jurídica entablada entre la víctima y el sujeto activo de la conducta hostil. Por una parte, que exista una relación de trabajo dependiente y por cuenta ajena, ya sea en el marco de la legislación laboral o de las normas reguladoras de la función pública. Por otra parte, que exista una relación de subordinación entre la víctima y el sujeto activo del acoso.

En cuanto al primero de los presupuestos, como se ha adelantado, es indiferente si la conducta hostil se produce en el marco de una relación de trabajo de naturaleza laboral o funcional. Sin duda, la relación laboral puede ser común o especial. También es irrelevante para la configuración del tipo si la actividad laboral se desarrolla de forma presencial o a distancia. Por consiguiente, habrá que admitir la hipótesis de que el delito se consume cuando las conductas hostiles sean constitutivas de ciberacoso.

En cuanto a la relación funcional, la doctrina ha valorado positivamente la inclusión expresa de las relaciones de trabajo en el sector público en la medida en que el mismo las relaciones de trabajo se encuentran estrechamente jerarquizadas y las situaciones de acoso se desencadenan, al parecer, con mayor frecuencia que en el sector privado⁷⁷. Por lo demás, parece lógico efectuar una interpretación extensiva de la expresión «relación funcional» y entender que es irrelevante para la conformación del tipo penal que la relación jurídica sea de función pública «strictu sensu» o cualquier otra relación de trabajo subordinada y por cuenta ajena de naturaleza administrativa como, por ejemplo, la del personal estatutario de instituciones sanitarias de la Seguridad Social. Y es que, si bien se mira, el elemento constitutivo de este tipo penal no es tanto la naturaleza jurídica de la relación de trabajo sino el hecho de que se trate de una relación de trabajo voluntaria, subordinada, retribuida y por cuenta ajena.

⁷⁶ Así lo ha entendido la mayoría de la doctrina. Cfr., por todos, TAMARIT SUMALLA, J. M. «De las torturas y otros delitos...», *op. cit.*, p. 243. SANTANA VEGA, D. M. «El nuevo delito de acoso laboral...», *op. cit.*, p. 870. ALTÉS TÁRREGA, J. A. «La represión penal del acoso en el trabajo», *op. cit.*, p. 52.

⁷⁷ SANTANA VEGA, D. M. «El nuevo delito de acoso laboral», *op. cit.*, p. 939. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. «Los delitos de acoso en los ámbitos Inmobiliario y laboral», *op. cit.*, pp. 302 y 303. ALTÉS TÁRREGA, J. A. «La represión penal del acoso en el trabajo», *op. cit.*, p. 46.

Por consiguiente, es evidente que las situaciones de acoso que puedan producirse entre trabajadores autónomos o trabajadores autónomos económicamente dependientes y entre los mismos y trabajadores por cuenta ajena se sitúan claramente extramuros de este tipo penal, sin que sean admisibles las interpretaciones analógicas a tal efecto.

En el ámbito de la función pública, y dado que el acoso tipificado en el primer párrafo del artículo 173.1 CP solo puede ser cometido por un superior jerárquico de la víctima, no es infrecuente que la conducta hostil generadora del acoso o parte de ella sea constitutiva, a su vez, de un delito de prevaricación administrativa. En este caso se estaría ante un concurso real de ambos delitos (art. 73 CP) sin que pueda entenderse que el delito de acoso consume el de prevaricación administrativa. Y es que, en estos supuestos no sería aplicable el principio de absorción conforme al cual «el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél» (art. 8.3 CP) ya que el delito de acoso laboral no integra la totalidad del desvalor de la conducta asociada al delito de prevaricación⁷⁸.

En cuanto al segundo de los presupuestos (la necesidad de que el sujeto activo cometa el acoso grave «prevaliéndose de su relación de superioridad») presupone la existencia de una relación de subordinación de la víctima respecto del mismo. Adviértase que la subordinación puede ser formal y jerárquica o meramente de hecho pues el tenor literal de la norma simplemente habla de «relación de superioridad»⁷⁹. Algún autor, con fundamento en dicha circunstancia, ha razonado que encajarían también en este tipo penal el acoso ejercido por clientes o contratistas contra trabajadores autónomos dependientes económica o funcionalmente de aquellos⁸⁰. Sin embargo, a mi juicio, dicha conclusión cuenta con la objeción del tenor literal del tipo que exige que el delito se produzca en «el ámbito de cualquier relación laboral o funcional». Por ello, las conductas de acoso que recaigan en trabajadores autónomos deben reconducirse al tipo genérico de lesión de la integridad moral. En cualquier caso, lo que sí parece claro es que, por imperativo del principio de presunción de inocencia, el presupuesto del prevalimiento deberá demostrarse sin que pueda

⁷⁸ Sentencia TS, sala 2.ª, 20 de julio de 2020 (Rec. n.º 4187/2018).

⁷⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. «La incriminación del mobbing en Derecho penal español», *op. cit.*, p. 41 y 42. BUSTOS RUBIO, M. «El delito de acoso laboral.», *op. cit.*, p. 41 y 42. Este último autor pone el ejemplo de aquellos supuestos en que el acoso sea ejercido por un compañero de trabajo de la víctima que, a su vez, es familiar o amigo del empresario

⁸⁰ ABASCAL JUNQUERA, A. y ACÓN ORTEGO, I. «Los nuevos delitos de acoso laboral y acoso inmobiliario», *op. cit.*, p. 10. También entiende que encajan en el tipo los trabajadores autónomos, BORONAT TORMO, M.ª M. «Desde el acoso laboral al delito de acoso. Criterios de delimitación», *op. cit.*, p. 13.

presumirse y deducirse, sin más, de la existencia de una relación jerárquica entre el acosador y la víctima⁸¹.

Nótese también que el presupuesto del prevalimiento conecta con el de la gravedad pues si el tipo exige una especial gravedad de la conducta es lógico pensar que dicho contexto se da con mayor intensidad en las relaciones de subordinación en el trabajo que en las relaciones entre iguales⁸². Así pues, en línea de principio, las situaciones de acoso vertical ascendente y de acoso horizontal quedan fuera del tipo penal por más que puedan ser sentidas como hostiles o humillantes por la víctima, especialmente cuando la conducta hostil sea ejercida por varios de sus compañeros de común acuerdo⁸³. Ello no obstante, algunas posiciones doctrinales han entendido que, en la medida en que el tipo no exige la presencia de una relación jerárquica formal o estricta entre el acosador y la víctima sino solo el prevalimiento de una relación de superioridad, podrían llegar a penalizarse situaciones de acoso horizontal e, incluso, de acoso vertical ascendente⁸⁴.

En cualquier caso, adviértase que dichas conductas de acoso horizontal y acoso vertical ascendente, aunque se entendiese que no tienen cabida en el segundo párrafo del artículo 173.1 CP no se encuentran despenalizadas. Y es que, cuando constituyan trato degradante y causen grave lesión a la integridad moral, pueden encajar en el tipo penal del primer párrafo del artículo 173.1 CP. Junto a ello, como ha reconocido la jurisprudencia, el acoso horizontal podría ser penalizado si el o los sujetos activos actuasen en régimen de cooperación necesaria para la comisión del delito por el superior jerárquico de la víctima⁸⁵. También, aunque el acoso requiere típicamente una conducta activa, a mi juicio parece razonable entender que, en los supuestos de acoso horizontal cuando la conducta hostil fuese claramente conocida por el superior jerárquico de la víctima y éste no hubiese adoptado medida alguna para erradicarla, se pudiese declarar su responsabilidad penal por un delito de acoso por omisión (arts. 10 y 173.1 CP). Alguna posición de la doctrina, sin embargo, se ha manifestado en contra de esta posibilidad, sin perjuicio de apreciar en estos casos el delito de infracción empresarial de normas de prevención de riesgos labora-

⁸¹ SANTANA VEGA, D. M. «El nuevo delito de acoso laboral», *op. cit.*, p. 878. BUSTOS RUBIO, M. «El delito de acoso laboral...», *op. cit.*, pp. 44 y 45. ALTÉS TÁRREGA, J. A. «La represión penal del acoso en el trabajo», *op. cit.*, p. 53.

⁸² DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «Los delitos de acoso en los ámbitos inmobiliario y laboral», *op. cit.*, p. 202.

⁸³ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*, *op. cit.*, p. 196.

⁸⁴ FERNÁNDEZ PALMA, R. «Acoso laboral e inmobiliario», *op. cit.*, p. 43. VILLACAMPA ESTIARTE, C. «La incriminación del mobbing...», *op. cit.*, pp. 40 y 41.

⁸⁵ Sentencia TS, sala 2.ª, 21 de diciembre de 2018 (Rec. n.º 2486/2017)

les poniendo en peligro grave la vida, salud o integridad física de los trabajadores (art. 316 CP)⁸⁶.

Por último, es conveniente detenerse en la cuestión de si las personas jurídicas podrían, eventualmente, ser responsables del delito de acoso laboral. Tradicionalmente se ha mantenido una respuesta negativa pues, como es sabido, conforme al artículo 31 bis CP, solamente se autoriza la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los supuestos previstos expresamente por el mismo y el artículo 173.1 CP nada venía señalando al respecto. Sin embargo, la situación cambió de plano con la reforma introducida en el artículo 173 CP por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Dicha disposición legal ensanchó el catálogo de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas, alcanzando a delitos de clara proyección individual como el delito de acoso sexual, y diversos delitos contra la integridad moral, incluido el de acoso laboral grave. De esta forma, la novedad reside en que se encomienda a la persona jurídica, a través de su declaración de responsabilidad penal, el control sobre riesgos delictivos desconectados del interés económico perseguido con el ejercicio de su actividad⁸⁷. Así, pues, la Ley Orgánica 10/2022 ha venido a poner fin al imperativo del principio *societas delinquere non potest* que venía rigiendo para los delitos contra la integridad moral.

Con todo, no debe olvidarse que la eventual declaración de la responsabilidad penal de la persona jurídica (por acoso o por cualquier otro delito) exige que se cumpla alguno de los exigentes presupuestos establecidos por el artículo 31 bis del CP: 1.- Que el delito haya sido cometido en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o con facultades de organización y control dentro de la misma. 2.- Que el delito haya sido cometido en el ejercicio de actividades sociales, por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas señaladas en el supuesto anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad. A la vista está que el primer presupuesto está pensando en los he-

⁸⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C. «La incriminación del mobbing...», *op. cit.*, p. 45. También en términos de duda sobre esta cuestión, ABASCAL JUNQUERA, A. y ACÓN ORTEGA, I. «Los nuevos delitos de acoso laboral y acoso inmobiliario», *op. cit.*, p. 15.

⁸⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, J. «La promoción de un nuevo modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica como mecanismo de control de focos de riesgo derivados de conductas ajenas a su actividad e interés y su incompatibilidad con el contenido del artículo 31 bis 1.º CP». *La Ley Compliance Penal* n.º 14, 2023 (edic. online), pp. 1 ss.

chos delictivos cometidos por personas que ostentan facultades de mando y/o dirección en la empresa, mientras que el segundo en aquellos otros en que el delito es cometido por el propio trabajador aprovechando la ausencia del debido control por el empresario.

Pues bien, teniendo en cuenta que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es aplicable a las Administraciones Públicas ni demás entidades del sector público (art. 31 quinquies CP), ya de entrada quedarán fuera de la órbita de esta responsabilidad los supuestos de acoso cometidos en el ámbito del empleo público que, como se sabe, no son infrecuentes.

Por otra parte, adviértase que los presupuestos que condicionan legalmente la atribución de la responsabilidad penal de la persona jurídica parecen muy difícilmente apreciables en las situaciones de acoso, así como en el resto de los delitos contra la integridad moral⁸⁸. En primer lugar, por cuanto si la actuación hostil es llevada a cabo por el representante legal de la persona jurídica o por aquel autorizado para actuar en su nombre, el delito debe haber sido cometido en nombre o por cuenta de dicha entidad. Dicho requisito viene a exigir que la conducta delictiva se cometa en el ejercicio de las competencias socialmente atribuidas al sujeto activo, algo difícilmente predicable de las conductas de acoso de claro componente personal o intersubjetivo⁸⁹. En segundo lugar, la actuación delictiva debe haberse realizado en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, presupuesto también de cuasi imposible constatación en las situaciones de acoso. En tercer lugar, cuando el acoso es llevado a cabo no por un representante legal de la sociedad sino por un trabajador, dado que el primer párrafo del artículo 173.1 CP, como se sabe, solamente penaliza el acoso vertical descendente, en la mayoría de los casos no podrá apreciarse el delito de acoso salvo, claro está, que se acredite que dicho trabajador actuó prevaliéndose de una situación de superioridad sobre la víctima. Con todo, el principal inconveniente para declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica en este segundo supuesto viene a ser, nuevamente, la necesidad de que la actuación delictiva haya sido llevada a efecto en beneficio directo o indirecto

⁸⁸ Tal y como ha advertido la doctrina. Cfr., *más in extenso*, BARDAVÍO ANTÓN, «Imputación e injusto de la responsabilidad penal de la persona jurídica: lineamientos de un modelo de «autor detrás del autor»», Revista electrónica de ciencia penal y criminología n.º 24, 2022 (edic. online), pp. 1 ss. PÉREZ MACHÍO, A. I «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y delitos de tratos degradantes, acoso laboral, acoso inmobiliario y acoso sexual: ¿un paso más hacia el sistema de incriminación de *numerus apertus*?», La Ley Compliance Penal n.º 12, 2023, (edic. online), pp. 1 ss.

⁸⁹ RAGUÉS I VALLÉS, R. *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto de su responsabilidad penal*. Marcial Pons (Madrid), 2017, pp. 28 y 29. FERNÁNDEZ TERUELLO, J. «La promoción de un nuevo modelo de responsabilidad penal...», *op. cit.*, pp. 1 ss.

to de la persona jurídica, exigencia, como se ha dicho, de difícil apreciación en los supuestos de acoso.

D) LA PENA.

La pena asociada por el segundo párrafo del artículo 173.1 del CP al delito de acoso laboral es la de seis meses a dos años de prisión. Dicha pena, como ya se ha advertido, es la misma que la prevista en el primer párrafo del precepto para el delito de trato degradante con menoscabo de la integridad moral.

No se va a ahondar aquí sobre las muy diversas cuestiones que se pueden plantear en relación con dicha sanción penal. Empero, sí que me parece preciso hacer alusión a dos aspectos. En primer lugar, llama la atención que la pena prevista para el delito de acoso sexual sea sensiblemente inferior a la prevista para el acoso moral. En efecto, el artículo 184.1 CP apareja al acoso sexual una pena de «prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses». La particular intensidad de la lesión a la integridad moral propia de esta modalidad de acoso justificaría con creces el establecimiento de una pena, si no mayor, cuanto menos, equivalente a la del acoso moral.

En segundo lugar, debe advertirse que el artículo 57.1 CP autoriza expresamente al juzgador, en los delitos contra la integridad moral, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, acordar, como pena accesoria, alguna de las medidas previstas en el artículo 48 CP: la prohibición de acercarse a la víctima o comunicarse con ella. Pues bien, dado que no es infrecuente que las situaciones de acoso laboral comporten una completa separación del trabajador de su entorno de trabajo, ese tipo de medidas resultarán, por regla general, estériles. Desde este punto de vista, podría resultar mucho más eficaz el establecimiento de una pena accesoria de inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio (v.gr. arts. 466 y 467 CP). Como ha apreciado la doctrina, una previsión semejante contribuiría a evitar que el trabajador objeto de acoso se viese forzado a abandonar su relación de trabajo⁹⁰. Junto a ello, a mi juicio, la medida tendría un claro efecto profiláctico y preventivo respecto de eventuales y potenciales reiteraciones por el sujeto activo de su conducta delictiva.

⁹⁰ ALTÉS TÁRREGA, J. A. «La represión penal del acoso en el trabajo», *op. cit.*, p. 65.

BIBLIOGRAFÍA

- ABASCAL JUNQUERA, A. y ACÓN ORTEGA, I. «Los nuevos delitos de acoso laboral y acoso inmobiliario». *Práctica penal: cuaderno jurídico*, n.º 61, 2010 (edic. electrónica).
- ALEMÁN PÁEZ, F. «Bases teóricas, fácticas y contra-fácticas del acoso moral e institucional». *Aranzadi Social* n.º 11, 2014, (edic. online, BIB 2014/119).
- ALTÉS TÁRREGA, J. A. «La represión penal del acoso en el trabajo». *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social* vol. 2, n.º 1, 2021.
- ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A. «El ciberacoso en el trabajo como categoría jurídica». *Temas laborales* n.º 157, 2021.
- ARBONÉS LAPENA, H. I. *Acoso moral en el trabajo y su tutela preventiva*. Bomarzo (Albacete), 2014.
- BARDAVÍO ANTÓN, «Imputación e injusto de la responsabilidad penal de la persona jurídica: lineamientos de un modelo de «autor detrás del autor»», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* n.º 24, 2022 (edic. online).
- BORONAT TORMO, M.ª M. «Desde el acoso laboral al delito de acoso. Criterios de delimitación». *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, n.º 44, 2012 (edic. online, TOL 2.664.592).
- BUSTOS RUBIO, M. «El delito de acoso laboral: exigencias europeas y análisis del tipo penal». *Revista de Derecho Penal y Criminología* n.º 1, 2013.
- CÁMARA ARROYO, S. «Delitos contra la integridad moral». En SERRANO TÁRRAGA, M.ª D. (Coord.) *Derecho Penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch (Valencia), 2023.
- CONDE COLMENERO, P. *El acoso laboral en el empleo público*, Granada (Comares), 2009.
- CORREA CARRASCO, M. y QUINTERO LIMA, M.ª G. *Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del convenio n.º 190 OIT en el marco del trabajo decente (ODS 3, 5, 8 de la Agenda 2030)*. Dykinson (Madrid), 2021.
- DE VICENTE PACHÉS, F. *Ciberacoso en el trabajo*. Atelier (Barcelona), 2018.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. «Los delitos de acoso en los ámbitos Inmobiliario y laboral». En DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.) *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por la LO. 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Aranzadi (Pamplona), 2011.
- FERNÁNDEZ PALMA, R. «Acoso laboral e inmobiliario». En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Aranzadi (Pamplona), 2010.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. «La promoción de un nuevo modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica como mecanismo de control de focos de riesgo derivados de conductas ajenas a su actividad e interés y su incompatibilidad con el contenido del artículo 31 bis 1.º CP». *La Ley Compliance Penal* n.º 14, 2023 (edic. online).

- GRIMA LIZANDRA, V. «Delitos contra la integridad moral». En BOIX REIG, J. *Derecho Penal. Parte Especial. La protección penal de los intereses jurídicos personales*. Iustel (Madrid), 2010.
- HIRIGOYEN, M. F. *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*. Paidós Ibérica (Barcelona), 1998, pp. 43 y 44.
- KAHALE CARRILLO, D. T. «Acoso laboral (moobing) diferencias con las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo». *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo* n.º 9, 2008.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R. «La consideración de la actitud pasiva empresarial ante el hostigamiento psicológico como incumplimiento preventivo y recargo de prestaciones en supuestos de laboralidad del mobbing». *Relaciones Laborales* n.º 11, 2010 (edic online, La Ley 4953/2010).
- MOLINA NAVARRETE, C. «La des-psicologización del concepto constitucional de acoso moral en el trabajo: ni la intención ni el daño son elementos del tipo jurídico». *Revista de Derecho Social* n.º 86, 2019.
- *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*. La Ley (Madrid), 2019.
- *Violencia y acoso de persecución sindical: nuevas perspectivas de tutela a la luz del convenio 190*. Bomarzo (Albacete), 2020.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch (Valencia), 25.^a edic., 2023.
- NAVARRO NIETO, F. *La tutela jurídica frente al acoso moral laboral*. Aranzadi (Pamplona), 2007.
- PÉREZ MACHÍO, A. I «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y delitos de tratos degradantes, acoso laboral, acoso inmobiliario y acoso sexual: ¿un paso más hacia el sistema de incriminación de *numerus apertus*?», *La Ley Compliance Penal* n.º 12, 2023, (edic. online).
- PONS CARMENA, M. «Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190». *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 1, n.º 2, 2020.
- RAGUÉS I VALLÉS, R. *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto de su responsabilidad penal*. Marcial Pons (Madrid), 2017.
- SANTANA VEGA, D. M. «El nuevo delito de acoso laboral». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. et alrii (Dir.) *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos Tirant lo Blanch* (Valencia), 2013.
- SIRVENT HERNÁNDEZ, N. «El derecho a un entorno de trabajo libre de violencia y acoso: nuevos desafíos a la luz del Convenio 190 OIT». *Revista española de Derecho del Trabajo* n.º 269, 2023.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral». En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. Aranzadi (Pamplona), 2011.

- TIRADO ÁLVAREZ, C. «La regulación penal del delito de mobbing en España». Diario La Ley, n.º 7718, 2011.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. «La incriminación del mobbing en Derecho penal español: los claroscuros del delito de acoso laboral». Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal n.º 30, 2013 (edic online, BIB 2013/415).
- YAGÜE BLANCO, S. «Convenio 190 OIT sobre violencia y acoso: delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación por España». Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social n.º 57, 2020.

ACOSO SEXUAL (CP ART. 184)

ANA OLALDE GARCÍA

Profesora Colaboradora Doctora de Derecho Penal
Universidad San Pablo-CEU, CEU Universities

SUMARIO: I. Consideraciones generales y normativa aplicable.–II. La tutela penal del delito de acoso sexual. 1. El bien jurídico protegido. 2. El tipo básico de acoso sexual. 3. Los tipos agravados de acoso sexual. A) El artículo 184.2 del Código Penal. B) El artículo 184.3 del Código Penal. C) El artículo 184.4 del Código Penal. 4. La responsabilidad penal de la persona jurídica. 5. Formas especiales de aparición del delito. A) Grados de ejecución. B) Relaciones concursales. C) Autoría y participación. 6. Penalidad. Bibliografía.

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y NORMATIVA APLICABLE

En el marco jurídico vigente, el delito de acoso sexual emerge como una de las figuras penales más relevantes para proteger la dignidad e integridad de los trabajadores. Su regulación en el artículo 184 del Código Penal, en adelante, CP, establece los límites legales que definen su conducta típica, y refleja el compromiso del ordenamiento jurídico con la erradicación de toda forma de violencia o intimidación de carácter sexual en el ámbito laboral.

El ordenamiento jurídico español trata a la violencia y el acoso en un auténtico «arsenal de normas jurídicas» que conforman un sistema extenso, disperso y fragmentado, que se prevé en diferentes normas y áreas del derecho¹. Y

¹ PONS CARMENA, María: «Violencia y acoso en el trabajo a la luz del convenio OIT 190 y de las nuevas normas españolas de 2022 y 2023 (Ley 15/2022, LO 10/2022 y Ley 4/2023)», en ALTÉS TÁRREGA,

es que, a parte de la tutela penal, también existen mecanismos de prevención en otros sectores jurídicos, como el ámbito del Derecho del Trabajo o del Derecho Administrativo². En el presente capítulo, vamos a centrarnos en el ordenamiento jurídico penal, pues se trata de estudiar el acoso sexual como un delito contra los trabajadores, aun así, haremos una breve recopilación de las normas que deben tenerse en cuenta para una visión completa de esta figura jurídica.

Varias han las normas recientes con incidencia en la materia: la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual o la Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

La reforma introducida por la LO 10/2022 ha reforzado la defensa multidisciplinar en el entorno laboral³ en cuanto que ha incidido sobre la evaluación de riesgos en el trabajo (Artículo 12 de la LO 10/2022), en la mejora de los derechos laborales (art. 38 de la LO 10/2022) y establece un protocolo anti-acoso (art. 12 de la LO 10/2022). Además, reconoce la responsabilidad de las personas jurídicas, lo cual representa un avance significativo en la materia. Para la LO 10/2022, son violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye el acoso sexual. Estas violencias sexuales vulneran el derecho fundamental a la libertad, a la integridad física y moral, a la igualdad y a la dignidad de la persona. Como sabemos, la LO 10/2022 fue reformada por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Sin embargo, dicha reforma no afectó al delito de acoso sexual.

La aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (LOI), fue considerada por muchos como un hito en la materia, en cuanto que en su artículo 7 señaló que tanto el acoso sexual, como

Juan Antonio, y YAGÜE BLANCO, Sergio: *Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso. Consecuencias de su ratificación en el ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 107.

² Para un estudio completo en donde se trata la tutela laboral y penal, *vid.*, EXPÓSITO, JIMÉNEZ, Francisca y HERRERA ENRÍQUEZ, M. Carmen: «Acoso sexual», en RIVAS VALLEJO, Pilar (dir.), GARCÍA VALVERDE, María Dolores (dir.), CABALLERO PÉREZ, María José (coord.) y TOMÁS JIMÉNEZ, Natalia (coord.): *Tratamiento integral del acoso*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 655-715.

³ En el mismo sentido, SÁEZ LARA considera que «después de varias décadas de estudio y tutela judicial del acoso sexual con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, el círculo se cierra», *vid.*, SÁEZ LARA, Carmen: «Violencia sexual, mujer y trabajo», *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 16, 2022, pp. 9 y 10.

el acoso por razón de género, son actos discriminatorios. En este sentido, describe al acoso sexual como «cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno, intimidatorio, degradante u ofensivo»⁴.

En el plano internacional, debe tenerse en cuenta el Convenio 190 de la OIT sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo⁵, así como la Recomendación 206 que lo complementa. Estas son las primeras normas internacionales del trabajo que ofrecen un marco común para prevenir, remediar y eliminar la violencia y el acoso en el ámbito laboral, incluyendo la violencia y el acoso por razón de género. Su artículo 1.1 establece que «la expresión violencia y acoso en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten en una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico». Aunque tradicionalmente estos dos conceptos se han considerado por separado, la violencia y el acoso ahora se abordan como una única entidad. Esta unificación busca abarcar una gama más amplia de situaciones reprochables y dotar al concepto de mayor flexibilidad, facilitando su adaptación a las regulaciones nacionales⁶.

De la lectura de ambos instrumentos, se revela que la regulación de este ámbito objetivo persigue abarcar toda forma de violencia y acoso en el trabajo, incluyendo aquellas que ocurren a través de tecnologías de la información y la comunicación. Además, se introducen nuevas obligaciones legales relacionadas con la evaluación de los riesgos de violencia y acoso, y se establecen procedimientos de denuncia y resolución de conflictos que garantizan la confidencialidad y la protección de la persona afectada.

La ratificación del Convenio 190 por parte de España, cuya entrada en vigor se produjo el 25 de mayo de 2023, implicaba la necesidad de modificar nuestro ordenamiento jurídico para acomodarlo a las exigencias contenidas en el citado Convenio⁷. En este sentido, ha sido considerado conveniente imple-

⁴ Artículo 7.1 LOI.

⁵ Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019, publicado en el BOE el 16 de junio de 2022.

⁶ ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio: «La represión penal del acoso en el trabajo», en *LABOS, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 1, 2021, pp. 43-44.

⁷ Para un conocimiento más extenso de la problemática, *vid.*, MORENO MÁRQUEZ, Ana María: «El convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo y sus implicaciones en el ordenamiento laboral español», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 166, 2023, pp. 93-138.

mentar una regulación específica que aborde de manera efectiva sus mandatos, especialmente desde una perspectiva preventiva⁸.

La Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica contiene una serie de recomendaciones programáticas dirigidas a los Estados miembros de la Unión Europea sobre el acoso sexual en el trabajo⁹. En concreto, la directiva señala que deben prestarse servicios de asesoramiento internos o externos tanto a las víctimas como a los empleadores, que deberán incluir información sobre la manera de abordar adecuadamente los casos de acoso sexual en el trabajo y sobre las soluciones de que se dispone para apartar al autor del lugar de trabajo¹⁰.

Por su parte, el Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, reconoce a los trabajadores, con relación al trabajo, en su artículo 4.2.e), el derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso sexual. Asimismo, el artículo 54.2.g) ET, considera incumplimiento contractual a efectos del correspondiente disciplinario, el acoso sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa. Ambos comprenden también la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso por razón de sexo.

El Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, tipifica como faltas disciplinarias muy graves, en su artículo 95.2.b), el acoso por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, expresión de género, características sexuales, y el acoso moral y sexual. Y, en su artículo 95.2.o), el acoso laboral.

La única referencia al acoso sexual, la encontramos en el artículo 14 EBEP, en cuanto que establece como derecho de carácter individual, el

⁸ LOUSADA AROCHENA, José Fernando: «Acoso sexual. El estado de la cuestión en España tras los últimos instrumentos internacionales», en *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, núm. 18, 2020, pp. 65-82.

⁹ Sobre el concepto de acoso en el Derecho de la Unión Europea, *vid.*, ROBLES CARRILLO, Margarita: «El concepto de acoso en el Derecho de la Unión Europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49, 2014, pp. 805-846; BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles: «El acoso sexual: una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea», en GIL RUIZ, Juana María (coord.): *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, *Generalidad de Cataluña, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada*, 2013, pp. 17-50.

¹⁰ *Vid.*, MAGRO SERVET, Vicente: «Proyección en nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica», en *Diario La Ley*, núm. 10518, 2024, pp. 1-15.

respeto de su intimidad, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, moral y laboral. La Disposición Adicional séptima, respecto a los planes de igualdad, prevé la creación de un Registro de Planes de Igualdad, adscrito al departamento con competencias en materia de función pública, al que deberán remitir las distintas Administraciones públicas sus planes de igualdad, así como sus protocolos que permitan proteger a las víctimas de acoso sexual y por razón de sexo, para un mejor conocimiento, seguimiento y transparencia de las medidas a adoptar por todas las Administraciones Públicas en esta materia.

Como podemos observar, tanto el ET como el EBEP hacen referencia al acoso sexual junto con otras modalidades de acoso, como pueden ser el acoso por razón de género, por origen racial o étnico, religión o convicciones.

En el plano administrativo, 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 LISOS, establece en el artículo 8.13 como infracción muy grave el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma. En base a este precepto, cabe la opción de atribuir responsabilidad al empresario, no solo por las conductas de acoso cometidas por terceros, sino también las que recaen sobre los sujetos pertenecientes a la organización empresarial que carecen de una relación contractual con la misma¹¹. Se ha considerado que, esta previsión contenida en la LISOS está en línea con lo dispuesto en el Convenio 190 OIT¹².

De esta compilación sobre la regulación con mayor incidencia en la materia¹³, debemos concluir que el análisis del acoso sexual no solo exige una comprensión técnica de sus disposiciones, sino también una reflexión sobre su función protectora y su eficacia real en el entorno laboral. Para ello, es necesario llevar a cabo un examen detallado de su regulación, interpretación jurisprudencial y de las políticas públicas diseñadas para su prevención y sanción.

¹¹ PONS CARMENA, María: «Violencia y acoso en el trabajo a la luz del convenio OIT 190 y de las nuevas normas españolas de 2022 y 2023 (Ley 15/2022, LO 10/2022 y Ley 4/2023)», *op. cit.*, p. 112.

¹² ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio: «El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa de la violencia y el acoso en el trabajo», en *Revista crítica de relaciones laborales, Laborum*, núm. 4, 2022, pp. 97-121.

¹³ Para estudiar la evolución legislativa en la materia, *vid.*, SÁEZ LARA, Carmen: «Violencia sexual, mujer y trabajo», *op. cit.*, pp. 12-17.

II. LA TUTELA PENAL DEL DELITO DE ACOSO SEXUAL

La tutela penal del delito de acoso sexual se encuentra ubicada sistemáticamente en el Capítulo III, «*Del acoso sexual*», del Título VIII, «Delitos contra la libertad sexual», del Libro II, «Delitos y sus penas». Este capítulo consta de un único artículo, el 184, que define la conducta típica del acoso sexual, dividiéndola en un tipo básico (apartado primero) y un tipo cualificado (apartados segundo, tercero y cuarto). Además, el nuevo apartado quinto establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La regulación específica de este delito fue una de las mayores novedades que introdujo el Código Penal de 1995, que por primera vez tipificó como infracción autónoma el acoso sexual¹⁴. Tanto parte de la doctrina¹⁵ como la opinión pública lo habían venido solicitando, ya que el delito preexistente, conocido como delito de sollicitación sexual por autoridad o funcionario público, entre otras figuras punitivas en las que podía quedar encajada la conducta típica actual, resultaban insuficientes¹⁶.

Aunque la inclusión del artículo 184 CP fue acogida de forma positiva por la doctrina, se criticó abiertamente su contenido, por la «disfuncionalidad e ineficacia» de la que adolecía¹⁷, algo que tampoco se consideró solucionado por la reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, en donde se consideró que se había ampliado, en demasía, el tipo penal. También fueron abiertas las críticas por la inclusión de una pena menor a la que señalaban esos otros delitos aplicables con anterioridad a la creación del artículo 184 CP¹⁸.

¹⁴ Ni si quiera venía prevista su regulación en el Proyecto de Código de 1994, sino que se introdujo durante el trámite parlamentario, lo cual provocaron todo tipo de críticas. *Vid.*, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.), *Sistema de Derecho Penal, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 301-302.

¹⁵ CARMONA SALGADO, Concepción: «Delitos contra la libertad sexual (II). Acoso sexual. Exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución. Otros delitos relativos a la explotación sexual y a la corrupción de menores. Disposiciones comunes al Título VIII», en COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.): *Derecho penal español, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 288; DE VEGA RUIZ, José Augusto: *El acoso sexual como delito autónomo*, Colex, Madrid, 1991, *passim*.

¹⁶ BOIX REIG, Javier y ORTS BERENGUER, Enrique: «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999», en *Actualidad Penal*, núm. 2, 1999, pp. 667-687; NARVÁEZ BERMEJO, Miguel Ángel: *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 89.

¹⁷ Por todos, *vid.*, CARMONA SALGADO, Concepción: «Delitos contra la libertad sexual (II)», *op. cit.*, p. 288.

¹⁸ *Vid.*, LARRAURI PIJOÁN, Elena: «El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm.7, 1997, p. 178-200; LARRAURI PIJOÁN, Elena, y SÁNCHEZ TORRES, Esther: *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 13.

En este contexto, la doctrina también se planteaba la interrogante sobre cuándo se traspasaba el ámbito de protección proporcionado por las leyes laborales o civiles, para entrar en el terreno de una protección más severa y penal. Como respuesta, cabe afirmar que la necesidad de una protección más efectiva y estricta para las formas más graves de acoso sexual justifica la especificidad de esta tipificación. No obstante, para respetar el principio de legalidad, es imperativo que estén presentes todos los elementos, tanto objetivos como subjetivos, que definen este tipo de conducta delictiva¹⁹. En el caso no poder afirmarse, deberemos acudir a otras tutelas menos restrictivas de derechos como lo son la laboral o administrativa.

Por su parte, la jurisprudencia ha justificado la existencia de este delito en la necesaria protección de la esfera íntima de la persona, recogida en el artículo 18.1 de la Constitución Española, como reflejo, a su vez, de la dignidad, protegida en el artículo 10 del mismo texto legal²⁰.

1. El bien jurídico protegido

La determinación del bien jurídico protegido del delito de acoso sexual, aunque puede parecer sencilla, pues forma parte de los delitos contra la libertad sexual, por lo que podríamos, a priori, determinar que ese es el bien jurídico protegido, también está vinculado a otros bienes y valores jurídicos, como son el honor, la intimidad, la igualdad o la integridad moral²¹.

Además, si tenemos en cuenta que en la reforma de 1999 se introdujo el actual tipo básico del artículo 184. 1, quedando desplazada la primigenia figura de acoso sexual al tipo agravado del actual 184.2, la tarea se complica. Y es que, en efecto, en su redacción original, al castigar la conducta consistente en solicitar favores sexuales prevaliéndose de una situación de superioridad a través de la amenaza de un mal, como la conducta base del tipo penal, el bien jurídico protegido estaba claro: la *libertad sexual*. Sobre todo, en la fase de formación de voluntad o toma de decisión, en donde se incidía por parte del sujeto activo a través del prevalimiento o amenaza²².

¹⁹ CÁMARA ARROYO, Sergio: «Delitos contra la libertad sexual», en SERRANO TÁRRAGA, M.ª DOLORES (COORD.), VÁZQUEZ GONZÁLEZ, CARLOS, FERNÁNDEZ BERMEJO, DANIEL, CÁMARA ARROYO, Sergio, TEJÓN ALCALÁ, Marco, MELÉNDEZ SÁNCHEZ, Felipe Luis: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 273.

²⁰ ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio: «La represión penal del acoso en el trabajo», *op. cit.*, p. 56.

²¹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)», *op. cit.*, p. 302.

²² SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)», *op. cit.*, p. 302.

Con la reforma, el tipo base pasó a ser la solicitud de favores sexuales en el marco de una relación laboral, docente, de prestación de servicios o análoga, sin prevalimiento o amenaza, pero exigiendo la provocación de una situación intimidatoria, hostil o humillante. Por lo que, para parte de la doctrina, la sustentación que justifica la existencia de estos delitos ha cambiado, alejándose de la libertad sexual para acercarse a la integridad moral ²³.

Si bien, el acoso sexual atenta, de manera indiscutible, contra la *libertad de la víctima*, concretado en los actos de coacción, limitación, presión o apremio que se ejercen contra ésta para que tome una particular elección sobre las intenciones sexuales de su agresor. Elección que solo puede concluirse en las siguientes elecciones o alternativas ²⁴: o bien accede a las pretensiones sexuales del agente para no soportar la situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante (tipo básico del artículo 184.1 del Código Penal); evita que se materialice la amenaza de ser perjudicada en sus legítimas expectativas laborales, docentes o de otra índole (tipo agravado del artículo 184.2 del Código Penal); o se niega a sus solicitudes sexuales, aunque conlleve la materialización de las referidas consecuencias.

En ninguno de los supuestos planteados existe consentimiento. Como tampoco podemos decir que concurre anuencia de la víctima en aquellos casos en las que concurre prevalimiento. Pues la presencia de un consentimiento libre y espontáneo se descarta igualmente, por encontrarse viciado a causa del mecanismo de coacción, en cuanto que se presta como consecuencia de una imposición en sentido restrictivo por parte del sujeto activo.

La diferencia con otros delitos contra la libertad sexual, como la agresión sexual, está en que es la fase de formación de voluntad de la víctima la que se ve conculcada de forma más intensa. Y es que, en las agresiones sexuales es la fase de libre ejecución la que se ve afectada, más que la de formación o toma de decisión de ésta, como sucede con el delito de acoso sexual. Y es que, éste último, comparte más rasgos definitorios con las amenazas que con las agresiones sexuales.

En consecuencia, al atentar contra la libre decisión de no involucrarse en una relación sexual no deseada, afecta tanto a la libertad sexual como a la esfera íntima de la persona, tal como establece el artículo 18.1 de la Constitución

²³ Justificando esta postura, SÁINZ-CANTERO, sostiene que esta conclusión «se ve refrendada por ser precisamente el artículo 173 el que ha recogido las nuevas modalidades de acoso (inmobiliario y laboral) que creó la reforma de 2010, y que tienen un claro paralelismo estructural y de contenido con el delito que ahora estudiamos (ya a favor de considerar la dignidad o integridad moral como bien jurídico tutelado en el acoso sexual, SSTS de 27 de junio de 2003, 1460/2003, de 7 de noviembre)». *Id.*, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)», *op. cit.*, p. 303.

²⁴ CARMONA SALGADO, Concepción: «Delitos contra la libertad sexual (II)», *op. cit.*, pp. 288-289.

Española. Además, este comportamiento refleja una violación de la dignidad, protegida de igual manera en el artículo 10 del mismo texto legal²⁵.

2. El tipo básico de acoso sexual

El artículo 184.1 del Código Penal castiga con la pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses, para aquel que «solicitar favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente, de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante»²⁶.

El acoso sexual, por tanto, se puede definir como aquella conducta de naturaleza sexual que afecta a la dignidad de mujeres y hombres en el entorno laboral, abarcando acciones físicas, verbales o no verbales, pero siempre no deseadas²⁷. Además, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, define el acoso sexual como «cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual, que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo»²⁸.

Como hemos visto, afecta directamente a la capacidad de decidir libremente no participar en relaciones sexuales no deseadas, vulnerando tanto la libertad sexual como la esfera íntima de la persona, incluyendo la dignidad de la persona²⁹.

Para entender que estamos ante una conducta de acoso sexual, deben concurrir una serie de elementos objetivos y subjetivos. En primer lugar, respecto de los elementos objetivos, la primera característica típica implica la solicitud de favores sexuales para sí mismo o para otro, en el sentido de pedirlos, requerirlos o demandarlos, o intentar obtenerlos, de manera oral o escrita³⁰. No es

²⁵ CÁMARA ARROYO, Sergio: «Delitos contra la libertad sexual», en SERRANO TÁRRAGA, M.^a Dolores (coord.), VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel, CÁMARA ARROYO, Sergio, TEIJÓN ALCALÁ, Marco, MELÉNDEZ SÁNCHEZ, Felipe Luis: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 272.

²⁶ Artículo 184. 1 del Código Penal.

²⁷ CÁMARA ARROYO, Sergio: «Delitos contra la libertad sexual», *op. cit.*, p. 272.

²⁸ Artículo 7.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

²⁹ CÁMARA ARROYO, Sergio: «Delitos contra la libertad sexual», *op. cit.*, p. 272.

³⁰ LAMARCA PÉREZ, Carmen: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, MESTRE DELGADO, Esteban, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia: *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 206.

necesario que la solicitud sea necesariamente verbalizada, sino que basta con que se exprese de manera que pueda ser entendida por la persona a la que va dirigida. Por lo que, la solicitud puede ser expresada de múltiples maneras, pero de forma clara y sin ambigüedades. No llegará a ser suficiente la mera insinuación³¹.

En este sentido, la jurisprudencia reciente ha reconocido que el comportamiento, físico o verbal, de naturaleza sexual, también puede ser implícito, siempre y cuando resulte inequívoco³². Tampoco importa si el destinatario o destinataria acepta o rechaza la solicitud.

Es importante señalar que esta solicitud puede ser un único acto aislado, pero para configurar el tipo penal, debe manifestarse a través de múltiples actos reiterados de hostigamiento, acompañados de frases, alusiones o gestos de claro contenido sexual³³. Es decir, debe haber cierta persistencia en el tiempo.

La solicitud no debe ir acompañada de obtención³⁴, y, en caso de que se logren obtener los favores sexuales solicitados, se aplicaría el correspondiente tipo de agresión sexual, algo que estudiaremos con más detenimiento en el apartado dedicado a las reglas concursales.

Según parte de la doctrina, el concepto legal de acoso tiene un alcance algo más restrictivo que su uso coloquial, que abarca situaciones en las que se expone al individuo afectado a un ambiente intimidante mediante comentarios de índole sexual frecuentes en conversaciones, bromas o gestos que incluyen toques físicos sutiles e inesperados, sin requerir ninguna conducta sexual del individuo afectado³⁵. Sin embargo, el delito se consuma desde su formulación, con indiferencia de que el sujeto activo alcance, o no, sus objetivos.

Respecto al contenido de los favores sexuales solicitados, podrán ser de cualquier naturaleza y abarcar cualquier tipo de acto, ya sea acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos o miembros de corporales por las dos primeras vías. Al igual que sucede con las agresiones sexuales, tampoco es necesario que impliquen contacto físico entre las personas involucradas.

En relación con los sujetos intervinientes, también es indiferente, como señala el Código Penal, que el destinatario sea el propio solicitante o un terce-

³¹ ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio: «La represión penal del acoso en el trabajo», *op. cit.*, p. 58.

³² STS 1569/2023, de 27 de noviembre.

³³ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 25.ª edición, p. 264.

³⁴ LAMARCA PÉREZ, Carmen: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», *op. cit.*, p. 206.

³⁵ Es denominado por la doctrina como acoso ambiental. *Vid.*, LARRAURI PIJOAN, Elena, y SÁNCHEZ TORRES, Esther: El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral, *op. cit.*, p. 65.

ro. Tampoco importa el sexo de los sujetos activo o pasivo, que podrá ser indistintamente hombre o mujer. Si se exige, en cambio, una relación específica entre ellos, ya que es imprescindible que tanto el sujeto que solicita, como el que recibe los favores, desarrollen su actividad en el mismo entorno laboral, docente o de prestación de servicios, ya que la solicitud debe realizarse en el seno de dichas relaciones para que se considere delictiva. Este contexto es crucial para entender la conducta delictiva, que, al ser producida en el seno de dicha relación, se convierte en una forma de «acoso ambiental»³⁶.

Ahora bien, ¿qué se entiende por relación laboral? La ocupación remunerada. Para la mayor parte de la doctrina, es indiferente la validez o existencia de un contrato. Si se exige que dicha relación sea continuada y habitual, a saber, que tenga una cierta permanencia, excluyéndose los vínculos esporádicos. Resulta particularmente importante en este punto matizar que la relación laboral a la que hace referencia el tipo básico no incluye aquellas que provoquen que el sujeto activo se encuentre en una relación de superioridad, o, al menos, no debe prevalecerse de ella³⁷. Ya que, en ese caso, sería de aplicación el tipo agravado previsto en el artículo 184.2 del Código Penal.

Además, es necesario que el sujeto que realiza la solicitud genere en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil y humillante. En este punto, aunque la doctrina es prácticamente unánime en cuanto a la consideración del acoso sexual como un delito especial propio³⁸, la jurisprudencia presenta divisiones, con algunos pronunciamientos que consideran el acoso sexual como un delito de mera actividad o de resultado de un peligro concreto. La controversia radica en que, aunque el tipo penal requiere la creación de esa situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, no está claramente definido si se requiere también la producción de un resultado o cambio discernible en el mundo exterior como resultado de la acción. Por lo tanto, mientras que algunos autores sostienen que el delito de acoso sexual requiere un resultado típico separable espacio-temporalmente de la conducta, para otros es simplemente una condición objetiva de punibilidad.

La interpretación mayoritaria es que se refiere a una situación objetiva, por lo que no son suficientes las meras impresiones subjetivas ni las simples caracterizaciones personales de la víctima. Y es que, si lo consideramos un delito de resultado, debe existir una adecuada relación de causalidad entre la

³⁶ CÁMARA ARROYO, Sergio: «Delitos contra la libertad sexual», *op. cit.*, p. 274.

³⁷ LAMARCA PÉREZ, Carmen: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», *op. cit.*, p. 207.

³⁸ CÁMARA ARROYO, Sergio: «Delitos contra la libertad sexual», *op. cit.*, p. 273; LAMARCA PÉREZ, Carmen: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» *op. cit.*, p. 206; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 264.

acción del sujeto activo y el resultado exigido por la norma penal. Por el contrario, si se considera que se trata de un delito de mera actividad, será suficiente con la idoneidad de la conducta.

La creación de una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante ha sido interpretado como una situación que objetivamente pueda calificarse como una amenaza, un atentado contra la integridad moral o una injuria grave³⁹. En otras palabras, el acoso debe colocar al sujeto pasivo en una situación tal de degradación o vejación, en un clima de adversidad, e incluso de temor que no le permita desenvolverse en el entorno que comparte con el sujeto activo con la necesaria libertad y sosiego.

Por su parte, «gravemente», de naturaleza cualitativa, se refiere tanto a la situación intimidatoria (creación de un clima de terror y amenazante), como a la hostil (extremadamente incómoda o de enemistad) o humillante (degradante y vejatoria). No basta con que la conducta del sujeto activo sea grosera, odiosa o ingrata según la sensibilidad de la víctima, sino que debe ser objetivamente evaluada considerando las circunstancias concurrentes: personales, de lugar y de tiempo⁴⁰.

Es decir, debe crearse un entorno ofensivo y degradante que impida a la persona disponer de las condiciones mínimas necesarias para el desarrollo normal de su personalidad en el lugar de trabajo. El trato debe ser tan vejatorio que coloque a la víctima en un ambiente no sólo incómodo, sino realmente insoportable o agobiante. Esto servirá, en consecuencia, para definir cuándo las características de la acción exceden las previsiones protectoras del ordenamiento civil o laboral, y el comportamiento se adentra en el ámbito penal. La jurisprudencia ha considerado en este punto, que deberá apreciarse un concurso de lesiones con el tipo de lesiones en su vertiente de menoscabo de la salud física o mental⁴¹, cuando, del resultado del acoso sexual se produzca un resultado psíquico que adquieran una magnitud desproporcionada a la que pueda haber sido tomada en cuenta al penalizar este delito⁴².

En lo que respecta a los *elementos subjetivos*, el autor debe actuar con dolo, ya que no se permiten las formas imprudentes en su comisión⁴³. Por tanto, el autor debe ser consciente de que su comportamiento hacia la víctima puede generar en ésta, objetivamente, una situación gravemente intimidatoria,

³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 264.

⁴⁰ CÁMARA ARROYO, Sergio: «Delitos contra la libertad sexual», op. cit., p. 275.

⁴¹ Artículo 147 del Código Penal.

⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 264.

⁴³ La imprudencia es un elemento explícito, al contrario del dolo, que es implícito.

hostil o humillante. Los tipos agravados de acoso sexual comparten las mismas características subjetivas que el tipo base, por lo que no volverá a mencionarse.

3. Los tipos agravados de acoso sexual

A) EL ARTÍCULO 184.2 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 184. 2 CP establece que «si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o sobre persona sujeta a su guarda o custodia, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación»⁴⁴. La pena a imponer será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses.

Este tipo cualificado ha sido denominado acoso por prevalimiento y chantaje sexual. La agravación se realiza por razón del sujeto activo y el mayor desvalor de la conducta, al emplearse en el acoso sexual medios abusivos o intimidatorios para su realización. Además, la cualificación es doble. Por un lado, la agravación típica se basa en la situación de superioridad que el sujeto activo ostenta sobre el pasivo, y que obtiene como consecuencia de una relación laboral, docente o jerárquica, o porque la víctima está sujeta a guarda o custodia. Por otro, también podrá darse cuando se amenace con un mal que esté relacionado con las expectativas que se tenga de la anterior relación.

Respecto a la modalidad por *prevalimiento*, el sujeto activo no sólo debe estar en una situación de superioridad o de ventaja respecto del pasivo, sino que, además, debe prevalecerse de ella. Las relaciones a las que hace referencia el tipo son la superioridad laboral, que será la del jefe hacia el empleado; la docente, del profesor al estudiante; y la jerárquica, del superior al subordinado. Queda incluida también el prevalimiento de la posición de superioridad sobre las personas sujetas a la guarda o custodia del autor, precisamente, debido al mayor desvalor de la acción por la ruptura de la confianza y protección esperada de los custodios, así como por la facilidad aumentada de cometer el delito cuando la víctima es el custodiado.

Hay que tener en cuenta aquí que no cualquier relación de superioridad podrá dar lugar al tipo agravado, sino que, al igual que sucedía en el apartado

⁴⁴ Artículo 184.2 del Código Penal.

anterior, ésta debe darse de forma exclusiva en los ámbitos reflejados en el artículo 184.2 del Código Penal.

En contraposición del tipo base, se ha eliminado la referencia a que dicha relación deba ser continuada y habitual, por lo que podrán incluirse aquellos supuestos de acoso que se producen en el momento de contratación del trabajador⁴⁵. Sin embargo, no pueden considerarse incluidos los acosos que puedan tener lugar en el ámbito familiar o en una situación de dependencia económica, ya que ello supondría realizar una interpretación amplia del concepto «jerarquía».

En la segunda modalidad, la solicitud sexual debe ir acompañada del anuncio de causar un mal a las legítimas expectativas de la víctima. La *amenaza* debe ser grave, seria y verosímil, o por lo menos creíble para la víctima, y el autor debe de ser capaz de ejecutarla. Aquí, se ha considerado que, entonces, cabrán tanto cuando el sujeto activo ostente una posición de jerarquía o superioridad, como cuando se puedan ejercer las presiones o influencias necesarias. Para poder confirmar que concurren estas características, debe estarse al caso concreto, circunstancias concurrentes o edad y psicología de la víctima⁴⁶.

Además, del mismo texto legal se desprende que la amenaza podrá ser expresa o tácita, en el sentido de sobreentender el mal que puede causarle el agente. Respecto de las amenazas expresas, no cabe duda de cómo debe ser la acción típica. Sin embargo, las amenazas implícitas son más difícilmente incluíbles en el concepto genérico de amenazas, aunque en el ámbito de las relaciones verticales o jerarquizadas, pueden tener el mismo efecto intimidante⁴⁷. No será suficiente que la víctima imagine esta intención de perjuicio.

Respecto del contenido del mal, de la descripción legal se desprende que debe consistir en negarle a la víctima las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de las relaciones laborales, docentes o de jerarquía. Por expectativa, debe entenderse «el logro de aquellas prestaciones, mejoras o intereses a que da lugar la relación de que se trate»⁴⁸. En consecuencia, en el ámbito docente, podrá ser conseguir superar la asignatura; en el campo labo-

⁴⁵ LAMARCA PÉREZ, Carmen: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.); ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina; MESTRE DELGADO, Esteban; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia: Delitos. La parte especial del Derecho penal, Dykinson, Madrid, 2022, p. 207.

⁴⁶ MUÑOZ CONDE afirma que «evidentemente, no es lo mismo amenazar con no dar sobresaliente a un alumno que amenazarle con suspenderlo; o amenazar a una persona con un despido que amenazarle con no aumentarle el sueldo, cuando ello es potestativo del que profiere la amenaza». Vid., MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 25.ª edición, p. 265.

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 25.ª edición, p. 265.

⁴⁸ LAMARCA PÉREZ, Carmen: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.); ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina; MESTRE DELGADO, Esteban; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia: Delitos. La parte especial del Derecho penal, Dykinson, Madrid, 2022, p. 208.

ral, aunque resulta más amplio, ya que podrá consistir en la consecución o mantenimiento del puesto de trabajo, por ejemplo, el aumento de sueldo o el cambio de destino.

La segunda característica es que deben ser expectativas legítimas, quedando excluidas las que sean ilícitas o no debidas. Sin que eso signifique que el sujeto pasivo deba tener derecho a la misma de forma legal.

En una interpretación literal, se entiende por «expectativa» la situación en la que alguien «espera obtener algo» y «legítima», debe entenderse dentro del contexto del uso del lenguaje como algo auténtico y verdadero, por lo que no puede limitarse su significado a la simple conformidad con las leyes, lo cual sería muy restrictivo. Deberá ser interpretada como una posible oportunidad de su existencia, si se cumplen ciertos condicionamientos objetivos (como las condiciones del cargo o puesto de trabajo, sistemas de promoción, entre otros), en conexión con otros de carácter subjetivo, como la habilidad, conocimientos y capacidad personal. Trasladando esta interpretación de la expresión «*legítima expectativa*» al ámbito penal, debemos considerarla como una esperanza posible, basada en un fundamento suficiente, dentro del ámbito relacional público o privado en el que la víctima ocupa su posición⁴⁹.

B) EL ARTÍCULO 184.3 DEL CÓDIGO PENAL

El apartado tercero del artículo 184 CP ha sido introducido por la reforma de la LO 10/2022. La cualificación se fundamenta en razones situacionales, que tendrá lugar «si el culpable de acoso sexual lo hubiera cometido en centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, custodia o acogida, incluso de estancia temporal»⁵⁰.

La pena para estos supuestos será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 443.2 CP (acoso sexual específico realizado por funcionarios de instituciones penitenciarias o centros de protección y reforma de menores).

Al utilizar la expresión «sin perjuicio», parece que el legislador ha introducido una cláusula de concurso real de delitos entre el acoso sexual genérico y el específico para este colectivo. Sin embargo, la Circular FGE 1/2023 inter-

⁴⁹ CÁMARA ARROYO, Sergio: «Delitos contra la libertad sexual», *op. cit.*, p. 275.

⁵⁰ Artículo 148.3 del Código Penal.

preta adecuadamente que, en caso de que la conducta pueda simultáneamente ser subsumida en ambos preceptos (arts. 184.3 y 443.2 CP), se deberá apreciar un concurso de normas que se resolverá, de acuerdo con el artículo 8.4 CP, en favor del delito de solicitud sexual por funcionario. Retomaremos este planteamiento en el apartado dedicado a los concursos de delitos.

La mayor crítica ha estado en que la doctrina ha considerado que esta cualificación se superpone, en parte, con la contenida en el apartado anterior. Pues ésta se refiere, entre otros supuestos, al acoso sexual sobre persona sujeta a guarda o custodia⁵¹. La única diferencia radica, entonces, en que en este apartado el prevalimiento se presume en función del lugar donde se comete el hecho. Se trata, por tanto, de un acoso ambiental en determinados espacios cerrados y en los que habitualmente existe una relación de especial sujeción con la Administración, lo que puede facilitar la comisión del acoso.

C) EL ARTÍCULO 183.4 DEL CÓDIGO PENAL

En tercer lugar, el apartado cuarto prevé la imposición de la pena en su mitad superior, «cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, la pena se impondrá en su mitad superior»⁵², haciendo referencia a la clásica previsión de situación de prevalimiento. Esta circunstancia se incorporó al Código penal mediante la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril.

Si bien, su aplicación práctica ha sido escasa. En este sentido, se ha aplicado a casos en los que la víctima tenía dieciséis años y estaba en tratamiento por anorexia nerviosa, o un profesor universitario que acosó sexualmente a una alumna que tenía dificultades para aprobar su asignatura⁵³.

4. La responsabilidad penal de la persona jurídica

Otra de las novedades que ha introducido la LO 10/2022, es la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en los siguientes términos: «cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea res-

⁵¹ Por todos, *vid.*, MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 25.ª edición, p. 265.

⁵² Artículo 148.4 del Código Penal.

⁵³ *Vid.*, MOYA GUILLEM, Clara: «La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española», en *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. 24, 2020, p. 37.

ponsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33»⁵⁴. Esta reforma ha sido recogida positivamente por la doctrina bajo el fundamento de que, si consideramos el acoso sexual como una modalidad de acoso ambiental, a las víctimas debemos otorgarles una mayor protección.

Este supuesto solo será aplicable en los casos en los que el delito sea cometido en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, y en su beneficio directo o indirecto, por las personas físicas que se mencionan en los apartados a) y b) del artículo 31 bis.1, y de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 66 bis⁵⁵. Por ello, los programas de compliance normativos adquieren un singular interés, que en el asunto que estamos tratando, deberán estar basados en los procedimientos de prevención del acoso sexual en la empresa.

Al respecto, debemos acudir al artículo 48 LOI el que establece las medidas específicas para prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo. La dificultad aquí está en que, era el antiguo artículo 48 LOI el que establecía los procedimientos y protocolos anti-acoso⁵⁶. Sin embargo, con la nueva redacción dada por la LO 10/2022, únicamente se hace referencia a que «las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital»⁵⁷. Añadiendo que, «con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación»⁵⁸.

En la actualidad, es el artículo 12 LOI el que hace referencia a la tutela judicial efectiva que pueda derivarse de la comisión de un delito de acoso sexual, lo que ha sido interpretado por la doctrina como un tránsito, desde instru-

⁵⁴ Artículo 148.5 del Código Penal.

⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 25.ª edición, p. 266.

⁵⁶ El derogado artículo 48 LOI establecía que «las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación».

⁵⁷ Artículo 48.1 LOI primer párrafo.

⁵⁸ Artículo 48.1 LOI segundo párrafo.

mentos para la prevención del acoso, a medios para la prevención de delitos y conductas contra la libertad sexual. Es decir, los protocolos parecen configurarse como procedimientos destinados a prevenir la criminalidad sexual en el entorno empresarial, aproximándose a su conceptualización como programas de prevención de riesgos penales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 bis CP⁵⁹.

Estos instrumentos continúan asumiendo una doble función preventiva y reparativa, al tener que identificar y evaluar los riesgos, estableciendo obligaciones formales y materiales para evitar la aparición de fenómenos de acoso. Para ello, deben señalar los aspectos organizativos sobre los que es necesario incidir para su prevención, así como las medidas que deben implementarse al respecto. Dichas medidas deben estar dirigidas a la sensibilización, formación e información sobre estos riesgos, especialmente a los mandos, la evaluación del riesgo de acoso en la organización, la planificación de la actividad preventiva y la vigilancia de la salud. Además, estos protocolos actúan como instrumentos reactivos al articular procedimientos de denuncia y resolución de conflictos dentro de la empresa.

En consecuencia, en nuestra regulación, la exoneración de responsabilidad de la persona jurídica se vincula a que el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (artículo 31 bis.21.^a); que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica (artículo 31 bis. 22.^a); a que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención (artículo 31 bis.2.3.^a); y a que no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a (artículo 31 bis.2.4.^a).

En otras palabras, para que exista responsabilidad penal de una persona jurídica deviene necesario que el hecho delictivo se cometa como consecuencia de haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control, atendiendo a las circunstancias concretas del caso. Como consecuencia necesaria de esta afirmación, la responsabilidad penal de la persona jurídica queda vincula-

⁵⁹ SÁEZ LARA, Carmen: «Violencia sexual, mujer y trabajo», *op. cit.*, p. 33.

da a la inexistencia de instrumentos adecuados y eficaces en la prevención del delito y a la existencia de una cultura de respeto al derecho, que se conseguirá a través de la implementación de un adecuado programa de compliance.

La responsabilidad penal de la persona jurídica por la comisión de un delito de acoso sexual introducida en el artículo 184.5 CP, determina la importancia vital de los protocolos para su prevención, pues las empresas podrán quedar exoneradas de la responsabilidad penal, si demuestran la implementación adecuada de procedimientos de prevención del delito.

5. Formas especiales de aparición del delito

A) GRADOS DE EJECUCIÓN

Para la consumación del delito, como ya hemos visto, no es necesario la realización de actos sexuales concretos, que supongan contacto corporal o relación directa y material entre agresor y víctima. Si son, por el contrario, requisitos necesarios la solicitud de favores sexuales acompañada del anuncio de causarle un determinado mal o el prevalimiento de la situación de superioridad que tuviera en relación con la víctima.

La problemática concreta radica en si cabe apreciar o no la posibilidad de comisión de este delito en grado de tentativa. La dificultad está en que, si únicamente existe una solicitud, no seguida del correspondiente prevalimiento y amenazas mencionados, no sería, por sí misma, suficientemente efectiva para la consumación del delito. Ahora bien, se ha admitido que, al igual que sucede con las amenazas, podría ser estimada, a priori, en aquellos casos en las que se hubieran emitido por el sujeto activo, sin que hayan llegado a ser conocidas por el pasivo, víctima del acoso sexual⁶⁰.

No habría problema en aquellos casos en los que la amenaza se hiciera de forma tácita, es decir, cuando sea una amenaza presunta, pues dicha posibilidad se encuentra admitida por el propio artículo 184.1 CP.

B) RELACIONES CONCURSALES

El artículo 184 CP no prevé la relación concursal que pudiera darse si de la solicitud de favores sexuales se acompañase de actos concretos que pudie-

⁶⁰ CARMONA SALGADO, Concepción: «Delitos contra la libertad sexual (II)», *op. cit.*, pp. 294-295.

sen ser identificados como otro delito de agresión sexual (por ejemplo, acceso carnal). Algo que, en cambio, si se produce en el artículo 444 CP en relación con el acoso sexual cometido por funcionario público, cuando establece que «las penas previstas en el artículo anterior se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos»⁶¹, y que sería conveniente que el legislador incorporara respecto del artículo 184 CP.

Con anterioridad a la reforma operada por la LO 10/2022, la problemática concursal se resolvía por consunción a favor del delito de abuso sexual de prevalimiento de los antiguos arts. 181.3 o 181.4 CP, en función de la trascendencia del acto sexual ejecutado. Esto es si, si concurría acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales por las dos primeras vías, o no.

Actualmente, como consecuencia de la desaparición del delito de abuso sexual, que queda incardinado en las agresiones sexuales, la realización de concretos actos materiales dará lugar, respectivamente, a los tipos contenidos en el artículo 178 y 179 CP.

Así, el artículo 178. 1 CP establece una pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, «el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento»⁶², entendiéndose que, sólo media consentimiento, «cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona»⁶³.

En concreto, el artículo 178.2 CP entiende que, se considerarán, en todo caso, agresiones sexuales, «los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad»⁶⁴. De existir acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales por las dos primeras vías, deberá aplicarse el artículo 179.1 CP, en donde castiga dicho comportamiento, como violación, con la pena de prisión de cuatro a doce años.

Asimismo, también surgirá un concurso de normas entre los artículo 184 y 443 CP, solventándose por el principio de especialidad a favor de este último.

⁶¹ Artículo 444 del Código Penal.

⁶² Artículo 178.1 del Código Penal.

⁶³ Artículo 178.1 del Código Penal.

⁶⁴ Artículo 178.2 del Código Penal.

El artículo 443 CP es un delito especial que condena, con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, a «la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior»⁶⁵.

La misma pena se impondrá, en virtud del apartado segundo del artículo 443 CP, al funcionario de Instituciones Penitenciarias, de centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, o custodia, incluso de estancia temporal, que «solicitará sexualmente a una persona sujeta a su guarda»⁶⁶. Y, en virtud del apartado tercero, y con las mismas consecuencias penales, se castigará si «la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad»⁶⁷.

Por su parte, debemos establecer una línea divisoria con el tipo de amenazas condicionales de un mal no constitutivo de delito del artículo 171. 1 CP, algo que no resulta sencillo. Si bien, como el artículo 184 del CP tiene un contenido más específico en cuanto a los requisitos que deben concurrir para apreciar el tipo penal, en un hipotético concurso de leyes habrá de resolverse a favor del delito de acoso sexual en virtud del principio de especialidad⁶⁸.

C) AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El delito de acoso sexual, al formar parte de los delitos contra la libertad sexual, ha estado bajo el continuo debate doctrinal sobre si deben ser clasificados como delitos de propia mano.

Si consideramos como premisa, la no inclusión del delito de acoso sexual en dicha clasificación podría llegar a admitirse la autoría mediata como una

⁶⁵ Artículo 443.1 del Código Penal.

⁶⁶ Artículo 443. 2 del Código Penal.

⁶⁷ Artículo 443. 3 del Código Penal.

⁶⁸ En el mismo sentido, *vid.*, CARMONA SALGADO, Concepción: «Delitos contra la libertad sexual (II)», *op. cit.*, pp. 295-296.

forma de ejecución del delito, en aquellos casos en los que una persona haya sido manipulada o instrumentalizada por otra con la finalidad de que realice el tipo de acoso sexual, satisfaciendo las necesidades del autor mediato. Si, en cambio, hubiese previo acuerdo de voluntades o contraprestación convenida entre ambos, deberá ser calificado como inducción⁶⁹.

6. Penalidad

Para poder abordar correctamente la penalidad otorgada al delito de acoso sexual, debemos hacer un repaso sobre la evolución punitiva que ha sufrido con las sucesivas reformas que han venido aconteciendo.

Así, en el texto originario del Código Penal de 1995 la pena era pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses. Se rebajó por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril a pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses. Ya en 2003, por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se volvió a delimitar el límite mínimo y máximo y las penas posibles a imponer, estableciendo una pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses.

Pena que se mantuvo en vigor hasta 2022, con la LO 10/2022, estableciéndose una pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses. Modificación que debemos acoger de manera positiva, pues se endurece la pena de prisión a imponer y se incluye la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad, algo que, dado la especial relación que tiene que concurrir entre el sujeto activo y pasivo, el tipo penal ya venía requiriendo.

La principal crítica que se hacía por parte de la doctrina a las penas previstas para el acoso sexual antes de la reforma operada por la LO/2022, estaba en la desproporción de penas entre dicho delito y el delito de abuso sexual del artículo 181.3 CP. Ya que, éste último, contenía una pena de multa similar al antiguo artículo 184 CP⁷⁰.

⁶⁹ Artículo 28 del Código Penal.

⁷⁰ Se consideraba que, de no haberse introducido en el Código Penal de 1995 la figura del acoso sexual con carácter autónomo, se podría haber reconducido a una tentativa de abuso sexual. *Vid.*, CARMONA SALGADO, Concepción: «Delitos contra la libertad sexual (II)», *op. cit.*, p. 296; POLAINO ORTS, Miguel: «Los delitos sexuales a la luz del Código penal de 1995 (especial referencia a la Ley Orgánica 11-1999, de 30 de abril)», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 67, 1999, pp. 143-216.

Esta desproporción se ha corregido en la actualidad, en cuanto que la pena del artículo 178 CP es pena de prisión de uno a cuatro años, y, la del artículo 184 CP, pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses.

Por su parte, los tipos cualificados de acoso sexual establecen las siguientes penas: pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses si concurre el apartado segundo; pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 443.2 CP, si concurre el apartado tercero; y pena en su mitad superior si la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad o discapacidad⁷¹.

Respecto a la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando una persona jurídica sea responsable penal de un delito de acoso sexual, se impondrá una pena de multa de seis meses a dos años, así como las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 CP. A saber, la disolución de la persona jurídica, que producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita⁷², y la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años⁷³.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio: «La represión penal del acoso en el trabajo», en *LABOS, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 1, 2021.
- ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio: «El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa de la violencia y el acoso en el trabajo», en *Revista crítica de relaciones laborales, Laborum*, núm. 4, 2022.
- BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles: «El acoso sexual: una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea», en GIL RUIZ, Juana María (coord.): *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, *Generalidad de Cataluña, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada*, 2013.

⁷¹ Arts. 184.2, 184.3 y 184.4 del Código Penal.

⁷² Artículo 33.7.b) del Código Penal.

⁷³ Artículo 33.7.g) del Código Penal.

- BOIX REIG, Javier y ORTS BERENGUER, Enrique: «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999», en *Actualidad Penal*, núm. 2, 1999.
- CÁMARA ARROYO, Sergio: «Delitos contra la libertad sexual», en SERRANO TÁRRAGA, M.^a Dolores (coord.), VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos; FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel; CÁMARA ARROYO, Sergio; TEIJÓN ALCALÁ, Marco; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, Felipe Luis: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- CARMONA SALGADO, Concepción: «Delitos contra la libertad sexual (II). Acoso sexual. Exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución. Otros delitos relativos a la explotación sexual y a la corrupción de menores. Disposiciones comunes al Título VIII», en COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.): *Derecho penal español, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2005.
- DE VEGA RUIZ, José Augusto: *El acoso sexual como delito autónomo*, Colex, Madrid, 1991.
- EXPÓSITO, JIMÉNEZ, Francisca y HERRERA ENRÍQUEZ, M. Carmen: «Acoso sexual», en RIVAS VALLEJO, Pilar (dir.), GARCÍA VALVERDE, María Dolores (dir.), CABELLERO PÉREZ, María José (coord.) y TOMÁS JIMÉNEZ, Natalia (coord.): *Tratamiento integral del acoso*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina; MESTRE DELGADO, Esteban; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia: *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2022.
- LARRAURI PIJOÁN, Elena: «El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm.7, 1997.
- LARRAURI PIJOAN, Elena, y SÁNCHEZ TORRES, Esther: *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando: «Acoso sexual. El estado de la cuestión en España tras los últimos instrumentos internacionales», en *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, núm. 18, 2020.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Proyección en nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica», en *Diario La Ley*, núm. 10518, 2024.
- MORENO MÁRQUEZ, Ana María: «El convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo y sus implicaciones en el ordenamiento laboral español», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 166, 2023.
- MOYA GUILLEM, Clara: «La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española», en *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. 24, 2020.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 25.^a edición.

- NARVÁEZ BERMEJO, Miguel Ángel: *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- POLAINO ORTS, Miguel: «Los delitos sexuales a la luz del Código penal de 1995 (especial referencia a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril)», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 67, 1999.
- PONS CARMENA, María: «Violencia y acoso en el trabajo a la luz del convenio OIT 190 y de las nuevas normas españolas de 2022 y 2023 (Ley 15/2022, LO 10/2022 y Ley 4/2023)», en ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio y YAGÜE BLANCO, Sergio: *Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso. Consecuencias de su ratificación en el ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- ROBLES CARRILLO, Margarita: «El concepto de acoso en el Derecho de la Unión Europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49, 2014.
- SÁEZ LARA, Carmen: «Violencia sexual, mujer y trabajo», *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 16, 2022.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)», en MORILLAS CUVA, Lorenzo (dir.), *Sistema de Derecho Penal, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2021.

CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES (CP ART. 312.1)

MIGUEL GUTIÉRREZ PÉREZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Extremadura

SUMARIO: I. Delimitación material de estudio. II. La conducta típica de cesión ilegal de mano de obra. III. Sujetos activo y pasivo del delito. 1. El sujeto activo: Su indeterminación. 2. El sujeto pasivo. IV. La necesidad de dolo y la exigencia de ánimo de lucro en la conducta ilícita. V. Consumación de la conducta delictiva y el concurso con otros delitos. 1. La consumación y su comisión en grado de tentativa. 2. El concurso con otros delitos. VI. A modo de conclusión. Bibliografía.

I. DELIMITACIÓN MATERIAL DE ESTUDIO

El objeto del presente estudio es examinar las posibles consecuencias de la cesión ilegal de los trabajadores desde el punto de vista de la jurisdicción penal. Esto es, a continuación, vamos a examinar las consecuencias que desde el punto de vista de la legislación penal se atribuyen a la infracción de la normativa laboral, en concreto, en lo referente al artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. El cual, como sabemos, determina que «la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los

trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario». De este modo, la cesión ilegal de trabajadores se articula a través de una vinculación entre empresas cuyo propósito es exclusivamente la puesta a disposición de trabajadores de una entidad a otra. La ilegalidad radica en que las únicas empresas que pueden llevar a cabo lo anterior son las Empresas de Trabajo Temporal¹, siendo ilegal la cesión de trabajadores por otras personas jurídica². En este sentido, nuestro Tribunal Supremo viene afirmando que «cabe indicar que la provisión de fuerza de trabajo a empresas usuarias por medio de empresas de trabajo temporal es en nuestro Derecho la excepción a la norma general de la ilegalidad de la cesión de trabajadores, y como tal regla de excepción debe ser interpretada de manera estricta»³.

Debe advertirse que dejaremos de lado en estos momentos la normativa administrativa-laboral, cuyo Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) en su artículo 8.2, considera infracción muy grave: La cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente. Por su parte, el artículo 18.3.e) de la referida norma considera infracción muy grave ceder trabajadores con contrato temporal a otra empresa de trabajo temporal o a otras empresas para su posterior cesión a terceros. Con lo que se puede afirmar que existe en este caso un ámbito sancionador dual, el contemplado en la normativa administrativa-laboral, según se acaba de exponer, y el establecido por la legislación penal, como seguidamente veremos. Este hecho no debe suponer una vulneración del principio «non bis in ídem»⁴, aunque un sector de la doctrina entienda que existe duplicidad a la hora de proteger determinados derechos. En este sentido, se viene afirmado que «el Derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos»⁵. Ciertamente, el Derecho Penal ha de ser subsidiario del Derecho sancionador laboral y ha de intervenir sólo en los su-

¹ En este sentido, STS de 21 de enero de 2020 (RJ 2020, 527).

² Así, por ejemplo, tal y como ha indicado la doctrina judicial, cuando una cooperativa de trabajo asociado se limita a suministrar mano de obra, sin actuar como verdadera empleadora de sus asociados, existe un verdadero contrato de trabajo entre la persona en cuestión y la empresa receptora de los servicios (STS de 18 mayo (RJ 2018, 2747).

³ STS de 19 de febrero de 2009 (RJ 2009/1594) o previamente, STS de 4 de julio de 2006 (RJ 2006, 6419).

⁴ Este implica una prohibición de doble sanción (vertiente material) y doble proceso (vertiente formal o procesal) sobre supuestos que poseen una igualdad en el sujeto, hecho y fundamento.

⁵ MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal (parte general)*, Reppertor, Barcelona, 2004, 7.ª edición, p. 127.

puestos en los que los derechos de las personas empleadas se vean gravemente afectados. En definitiva, se recurrirá a la vía penal para dar respuesta a las agresiones que tienen mayor gravedad. En otras palabras, consecuentemente, en línea con el «principio de intervención mínima», el ámbito penal se limita a reprochar aquellas conductas que generan un especial rechazo social, mientras que el resto de las conductas se dejan en manos del Derecho administrativo⁶. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 540/2006 de 17 de mayo de 2006⁷ indica que «es necesario seleccionar rigurosamente los supuestos penales y separarlos de aquellas situaciones que merecen un reproche sancionador administrativo, que, muchas veces, puede ser incluso más grave que la sanción penal.»

Debemos tener en cuenta al respecto que la normativa laboral recoge la prohibición de concurrencia de procesos y sanciones respecto a comportamientos que son un ilícito laboral y penal. El artículo 3.1 LISOS declara la incompatibilidad de la sanción administrativa y penal cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Además, el artículo 3.2 LISOS fija un deber de abstención de la Jurisdicción laboral y la preeminencia de la penal⁸.

Con todo ello, para acometer el análisis de la infracción de la cesión ilegal de trabajadores, desde la perspectiva del Derecho Penal, debemos dirigirnos al Título XV del Libro II (arts. 311-318) de nuestro Código Penal, el cual recoge los «delitos contra los derechos de los trabajadores»⁹, tipificando en

⁶ Este principio de intervención mínima puede constatarse el Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 2022, el cual recoge en este sentido que se han formulado 228.777 requerimientos (sin incluir los 3.775 requerimientos a la Administración), 1.739 consultas y asesoramiento, 77 paralizaciones de obras, trabajos o tareas y únicamente 2.244 informes sobre presunta responsabilidad penal. https://www.mites.gob.es/its/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_ITSS_2022_4.pdf, p. 11.

⁷ STS de 17 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3044).

⁸ De acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 5 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, en caso de que la infracción administrativa pueda ser constitutiva de ilícito penal, el principio de non bis in idem supone lo siguiente: La Administración debe ceder ante la actuación de los Tribunales en caso de enjuiciamiento de los mismos hechos como delito penal e infracción administrativa. No podrá haber una actuación administrativa en caso de que se determine la existencia de delito o falta. En caso de que no se determine la existencia de delito o falta, la Administración podrá actuar, aunque sometida a los hechos que los Tribunales del orden penal declaren probados.

⁹ Según la STS de 10 de marzo de 2005 (RJ 2005, 4045): «Es doctrina de esta Sala que el bien jurídico protegido, como se infiere del epígrafe del título, está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores (STS 30 de junio de 2000), con independencia de que el contrato de trabajo sea válido o nulo y abstracción hecha de que el trabajador esté en situación legal o sea un inmigrante ilegal (Cfr. Sentencias 995/2000, de 30 de junio y 2205/2002, de 30 de enero de 2003). Igualmente tiene declarado esta Sala que el elemento central de esta conducta delictiva lo constituye la explotación del trabajador (Cfr. Sentencia 995/2000, de 30 de junio)»

este Título, aunque en ocasiones no de forma precisa, las acciones y omisiones constitutivas de delito. Los preceptos allí contemplados describen actos o incumplimientos del ámbito laboral que, por su trascendencia, merecen la reacción por parte de la jurisdicción penal. Por tanto, una nota característica diferenciadora del tipo penal frente a la infracción administrativa será, como ya apuntamos, la gravedad del hecho¹⁰.

En concreto, debemos acudir al artículo 312.1 CP, el cual castiga la figura denominada tráfico ilegal de mano de obra, donde se dispone que «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». Asistimos, por tanto, a falta de concreción legal de lo que se entiende por tráfico de mano de obra, lo que dificulta muy seriamente la aplicabilidad de este precepto¹¹. De ahí que se venga abogando desde la doctrina, en aras de la seguridad jurídica, por la modificación de la ley penal, delimitando con precisión el supuesto de hecho del delito de tráfico ilegal de mano de obra, es decir, sería necesario modificar la redacción del tipo penal para que incluya, con mayor precisión y claridad, los supuestos de hecho contemplados en el delito de tráfico ilegal de mano de obra¹². En esta línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 422/2014 de 3 de noviembre¹³ argumenta que: «hubiera sido conveniente que el legislador penal estableciera una mayor delimitación de la sanción penal y la administrativa, y no dejar esta tarea a la doctrina y la jurisprudencia. De hecho, existe consenso doctrina a la hora de criticar la parquedad en la definición de la acción penal, lo que aunque no es objeto de la presente resolución, podría incluso plantear problemas derivados de una conculcación del principio de legalidad penal, en atención a la falta de claridad y taxatividad en la determinación de la conducta prohibida (aunque esta crítica también podría hacerse extensiva a otros tipos penales previstos en el Código Penal en cuya configuración se ha utilizado la técnica legislativa de ley penal en blanco y por consiguiente se han incluido elementos normativos cuya integración pasa de manera necesaria por la correspondiente remisión a la normativa extrapenal).

¹⁰ En este sentido, MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín. y GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2011, 20.ª Edición, p. 283, quienes señalan que «puede decirse que en estos preceptos se contemplan infracciones laborales que añaden alguna nota de gravedad, desde el punto de vista del orden público o la convivencia social, a las que simplemente generan responsabilidad administrativa».

¹¹ MESTRE DELGADO, Esteban: «Delitos contra los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos Extranjeros», en LAMARCA PÉREZ, Carmen; ALONSO ESCAMILLA, Avelina; MAESTRE DELGADO, Esteban, y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia: *Manual de Derecho penal*, Colex, Madrid, 2001, p. 406.

¹² MEGIAS BAS, Antonio: *Conceptualización Jurídico-Laboral del Tráfico Ilegal de Mano de Obra*, Universidad de Murcia, Tesis Doctoral, 2020, p. 287.

¹³ SAP de Tarragona, de 3 de noviembre de 2014 (APR 2014, 1676).

(...) No cabe duda pues, que los términos empleados por el tipo son equívocos y desafortunados, siendo conveniente el empleo de colocación y cesión ilegales, en lugar del tráfico ilegal».

Si bien, debe advertirse que la reserva de ley en el ámbito penal no abarca «todos los aspectos relativos a la descripción o configuración de los supuestos de hecho penalmente ilícitos»¹⁴. «El legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo»¹⁵. Si se hiciera de este modo sería imposible construir un tipo de forma razonable ya que exigiría definiciones demasiado extensas¹⁶.

No obstante, tal y como ha concretado la doctrina judicial, el tráfico ilegal de mano de obra puede revestir dos formas: colocación de personas al margen de los mecanismos legales y cesión ilegal de mano de obra. A ambas modalidades se refiere la Audiencia Provincial de Huelva en su sentencia de 7 de noviembre de 2005¹⁷ al afirmar: «El tráfico ilegal de mano de obra se halla así actualmente tipificado en el artículo 312.1 del Código Penal, como un delito distinto e independiente de los relativos a las migraciones laborales fraudulentas o clandestinas, considerando esta Sala, siguiendo la doctrina científica más autorizada, que lo que dicho precepto sanciona es la contratación de trabajadores realizada al margen de la normativa reguladora de esa actividad, distinguiéndose a su vez dos conductas típicas, cuales son la colocación a través de vías distintas a la contratación directa del trabajador por el empresario o mediante la intervención del Instituto Nacional de Empleo, las empresas de trabajo temporal o las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro –únicos organismos legalmente autorizados para mediar en la contratación laboral– y la cesión de mano de obra realizada al margen de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, que son las únicas que pueden contratar trabajadores con la finalidad de cederlos, a su vez, a otras empresas»¹⁸.

¹⁴ STC 118/1992 de 16 de septiembre (RTC 1992,118).

¹⁵ STC 89/1993 de 12 marzo (RTC 1993, 89). Igualmente, en este mismo sentido se pronuncia la STC 24/2004 de 24 febrero (RTC 2004, 24).

¹⁶ Al respecto puede consultarse, IRIBARREN OSCARIZ, Juan: «Los tipos penales en blanco», *Boletín Aranzadi*, núm. 47, 2003.

¹⁷ SAP de Huelva de 7 noviembre de 2005 (ARP 2006, 36).

¹⁸ En el mismo sentido se manifiesta la SAP de Huelva de 22 de mayo de 2004 (ARP 2005, 17) que afirma que «considerando esta Sala, siguiendo la doctrina científica más autorizada, que lo que dicho precepto sanciona es la contratación de trabajadores realizada al margen de la normativa reguladora de esa actividad, distinguiéndose a su vez dos conductas típicas, cuales son la colocación a través de vías distintas a la contratación directa del trabajador por el empresario o mediante la intervención del Instituto Nacional de Empleo, las empresas de trabajo temporal o las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro –únicos organismos legalmente autorizados para mediar en la contratación laboral– y la cesión de mano de obra realizada al margen de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, que son las

En esta misma línea se pronuncia el propio Tribunal Supremo¹⁹, al afirmar que «no deben ser confundidos o equiparados el tráfico ilegal de mano de obra del artículo 312 y el tráfico ilegal de personas que aparece en el artículo 318 bis, aunque la expresión legal sea coincidente. El primero, generalmente concretado en la cesión de trabajadores o en la colocación ilegal de los mismos, se dirige a proteger los derechos de los trabajadores como tales».

Si bien, algunos autores sobre este precepto consideran, en una interpretación extensiva del mismo, que debe identificarse la reflexión en torno al concepto de tráfico ilegal de mano de obra como utilización no voluntaria o no plenamente voluntaria de las prestaciones laborales del trabajador, con afectación a su propia dignidad²⁰.

A tenor de las anteriores consideraciones, la ilegalidad del tráfico, como elemento normativo del tipo penal, requiere, como dijimos, la remisión a la normativa laboral correspondiente²¹. La expresión «de manera ilegal»²² recoge pues la actuación contraria a las limitaciones legales establecidas en materia de cesión de trabajadores. Esta actividad de tráfico vendrá dada por conductas relativas a la cesión ilegal de trabajadores, donde la normativa básica, como se ha señalado, es el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, que sólo admite la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas.

Con todo ello, procederemos, a continuación, a examinar la conducta típica de cesión ilegal de mano de obra, el sujeto activo y pasivo de la misma, el tipo subjetivo, la consumación de dicha conducta o el concurso de este delito junto con otros tipos delictivos.

únicas que pueden contratar trabajadores con la finalidad de cederlos, a su vez, a otras empresas». O la SAP de A Coruña de 11 de noviembre de 2013 (ARP 2013, 1542). Igualmente, SAP de Girona de 15 octubre de 1998 (ARP 1998, 367); SAP de Girona de 10 de noviembre de 1998 (ARP 1998, 4426); SAP de Las Palmas de 31 julio de 1999 (ARP 1999, 3682); SAP de Alicante de 21 marzo de 2006 (JUR 2006, 184987); SAP de Huelva 77/2006 de 23 marzo de 2006 (JUR 2006, 220883); SAP de Huelva de 20 marzo de 2007 (JUR 2007, 203141); SAP de A Coruña de 11 de noviembre de 2013 (ARP 2013, 1542); SAP de Tarragona de 3 de noviembre de 2014 (APR 2014, 1676) y SAP de Madrid 1203/2004 de 13 diciembre de 2004 (JUR 2005\256455).

¹⁹ STS de 23 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5025).

²⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio: Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 57, 2004, pp. 44 y 45.

²¹ En este sentido, se viene afirmando que «la simple referencia al tráfico ilegal de mano de obra implica una necesaria remisión genérica (tácita) a toda la normativa laboral en este ámbito sin señalar, además, una regla de distinción». FUENTES OSORIO, Juan Luis: «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. 36, 2016. p. 559

²² En este sentido, se ha afirmado que para que adquiriera sentido el término ilegal en el tipo, lo ilegal es ese negocio o comercio, lo prohibido es la relación de mercado al margen de los mecanismos establecidos por ley para trasladar al personal laboral. MEGIAS BAS, Antonio: *Conceptualización Jurídico-Laboral del Tráfico Ilegal...*, op. cit.; p. 316

II. LA CONDUCTA TÍPICA DE CESIÓN ILEGAL DE MANO DE OBRA

Centrándonos, en concreto, en la segunda de las formas del tráfico ilegal de mano de obra contempladas en el referido artículo 312.1 CP, según se ha expuesto, esto es, la cesión ilegal de mano de obra, debemos comenzar señalando que la cesión de mano de obra consiste en la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas, siendo éstas últimas las que realmente ejercen el poder de dirección y organización del trabajo. La cesión se refiere a un fenómeno concreto cuyo objeto es la puesta de personal a disposición de otro empresario. La disociación de la cualidad de empleador que se produce en la cesión de trabajadores hace necesario determinar al empleador real de los trabajadores, esto supone una superación de la apariencia empresarial, como reacción del ordenamiento jurídico para garantizar a los trabajadores que sus derechos serán protegidos frente a su empresario verdadero²³.

La doctrina entiende que constituye delito de tráfico ilegal de mano de obra la cesión de trabajadores al margen de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, a tenor de lo estipulado por el referido artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, serán constitutivas de delito las cesiones que se realicen faltando la empresa de trabajo temporal que las instrumentalice, de manera que el incumplimiento de otros trámites legalmente exigidos se consideraría infracción administrativa. De este modo, devendrán típicas tanto las cesiones ilegales claras o abiertas cuanto las más sutiles, como la realización de un contrato de arrendamiento de servicios o de ejecución de obra²⁴. No obstante, como ha manifestado el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de mayo de 2016²⁵, «la doctrina de esta Sala en aplicación del precepto (refiriéndose al artículo 43 ET) es copiosa y ceñida siempre al caso concreto que se resuelve, atendiendo a las distintas y múltiples situaciones que, en la práctica, pueden darse».

Se hace obligada en este caso la diferenciación de la cesión ilegal de mano de obra respecto a la subcontratación legal, puesto que en muchas ocasiones la cesión ilegal de personal se disfraza bajo un negocio jurídico lícito de contrata y subcontrata acompañada de una sutil forma de interposición en el contrato de trabajo²⁶. De ahí que la jurisprudencia haya tratado de establecer

²³ RODRÍGUEZ RAMOS, María José: *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 69

²⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 250.

²⁵ STS de 18 de mayo de 2016 (RJ/2016, 2750).

²⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, María José: *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma...*, *op. cit.*, p. 116. Sobre los elementos diferenciadores entre cesión ilegal y contrata o subcontrata de obras o servi-

las diferencias entre ambas figuras. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2003²⁷ afirma: «tégase en cuenta que en bastantes ocasiones no es fácil fijar la diferencia entre los casos lícitos de contrata y subcontratas admitidos por el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, y los supuestos de cesión ilegal de trabajadores que proscribe el artículo 43; siendo necesario entonces, para llegar a una u otra solución, tener en cuenta las particulares circunstancias y elementos concurrentes en el caso examinado, pudiendo ser decisiva a tal respecto la aparición o no de una o varias de esas circunstancias y datos especiales.(...) las empresas que están legalmente constituidas y normalmente actúan con validez en el tráfico jurídico, pueden también incurrir en cesión ilegal de trabajadores, lo cual se produce cuando en la contrata no ponen realmente su organización empresarial a disposición de la compañía principal, sino que se limitan a suministrar mano de obra para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la compañía contratante; así lo ha declarado reiteradamente esta Sala, pudiéndose citar a este respecto las sentencias de 19 de enero de 1994, RJ 1994/352, de 12 de diciembre de 1997, RJ 1997/9315, de 25 de octubre de 1999, RJ 1999/8152 y de 17 de enero del 2002, RJ 2002/3755 entre otras»²⁸.

En base a dicha delimitación entre ambas figuras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de diciembre de 1998²⁹ determinó que

cios, puede consultarse, entre otros, ROJO TORRECILLA, Eduardo (Coord.): *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 80 ss.

²⁷ STS de 20 septiembre 2003 (RJ 2004, 260).

²⁸ En esta misma línea se pronuncian, entre otras, STS de 18 de enero de 2011 (RJ 2011, 2101) o STS de 22 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2972) o más recientemente STS 18 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2458); STS de 10 de junio de 2020 (RJ 2020, 2439); STS de 6 de mayo de 2020 (RJ 2020, 2066); STS de 16 de mayo de 2019 (RJ 2019, 3521); STS de 20 de octubre de 2014 (RJ 2014, 6135) afirmando que el problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores se produce en relación con las contrata, cuya licitud reconoce el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contrata como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios [sentencia de 7 de marzo de 1988 [RJ 1988, 1863]]; el ejercicio de los poderes empresariales [sentencias de 12 de septiembre de 1988 [RJ 1988, 6877], 16 de febrero de 1989 [RJ 1989, 874], 17 de enero de 1991 [RJ 1991,

58] y 19 de enero de 1994 [RJ 1994, 352] y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico [capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva. Sobre esta cuestión, véase, SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Comentario al artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Cesión de trabajadores», en *Grandes Tratados. Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 2007. BIB 2007/3234.

²⁹ SAP de Barcelona, de 15 diciembre 1998 (ARP 1998, 5931).

no ha existido delito de tráfico ilegal de mano de obra en el caso de una cesión aislada de dos trabajadores pues: «los recursos de los apelantes Luis F. C. y Gonzalo V. M. comparten fundamentos sustancialmente idénticos, a saber, el de que no se trata de un supuesto de tráfico de mano de obra del núm. 3.º del artículo 499 bis del Código Penal de 1973, sino de cesión de mano de obra del núm. 2.º del mismo precepto penal, pues cesión es la de uno o más trabajadores de una empresa a otra, sin que los trabajadores cedidos pierdan su condición de empleados de la empresa cedente, mientras que tráfico equivale a intermediación y supone una actividad múltiple, no un solo acto de cesión, actividad de recluta de mano de obra para ponerla a disposición de los empleadores mediante precio. Concluyen ambos apelantes que su conducta no es encuadrable en el supuesto delictivo del tráfico de mano de obra por tratarse de una cesión de mano de obra, y no habiéndose probado que de dicha cesión resultara perjuicio alguno para los derechos laborales del trabajador cedido, la conducta carece de tipicidad penal porque la cesión, para ser punible, ha de suponer la supresión o la restricción de los beneficios de la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales (artículo 499 bis.2.º del Código Penal de 1973)».

En este sentido, como ha advertido la doctrina, la calificación de una cesión de trabajadores como ilegal no determina, per se, la aplicación del tipo penal, sino que la intervención penal debe quedar limitada a aquellos supuestos en los que exista una lesión o puesta en peligro de los derechos laborales³⁰. En este sentido, la doctrina judicial ha señalado que «sea como fuere, en interés de dotar de la necesaria lesividad que debe conllevar toda infracción penal, se entiende que estamos ante un delito de tráfico ilegal de mano de obra cuando las conductas revistan tal gravedad que pudiera constatarse un peligro real a los derechos de los trabajadores, debiendo alcanzar la acción un desvalor tan grave en el orden ético-social que la haga merecedor del adecuado reproche penal. Una vez más, podría decirse, se realiza una interpretación discutible de un precepto penal, ya que la conducta típica descrita en la norma no exige la causación de un perjuicio para el trabajador (quien incluso puede obtener un beneficio) pero lo cierto es que el bien jurídico protegido por la norma penal viene constituido por los derechos de los otros trabajadores (a la hora de acceder al puesto de trabajo) así como las políticas públicas de empleo»³¹. Es decir, que no podrán ser delictivas las infracciones leves en materia de cesiones El

³⁰ TERRADILLOS BASOCO, Juan M. y BOZA MARTÍNEZ, Diego: *El Derecho penal aplicable a las relaciones laborales*, Bomarzo, Albacete, 2017, p. 97.

³¹ SAP de Tarragona, de 3 noviembre de 2014 (ARP 2014, 1676).

marco típico únicamente podrá alcanzar las infracciones muy graves y dentro de ellas las más evidentemente ilícitas: en las que falta la empresa de trabajo temporal autorizada³².

III. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO

1. El sujeto activo: Su indeterminación

En cuanto al sujeto activo de este delito, debemos partir del hecho de que se trata de un sujeto indeterminado por el Código Penal, ya que se refiere a «los que trafiquen de manera ilegal», no especificando que este sea el empresario o empleador, sino que pudiera ser cualquier persona. Si bien debe tenerse en cuenta que, en este concreto caso, la cesión ilegal de mano de obra, habida cuenta del objeto de la misma, que no es otro que la puesta de personal a disposición de otro empresario, en la práctica habrá de realizarse, fundamentalmente, por un empresario, no siendo fácil que asistamos un supuesto de cesión de mano de obra en el que intervenga un sujeto que no ostente la condición de empresario. En este sentido, la doctrina considera que se trata de un delito especial que sólo puede ser cometido por el empleador o empresario³³. Si bien, a pesar de las dificultades comentadas, podríamos hallar algún supuesto en el que la conducta típica de tráfico ilegal de mano de obra, en la concreta modalidad de cesión ilegal de trabajadores, sea cometida por un sujeto distinto a un empresario, a tenor de lo establecido en este caso por la jurisprudencia comunitaria. Así, la doctrina judicial comunitaria ha señalado que si una entidad no lucrativa pone a disposición de una empresa el trabajo de sus asociados estamos ante verdaderos trabajadores y cesión ilegal, pues de hecho actúa como una ETT (STJUE de 17 de noviembre de 2016, C-216/15, *Ruhrlandklinik*)³⁴. En este concreto caso, en la comisión de la eventual conducta delictiva participaría una entidad que no goza de la condición de empresario en puridad. Dicha situación entendemos que tendría encaje a la perfección en el referido tipo penal, ya que el mismo, como indicamos, no especifica el sujeto activo, pudiendo ser cualquier persona, ya sea ésta se en-

³² SAP Girona de 10 de noviembre de 1998 ((ARP 1998, 4426); SAP de Huelva de 22 mayo de 2004 ((ARP 2005, 17); SAP de Huelva de 7 noviembre de 2005 (ARP 2006, 36); SAP de Huelva de 20 marzo de 2007 (JUR 2007, 203141).

³³ QUERALT JIMÉNEZ, JAON J.: *Derecho Penal (parte especial)*, Atelier, Barcelona, 2010, 6.ª edición, p. 863, el cual establece un paralelismo con el artículo 311 CP, estableciendo que en ambos casos el sujeto activo es el empresario.

³⁴ STJUE de 17 noviembre 2016 (TJCE 2016, 486).

tiende física o jurídica, tal cual sería el caso de aquella entidad sin ánimo de lucro que participa en la cesión.

No obstante, habría sido más sencillo si el legislador hubiese especificado el sujeto activo del delito, de modo similar a como ocurre en la legislación administrativa laboral, concretamente, en el artículo 2 LISOS, en lugar de dejar la interpretación del referido precepto en manos de la doctrina y la jurisprudencia. De este modo, el mencionado artículo podría servir como referencia para interpretar la norma penal, puesto que en él se precisa que son sujetos responsables de la infracción laboral determinadas personas físicas o jurídicas y comunidades de bienes, que pueden variar dependiendo del tipo de relación de que se trate. Así, en la relación laboral estricta, se considera responsable de la infracción por acción u omisión, tipificadas en la norma al empresario (art. 2.1 LISOS).

Tomando como base los presupuestos anteriores, en este tipo delictivo, contemplado en el artículo 312.1 CP, hay que tener en cuenta que en el concreto supuesto de la cesión ilegal de mano de obra, son sujetos activos de la cesión tanto el cedente como el cesionario. Puesto que la cesión requiere la presencia de dos partes que permutan.

2. El sujeto pasivo

En relación a esta cuestión, debemos partir de la base de que el referido precepto 312.1 CP hace uso del término «mano de obra». Término o concepto que acoge, como señala la doctrina³⁵, no sólo al sujeto pasivo sino también al objeto del delito. En efecto, el concepto de «mano de obra» se refiere a personas en tanto que prestadoras de trabajo. El objeto del delito es la situación de dichas personas en tanto en cuanto realizan una prestación laboral, lo que lleva a la prestación misma.

Si bien, el sujeto pasivo de este delito es el trabajador. Como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, de 7 de noviembre de 2005: «el sujeto pasivo del delito es el trabajador, que no necesariamente debe ser entendido el concepto en su acepción jurídico-laboral, esto es, como el que presta su trabajo por cuenta ajena en virtud de una relación contractual reglamentada. Puede ser cualquiera (...)» De este modo, serían sujetos pasivos, en el supuesto anteriormente comentado, los asociados a una entidad sin ánimo

³⁵ GARCÍA ARÁN, Mercedes, en CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dirs.): *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 1275.

de lucro que pone a disposición de una empresa el trabajo de aquellos, ya que aun cuando no presten su trabajo en virtud de una relación contractual con dicha entidad, se les considera verdaderos trabajadores. En definitiva, en cuanto al sujeto pasivo, será la persona trabajadora afectada por la conducta del sujeto activo. Si bien, debe tenerse en cuenta que, tal y como afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de diciembre de 1998 «ha de señalarse que el tráfico ilegal de mano de obra ha sido igualmente tipificado en el vigente Código Penal de 1995 (RCL 1995/3170 y RCL\1996\777), en su artículo 312.1, sin exigirse que de ello resulte perjuicio alguno para el trabajador». Por tanto, no se exige para la comisión de la conducta delictiva que se derive un perjuicio específico para el sujeto pasivo del mismo. Cuestión ésta a la que aludiremos posteriormente al referirnos a la consumación de la conducta delictiva.

Además, en relación al sujeto pasivo del delito, debe tenerse en cuenta que, tal y como ha indicado la doctrina judicial, es irrelevante el consentimiento otorgado por quien consiente ser objeto del tráfico ilícito o ilegal. A tal efecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 16 de diciembre de 2005³⁶ señala que «el bien jurídico es irrenunciable y no disponible, de manera que el consentimiento prestado por quien consiente ser objeto del tráfico es irrelevante».

Habrà de tenerse en cuenta, por último, que será indiferente para la comisión del delito tipificado en el artículo 312.1 CP, en la modalidad de cesión ilegal de trabajadores, el número de personas que resulten afectados por la conducta del sujeto activo. En este sentido, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 16 de diciembre de 2005 afirma que «es indiferente el número de personas afectadas por el tráfico ya que se apreciará un único delito».

IV. LA NECESIDAD DE DOLO Y LA EXIGENCIA DE ÁNIMO DE LUCRO EN LA CONDUCTA ILÍCITA

Debemos partir de la base de que la cesión de mano de obra es dolosa, requiriendo el conocimiento y voluntad de los elementos objetivos del tipo penal³⁷. A tal efecto señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bada-

³⁶ SAP de Badajoz de 16 de diciembre de 2005 (ARP 2006, 100).

³⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores...*, op. cit.; p. 251.

joz 42/2005, de 16 de diciembre, que el tipo subjetivo del delito de tráfico ilegal de mano de obra, requerirá un dolo directo, ya que estamos ante una figura harto necesitada de restringir su ámbito de aplicación dada la ausencia de específicas modalidades ejecutivas de comisión y omisión, debiendo entenderse el dolo como el conocimiento de las circunstancias y elementos objetivos del delito y la voluntad de su realización. De ahí que la comisión de esta conducta delictiva no pueda llevarse a cabo por mera imprudencia, estando reservada, por tanto, para aquellos incumplimientos imprudentes la sanción administrativa, en los que el sujeto activo lleva a cabo la conducta sin el conocimiento de las circunstancias y elementos objetivos del delito y la voluntad de su realización.

No obstante, la presencia del verbo «traficar» en la descripción típica del delito ha llevado a algunos autores a plantearse la cuestión de si junto al dolo debe concurrir además ánimo de lucro. En este sentido, un sector de la doctrina argumenta que se exige ánimo de lucro en el sujeto activo, considerando que traficar implica en el sujeto activo un móvil económico, además de los requisitos de habitualidad o continuidad³⁸. Igualmente, un cierto sector jurisprudencial exige la presencia de ánimo de lucro, como sucede en el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 5 de junio de 2003³⁹ al exponer: «El tráfico de la redacción legal implica efectivamente, tal y como exponen el Ministerio Fiscal y la defensa con cita de la SAP. Barcelona de 15 de diciembre de 1998, habitualidad, en el sentido de permanencia en el tiempo y pluralidad de situaciones individuales que obedezcan a una misma conducta, propósito o plan preconcebido, y ánimo de lucro en esa actividad, pudiendo quizá discutirse sobre la amplitud de este elemento intencional que no viene expresamente recogido pero sí implícitamente en la alusión al tráfico; en otras palabras, comercio ilegal de mano de obra que ni de lejos se advierte en el caso sometido a análisis considerado aisladamente». Es más, hay quien entiende que para diferenciar la infracción administrativa del tipo penal debe concurrir algún plus de antijuridicidad, siendo uno de los factores determinantes de la existencia de dicho «plus», el ánimo lucrativo, debiendo, por tanto, tenerse en cuenta este elemento a la hora de

³⁸ No obstante, hay autores que se muestran contrarios a la exigencia de habitualidad, TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: «Delitos contra el orden socioeconómico», en TERRADILLOS BASOCO, Juan M. (coord.): *Derecho Penal parte especial (Derecho Penal económico y teoría del delito)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020 o BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, Tomo IV, Iustel, Madrid, 2012, 1.ª edición, p. 245.

³⁹ SAP de Vizcaya de 5 de junio de 2003 (JUR 2003, 268441).

sancionar penalmente⁴⁰. Esta línea es la seguida también por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 8 de enero de 2008⁴¹ que defiende que el hecho típico es contratar al margen de los mecanismos legales establecidos, así como la cesión ilegal de personas trabajadoras, y que esta conducta será penalmente antijurídica, cuando se dé un plus, considerando que este plus de antijuridicidad lo da el ánimo de lucro y la continuidad o habitualidad.

Si bien, en los casos de cesión ilegal de mano de obra, debe advertirse que las normas administrativas no hacen mención al ánimo de lucro, como si ocurre en algunos casos de colocación de personas al margen de los mecanismos legales, la otra forma que reviste el tráfico ilegal de mano de obra, como sabemos, y ello por la prohibición administrativa de la colocación con ánimo de lucro. Es por ello que desde la doctrina se viene poniendo de relieve que ese ánimo de enriquecimiento o de lucro debe existir en los supuestos de infracción de las normas sobre colocación, no tanto porque el precepto hable de tráfico, sino porque la legislación social lo que prohíbe son las oficinas de colocación con ánimo de lucro, pero de ello no debe deducirse que también en los supuestos de cesión ilegal sea preceptivo tal componente subjetivo⁴².

Aunque normalmente se tratará de conductas que respondan a un móvil económico, en ningún caso se exige de manera expresa el ánimo de lucro como elemento subjetivo específico y distinto del dolo. Si así fuera, ello supondría reducir el ámbito de aplicación de la norma penal, lógicamente por los problemas de prueba que tal exigencia acarrearía innecesariamente, pero, sobre todo, por lo que supondría de patrimonialización de los derechos de los trabajadores. Esta es la línea mayoritaria en la jurisprudencia, que entiende que el tipo penal del artículo 312.1 CP no exige ánimo de lucro, aunque sea la finalidad perseguida en la mayoría de las ocasiones. En concreto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 22 de mayo de 2004⁴³ afirma que «no cabe duda de que los delitos tipificados en el artículo 312.1 CP no se exige como elemento subjetivo del injusto la concurrencia del ánimo de lucro».

⁴⁰ MEGIAS BAS, Antonio: *Conceptualización Jurídico-Laboral del Tráfico Ilegal de...*, op. cit.; p. 309.

⁴¹ SAP de Madrid, de 8 de enero de 2008 (ARP2008\239).

⁴² VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina/SALAT PAISAL, Marc, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2005, 10.ª edición, p. 1170.

⁴³ SAP de Huelva de 22 mayo de 2004 (ARP 2005, 17). Previamente en este mismo sentido se ha pronunciado la STS de 5 de febrero de 1998 (RJ 1998, 424), afirmando que «el ánimo de lucro no es elemento integrante del delito cuestionado, aunque el lucro sea normalmente la finalidad perseguida por sus autores».

En esta misma línea puede consultarse la SAP de Huelva de 7 noviembre de 2005 (ARP 2006, 36).

V. CONSUMACIÓN DE LA CONDUCTA DELICTIVA Y EL CONCURSO CON OTROS DELITOS

1. La consumación y su comisión en grado de tentativa

La consumación tiene lugar en el mismo instante en el que se produce el acto de tráfico, concebido como un efectivo acto de cesión ilegal de trabajadores. La consumación, como observa el Auto del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2004⁴⁴ tiene lugar con el mero empleo ilícito que suponga tráfico ilegal de personas. Por tanto, no es preciso para la perfección delictiva el perjuicio del trabajador. Tal y como se afirma, como ya indicamos, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de diciembre de 1998⁴⁵, donde se señala que «ha de señalarse que el tráfico ilegal de mano de obra ha sido igualmente tipificado en el vigente Código Penal de 1995 (RCL 1995\3170 y RCL1996\777), en su artículo 312.1, sin exigirse que de ello resulte perjuicio alguno para el trabajador»⁴⁶. No obstante, algunos autores han considerado necesaria dicha exigencia, justificando tal decisión en la necesidad de evitar que este delito suponga la criminalización de una mera infracción administrativa.

Ahora bien, como el propio significado del término «tráfico» exige una efectiva traslación de la cosa o persona objeto del mismo, para que se entienda que ha tenido lugar el acto de tráfico y, por tanto, la consumación del delito es necesario que el trabajador objeto de tráfico, en el caso de la modalidad delictiva examinada, pase efectivamente a prestar sus servicios como trabajador como consecuencia directa de los actos de interposición llevados a cabo por el sujeto activo.

Una cuestión controvertida, en relación a la consumación de este delito, es si es admisible su comisión en grado de tentativa. La respuesta a esta cuestión no resultará ni mucho menos sencilla, pudiendo hallar posiciones doctrinales encontradas sobre este tema. De este modo, hay autores que consideran que es perfectamente posible la apreciación del delito en grado de tentativa. Sin embargo, hay otros autores que defienden que, dada la configuración del delito como delito de mera actividad, no cabe la tentativa. Ciertamente, resulta complicado la comisión de este delito (tráfico ilegal de mano de obra) en grado de tentativa, en su modalidad de cesión ilegal de trabajadores, aun cuando pu-

⁴⁴ Auto del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2005,112897).

⁴⁵ SAP de Barcelona de 15 de diciembre de 1998 (ARP 1998, 5931).

⁴⁶ En esta misma línea se pronuncia la SAP de Badajoz de 16 de diciembre de 2005 ((ARP 2006, 100), al afirmar que «Al tratarse de un delito de peligro abstracto la consumación se alcanza con la realización de las conductas antedichas sin que sea necesario acreditar la existencia de un perjuicio para el sujeto pasivo.»

diera darse el caso en aquellos supuestos en los que la cesión ilegal no se llega a producir por circunstancias ajenas a cedente y cesionario.

2. El concurso con otros delitos

Por lo que se refiere al concurso con otros delitos, nada impide la posible apreciación de un concurso de delitos entre el tráfico ilegal de mano de obra y el delito, por ejemplo, de falsedad documental o el delito de estafa. Al respecto, la reseñada Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 16 de diciembre de 2005 ha señalado que «es posible el establecer concursos entre este delito y otros delitos que lesionen bienes jurídicos individuales». De ahí que nada impide que pueda concurrir el delito de tráfico ilegal de mano de obra, en su modalidad de cesión ilegal de trabajadores, con el delito de falsedad documental, si dicha conducta se emplea para llevar a cabo la referida cesión.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que, con respecto a otros delitos contra los derechos de los trabajadores, y, en concreto, con relación al delito de imposición y mantenimiento de condiciones de trabajo o de Seguridad Social ilegales⁴⁷, la solución a las cuestiones concursales puede ser algo más complicada. Aunque pudiera plantearse un concurso de delitos entre el artículo 312.1 CP, cesión ilegal de trabajadores, y el artículo 311 CP, imposición y mantenimiento de condiciones de trabajo, en aquellos supuestos de creación de empresa ficticia al objeto de cederle trabajadores y proceder a su despido con menor coste para la empresa y menor beneficio para los despedidos.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Debe partirse de la premisa de que existe en esta materia un ámbito sancionador dual, el contemplado en la normativa administrativa-laboral y el establecido por la legislación penal. Si bien, el Derecho Penal ha de ser subsidiario del Derecho sancionador laboral y ha de intervenir sólo en los supuestos en los que los derechos de las personas empleadas se vean gravemente afectados. Por lo que la calificación de una cesión de trabajadores como ilegal no determina, per se, la aplicación del tipo penal, sino que la intervención penal debe quedar limitada a aquellos supuestos en los que exista una lesión o puesta en peligro de los derechos laborales.

⁴⁷ Dicha conducta viene regulada en el artículo 311 CP, apartados 1, 3 y 4 y castiga a quienes impongan y mantengan condiciones ilegales de trabajo, mediante engaño o abuso de situación de necesidad.

El tipo penal en el que encuentra protección la cesión ilegal de trabajadores, bajo la denominación de tráfico ilegal de mano de obra, se caracteriza por su falta de concreción, lo que dificulta, sin duda, muy seriamente la aplicabilidad de este precepto.

La ilegalidad del tráfico, recogida en el tipo penal (art. 312.1 CP) hace necesario, con motivo de su redacción inconcreta, la remisión a la normativa laboral. La expresión «de manera ilegal» recoge la actuación contraria a las limitaciones legales establecidas en materia de cesión de trabajadores. Esta actividad de tráfico vendrá dada por conductas relativas a la cesión ilegal de trabajadores, donde la normativa básica es el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, que sólo admite la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Por tanto, serán constitutivas de delito las cesiones que se realicen faltando la empresa de trabajo temporal que las instrumentalice, de manera que el incumplimiento de otros trámites legalmente exigidos se consideraría infracción administrativa. Devendrán típicas tanto las cesiones ilegales claras o abiertas cuanto las más sutiles, como la realización de un contrato de arrendamiento de servicios o de ejecución de obra. Ya que en ocasiones la cesión ilegal de personal se disfrazará bajo un negocio jurídico lícito de contrata y subcontrata acompañada de una sutil forma de interposición en el contrato de trabajo.

En cuanto a los elementos del tipo delictivo debe advertirse que el sujeto activo del delito está indeterminado en el precepto, continuando con aquella línea de indeterminación que caracteriza al mismo. Aun cuando en la práctica la conducta delictiva habrá de llevarse a cabo por un empresario, habida cuenta del objeto de la misma, que no es otro que la puesta de personal a disposición de otro empresario. Si bien, nada impide que podamos asistir a algún supuesto en el que la conducta delictiva de tráfico ilegal de mano de obra, en su modalidad de cesión ilegal de trabajadores, sea cometida por un sujeto distinto a un empresario, ya que el precepto no especifica el sujeto activo, pudiendo ser cualquier persona, ya sea ésta se entienda física o jurídica, tal cual sería el caso, por ejemplo, de aquella entidad sin ánimo de lucro que participa en la cesión.

El sujeto pasivo de este delito vendría a ser el trabajador, aun cuando no necesariamente debe ser entendido el concepto en su acepción jurídico-laboral, esto es, como el que presta su trabajo por cuenta ajena en virtud de una relación contractual reglamentada. Puede ser cualquiera. Además, debe advertirse que no se exige para la comisión de la conducta delictiva que se derive un perjuicio específico para el sujeto pasivo del mismo. Siendo irrelevante, igual-

mente, el consentimiento otorgado por quien consiente ser objeto del tráfico ilícito o ilegal. Por último, en cuanto al sujeto pasivo será indiferente para la comisión del delito el número de personas que resulten afectados por la conducta del sujeto activo.

Por otro lado, debe tenerse presente que la comisión de la conducta delictiva tipificada en el precepto objeto de estudio exige la concurrencia de dolo, requiriendo el conocimiento y voluntad de los elementos objetivos del tipo penal. Si bien, aunque normalmente se tratará de conductas que respondan a un móvil económico, en ningún caso se exige de manera expresa el ánimo de lucro como elemento subjetivo específico y distinto del dolo, siendo ésta la línea argumental mayoritaria seguida por la jurisprudencia.

Cabe poner de relieve que asistimos a un tema controvertido en esta materia, tal cual es si es posible la comisión de este delito en grado de tentativa. No siendo nada sencillo dar una respuesta a esta cuestión. Aun cuando entendemos que resultará complicado la comisión de este delito (tráfico ilegal de mano de obra) en grado de tentativa, en su modalidad de cesión ilegal de trabajadores. Si bien pudiera plantearse el caso en aquellos supuestos en los que la cesión ilegal no se llega a producir por circunstancias ajenas a cedente y cesionario.

Nada impide la posible apreciación de un concurso de delitos entre el tráfico ilegal de mano de obra y el delito, por ejemplo, de falsedad documental o el delito de estafa. Sin embargo, debemos tener en cuenta que, con respecto a otros delitos contra los derechos de los trabajadores, y, en concreto, con relación al delito de imposición y mantenimiento de condiciones de trabajo o de Seguridad Social ilegales, la solución a las cuestiones concursales puede ser algo más complicada. Aunque no, por ello, descartable en absoluto.

Como puede observarse, se trata de un precepto que presenta múltiples aristas en cuanto a su interpretación y aplicación, furto, por un lado, de su indeterminación o falta de concreción, y, por otro lado, con motivo de la existencia de diferentes consecuencias para la cesión ilegal de trabajadores en distintos ámbitos normativos, penal, administrativo y laboral. Quizás, sería necesario una revisión del tipo penal en cuestión, a fin de fijar en él reglas claras y precisas que permitan determinar con claridad que supuestos o situaciones concretas posibilitan la activación de los mecanismos sancionadores previstos en el ámbito penal.

BIBLIOGRAFÍA

- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, Tomo IV, Iustel, Madrid, 2012, 1.^a edición.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis: «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. 36, 2016.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, en CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- IRIBARREN OSCARIZ, Juan: «Los tipos penales en blanco», *Boletín Aranzadi*, núm. 47, 2003.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio: Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 57, 2004.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín, y GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2011, 20.^a Edición.
- MEGIAS BAS, Antonio: *Conceptualización Jurídico-Laboral del Tráfico Ilegal de Mano de Obra*, Universidad de Murcia, Tesis Doctoral, 2020.
- MESTRE DELGADO, Esteban: «Delitos contra los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos Extranjeros», en LAMARCA PÉREZ, Carmen; ALONSO ESCAMILLA, Avelina; MAESTRE DELGADO, Esteban, y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia: *Manual de Derecho penal*, Colex, Madrid, 2001.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal (parte general)*, Reppertor, Barcelona, 2004, 7.^a edición.
- QUERALT JIMÉNEZ, Jaon J.: *Derecho Penal (parte especial)*, Atelier, Barcelona, 2010, 6.^a edición.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2005, 10.^a edición.
- RODRÍGUEZ RAMOS, María José: *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Tecnos, Madrid, 1995.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo (Coord.): *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Bosch, Barcelona, 1998.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Comentario al artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Cesión de trabajadores», en *Grandes Tratados. Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 2007. BIB 2007\3234.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M. y BOZA MARTÍNEZ, Diego: *El Derecho penal aplicable a las relaciones laborales*, Bomarzo, Albacete, 2017.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: «Delitos contra el orden socioeconómico», en TERRADILLOS BASOCO, Juan M. (coord.): *Derecho Penal parte especial (Derecho Penal económico y teoría del delito)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD EN EL ENTORNO LABORAL (CP ART. 197.1)

JAVIER GÓMEZ LANZ

Profesor Ordinario de Derecho Penal
Universidad Pontificia Comillas-ICADE (Madrid)
jglanz@comillas.edu

SUMARIO: I. Introducción. 1. La regulación del derecho a la intimidad en el ámbito laboral. 2. Consecuencias generales del incumplimiento de esta regulación por parte del empleador.–II. El injusto penal del delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.1 CP. 1. Modalidades de acción típica y objeto material de la conducta. 2. La ausencia de consentimiento. 3. El elemento subjetivo del injusto. 4. Ejercicio legítimo del derecho a controlar la actividad laboral y exención de responsabilidad penal del empleador.–III. Algunos problemas de culpabilidad.–IV. Responsabilidad penal de la persona jurídica. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

1. La regulación del derecho a la intimidad en el ámbito laboral

El derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución Española (en adelante, CE), aparece definido en la doctrina reciente del Tribunal Constitucional como una facultad principalmente negativa, en tanto que habilita al titular de tal derecho a impedir a cualquier tercero el acceso al espacio propio y reservado que constituye su esfera íntima. En ausencia de consentimiento por parte del titular, esta facultad

sólo cede cuando la intromisión del tercero está fundada en una previsión legal constitucionalmente justificada y proporcionada ¹.

Este derecho goza también de protección en el contexto de la relación laboral, ya que, como recoge la STC 119/2022, de 29 de septiembre, esta última «no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo». Ciertamente, toda vez que ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, el derecho a la intimidad del trabajador puede ser objeto de modulación en atención a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, siempre y cuando la restricción del derecho fundamental que resulte de tal modulación supere el juicio de proporcionalidad en los términos en los que este es formulado por la doctrina constitucional ².

Habitualmente, la limitación del derecho fundamental a la intimidad del trabajador se produce con ocasión de la adopción de medidas por parte del empleador con el fin de controlar la actividad laboral, en ejecución de la autorización establecida a tal efecto en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). Tanto los modos en los que se efectúa la vigilancia como las tareas que se someten a examen son, sin duda, muy variados ³. En nuestros días, no obstante, es indudable el protagonismo alcanzado por los dispositivos tecnológicos no sólo como instrumentos de investigación (videovigilancia, geolocalización, etc.), sino como objetos necesitados de control: su uso por el trabajador se ha convertido en imprescindible, pero a la vez propicia situaciones de riesgo que el empleador puede tener interés en (o, incluso, obligación de) supervisar, en particular cuando tales dispositivos son de titularidad de la empresa y se han facilitado para el desarrollo de las tareas propias del puesto de trabajo (almacenamiento de información en unidades de disco duro o en servidores remotos, navegación por la red, uso profesional o privado del correo electrónico o del teléfono móvil, etc.).

¹ Cfr., por todas, STC 66/2022, de 2 de junio, y las citadas en ella.

² La superación de ese juicio tiene lugar (SSTC 119/2022, de 29 de septiembre, y 99/2021, de 10 de mayo) cuando la medida restrictiva del derecho fundamental es apta para conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), no existe otra más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y es, en último lugar, equilibrada, al producir más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

³ Cfr. la detallada descripción de AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón: *Privacidad del trabajador versus Deberes de prevención del delito en la empresa*, Edisofer, Madrid, 2009, pp. 26 ss.

Cuando el conflicto entre el derecho a la intimidad del trabajador y la actividad de control del empleador se manifiesta en este escenario tecnológico, la comprobación de la legitimidad de esta última resulta más compleja.

Por una parte, varios de esos dispositivos (teléfonos móviles, tabletas, ordenadores) no sólo están preparados para alojar gran cantidad de información personal susceptible de revelar aspectos especialmente intensos de la privacidad del trabajador, sino que resultan aptos para el desarrollo de procesos de comunicación en los que éste puede participar⁴. De este modo, las medidas de control adoptadas por el empleador pueden colisionar no sólo con el derecho fundamental a la intimidad personal, sino también con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE. Y mientras que la intromisión en la intimidad es constitucionalmente legítima si satisface el referido juicio de proporcionalidad, cuando esa intromisión implica una intrusión en un proceso de comunicación resulta siempre imperativa la existencia de autorización previa mediante resolución judicial⁵. Esta protección adicional que se dispensa al secreto de las comunicaciones se extiende al «proceso de comunicación mismo», pero no al contenido comunicado una vez concluido tal proceso, si bien la precisión del momento en el que este se puede considerar terminado resulta en ocasiones problemática⁶. De este modo, la exigencia de autorización judicial sólo alcanza a los supuestos de interferencia en el propio proceso, mientras que la tutela posterior al proceso comunicativo que se proyecta sobre el contenido comunicado es la asociada al derecho a la intimidad⁷.

Por otra, la injerencia en la intimidad a través de la actuación sobre dispositivos tecnológicos de carácter específicamente digital requiere tomar en consideración el mandato de limitación del uso de la informática para garantizar la intimidad personal y familiar de los ciudadanos establecido en el artículo 18.4 CE. La exacta caracterización de esta previsión constitucional no es decisiva para examinar la cuestión a la que se dedica este trabajo; por ello, no se va a abordar aquí el debate sobre si este precepto permite delimitar un derecho autó-

⁴ STC 30/2022, de 7 de marzo.

⁵ STC 99/2021, de 10 de mayo, así como las SSTS (Sala 2.ª) 328/2021, de 22 de abril (RJ 2021\1857), y 528/2014, de 16 de junio (RJ 528/2014).

⁶ *Vid.*, por ejemplo, la polémica en las SSTS (Sala 2.ª) 489/2018, de 23 de octubre (RJ 2018\4937), y 528/2014, de 16 de junio (RJ 2014/3451), relativa a si un correo electrónico recibido, pero aún no abierto forma parte aún de un proceso de comunicación en curso o es el resultado de un proceso de comunicación ya acabado.

⁷ SSTC 241/2012, de 17 de diciembre; 123/2002, de 20 de mayo, y 70/2002, de 3 de abril, así como las SSTS (Sala 2.ª) 89/2023, de 10 de febrero (RJ 2023/1648); 694/2020, de 15 de diciembre (RJ 2020\5634); 489/2018, de 23 de octubre (RJ 2018/4937), y 528/2014, de 16 de junio (RJ 2014/3451).

nomo (la libertad informática, el *habeas data*⁸ o la autodeterminación informática)⁹ o si tal derecho constituye, en realidad, una dimensión más (una suerte de faceta positiva) del derecho fundamental a la intimidad¹⁰. Lo que sí resulta relevante es que cuando la intervención en la intimidad del trabajador está conectada con el uso de dispositivos tecnológicos digitales, su legitimidad constitucional ya no depende de los parámetros generales del juicio de proporcionalidad, sino que se concreta en el cumplimiento de las pautas establecidas en el artículo 87 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDP). El tenor de este precepto es el siguiente:

1. Los trabajadores y los empleados públicos tienen derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador.
2. El empleador puede acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos.
3. Los empleadores deben establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores.

El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados.

Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado.

La LOPDP tenía por propósito adaptar el ordenamiento español al Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril

⁸ STC 23/2022, de 21 de febrero, y STS (Sala 2.ª) 538/2021, de 17 de junio (RJ 2021\2687).

⁹ STS (Sala 2.ª) 317/2024, de 16 de abril (JUR 2024\125683).

¹⁰ MATA Y MARTÍN, Ricardo M.: «La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías», *Revista Penal*, núm. 18, 2006, p. 217; MARTÍNEZ GALINDO, Gema: «La adaptación digital de la protección penal de la intimidad», en BUSTOS RUBIO, Miguel, y ABADÍAS SELMA, Alfredo (Dir.), *Una década de reformas penales*, Bosch, Barcelona, 2020, p. 374; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 25.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2023, p. 302, y CARRASCO ANDRINO, María del Mar: «Descubrimiento y revelación de secretos», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.), *Tratado de Derecho penal. Parte Especial (I)*, 4.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2024, p. 1628.

de 2016¹¹, norma que constituye, por tanto, su principal fundamento. No obstante, la aplicación de la LOPDP -y, en particular, de su artículo 87- se ha visto afectada por la aparición de un nuevo paradigma derivado de la doctrina, posterior a la referida regulación europea, sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 (TEDH 2017, 61, asunto Barbulescu vs Rumanía)¹².

Tras afirmar que las comunicaciones de los individuos en su lugar de trabajo se hallan comprendidas en el concepto de ‘vida privada’ y que la naturaleza de la relación laboral habilita al empresario a regular las comunicaciones de carácter no profesional de sus empleados en ese espacio, la referida STEDH de 5 de septiembre de 2017 fija un conjunto de indicaciones que deben disciplinar tal ordenación (indicaciones que han pasado a integrar la conocida como «doctrina Barbulescu») y que pueden compendiarse en las siguientes¹³:

1. existencia de una notificación clara y previa al empleado acerca de (i) la adopción e implementación de medidas para supervisar la correspondencia y otras comunicaciones, y (ii) el alcance de la supervisión por parte del empresario y el grado de intrusión en la intimidad del empleado;
2. suministro de razones legítimas por parte del empresario que justifiquen la monitorización de las comunicaciones y el acceso a su contenido real;
3. necesidad de la medida de monitorización adoptada, constatada la ineficacia en el caso concreto de un sistema de supervisión menos intrusivo que el acceso directo al contenido de las comunicaciones del empleado;
4. congruencia entre el objetivo declarado de la medida de control y la finalidad con la que esta se utiliza;
5. proporcionalidad de la medida y limitación a lo necesario para el objeto de la investigación, y
6. transparencia y lealtad en su adopción.

¹¹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos.

¹² La decisión de la Gran Sala es el resultado de un recurso contra la previa STEDH de 12 de enero de 2016, que fue valorada negativamente por parte de la doctrina en tanto que no exigía (a diferencia de la resolución final de la Gran Sala) el suministro de información específica al trabajador sobre la existencia del control (cfr. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «Expectativa razonable de privacidad» y poder de vigilancia empresarial: ¿«Quo vadis justicia laboral»?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 399, 2016, pp. 171 ss.).

¹³ ZABALA, Carlos, y TREDAFILOVA, Sonia: *Manual de investigaciones internas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 79 ss., y CARRILLO DEL TESO, Ana: «El examen de dispositivos electrónicos del trabajador como fuente de prueba penal: soluciones jurisprudenciales», en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás et al. (Eds.), *Delincuencia corporativa: compliance, canales de denuncia y persecución penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2024, pp. 429 ss.

Aun cuando estos parámetros han sido asumidos por la jurisprudencia española y constituyen una referencia insoslayable en la evaluación de la regulación del derecho a la intimidad en el contexto laboral¹⁴, lo cierto es que, seguramente por su vocación orientativa, generan mayor incertidumbre¹⁵ -y, por ende, menor seguridad jurídica- que las exigencias del artículo 87 LOPDP.

El presupuesto es sustancialmente el mismo, pues el artículo 87 LOPDP define en sus dos primeros apartados un marco general equivalente al de la doctrina Barbulescu, proclamando el derecho a la intimidad del trabajador en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador y reconociendo simultáneamente la facultad de regulación de la que este último goza a fin de delimitar ese derecho en atención a la naturaleza propia de la relación laboral. Pero, mientras que la doctrina Barbulescu ciñe esta posibilidad a la invocación de razones legítimas (con la polémica que acompaña a la verificación de tal legitimidad), el artículo 87 LOPDP identifica claramente los dos únicos fines que habilitan el acceso del empleador a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores: (i) el control del cumplimiento de las obligaciones laborales y estatutarias y (ii) la garantía de la integridad de los dispositivos.

El tercer apartado del precepto establece la obligación del empleador de especificar de modo preciso los usos autorizados de los dispositivos y de informar a los trabajadores de los criterios de utilización, lo que, sin duda, satisface las exigencias comunicativas de la doctrina Barbulescu, decretando, además, que en el desarrollo de las pautas de empleo deben participar los representantes de los trabajadores, lo que puede considerarse, al menos potencialmente, como una garantía adicional. Ciertamente, el artículo 87 LOPDP incorpora alguna previsión insuficientemente precisa, como al prescribir que los criterios de empleo de los dispositivos digitales han de respetar los estándares mínimos de protección de la intimidad del trabajador de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. Sin embargo, se trata de

¹⁴ Vid. STC 119/2022, de 29 de septiembre, así como las SSTs (Sala 2.ª) 89/2023, de 10 de febrero (RJ 2023/1648); 817/2022, de 14 de octubre (RJ 2022/4480); 56/2022, de 24 de enero (RJ 2022/438); 489/2018, de 23 de octubre (RJ 2018/4937) y (Sala 4.ª) 119/2018, de 8 de febrero (RJ 2018/666), si bien esta señala expresamente que las pautas marcadas por la doctrina Barbulescu «nada sustancial añaden a la doctrina tradicional» de la propia Sala 4.ª Sobre estas resoluciones, cfr. CANO GALÁN, Yolanda: «La licitud de la prueba obtenida mediante el control del correo electrónico corporativo: aplicación de la doctrina del asunto Barbulescu II», *Diario La Ley*, núm. 9194, 2018, pp. 1 ss., y VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles, y ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel: «La jurisprudencia penal sobre el cibercontrol empresarial de los subordinados», *Diario La Ley*, núm. 10388, 2023, pp. 1 ss.

¹⁵ PEÑARANDA EZPONDABURU, Ana: «Límites y riesgos de las investigaciones internas en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 155, 2022, pp. 1 ss.

pautas que guían la fijación de unas reglas que, en todo caso, van a elaborarse con participación de los representantes de los trabajadores y comunicarse a cada uno de estos. La doctrina Barbulescu presenta, a mi juicio, un nivel de taxatividad inferior, toda vez que la legitimidad de la intervención del empleador se hace depender de la observancia de principios inherentemente vagos (proporcionalidad, limitación a lo necesario, transparencia, lealtad) que no sólo operan en el proceso de creación de las reglas de intervención, sino en la propia intervención. Ello supone que, por mucho esmero que se haya puesto en la definición de los criterios, por mucho que se haya propiciado la participación y el acuerdo con los representantes de los trabajadores en su confección y por mucho que se haya asegurado la fehaciencia en su comunicación a los trabajadores, la legitimidad de la intervención podrá ser siempre discutida por un pronunciamiento judicial que cuestione la proporcionalidad, limitación, transparencia y lealtad de su puesta en práctica.

Y, como a continuación se verá, no es cuestión baladí que el diseño y la ejecución de los criterios de regulación de la intimidad del trabajador en el entorno laboral se estimen o no ajustados a estas referencias normativas y jurisprudenciales. Y, menos aún, en un contexto como el actual, caracterizado por un régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica basado en el incumplimiento de la obligación de establecer medidas de control eficaces y de instaurar una cultura de respeto de la legalidad¹⁶. El control de la actividad laboral ya no es sólo –ni principalmente– una facultad del empleador dirigida a la mejor ordenación de los procesos; desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la adopción y ejecución de medidas de vigilancia y control constituye un deber de la persona jurídica a cuya satisfacción eficaz se supedita la exención de responsabilidad penal conforme al artículo 31 bis.2 CP. Y si de este modelo (y, en particular, del artículo 31.bis.5 CP) ya cabía inferir que las personas jurídicas tienen la facultad de investigar internamente la comisión de delitos en su seno¹⁷, la reciente Ley 2/2023, de 20 de febrero¹⁸, ha otorgado carta de naturaleza definitiva a la obligación empresarial de desarrollar investigaciones internas para identificar y sancionar tales incumplimientos. La amenaza de la responsabilidad penal de la persona jurídica, unida a la –no menos intimidatoria– amenaza de la imputación penal por omisión a las personas físicas responsables de adoptar y ejecutar las medidas de vigilancia y control dentro de

¹⁶ STS 154/2016, de 29 de febrero (RJ 2016/600).

¹⁷ AYALA GONZÁLEZ, Alejandro: «Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?», *InDret*, núm. 2, 2020, p. 283.

¹⁸ Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

la persona jurídica, dibujan un escenario en el que el empleador debe navegar con prudencia para eludir tanto el Escila de una omisión reprochable del control debido como el Caribdis de una vigilancia desatenta a los criterios legales y jurisprudenciales de legitimidad.

2. Consecuencias generales del incumplimiento de esta regulación por parte del empleador

La adopción y ejecución de medidas de vigilancia que incumplan las reglas expuestas genera, como cabría esperar, consecuencias jurídicas negativas para el empleador.

En primer lugar, tal incumplimiento puede determinar la ilegalidad de cualquier prueba obtenida mediante el control del dispositivo tecnológico empleado por el trabajador, vedando de este modo su eficacia en un ulterior procedimiento judicial, tanto si este es de naturaleza laboral (en relación, por ejemplo, con el despido del trabajador) como si es de carácter penal (a resultas de la eventual comisión de una infracción penal por parte del trabajador mediante el uso de los dispositivos digitales a su servicio)¹⁹.

Pero, adicionalmente, la inobservancia de tales pautas puede dar lugar a la comisión -por parte de quienes deciden y ejecutan la intervención- de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del Capítulo I del Título X del Libro II del Código Penal (en adelante, CP). La revisión de las motivaciones político-criminales que subyacen a la incriminación de las conductas tipificadas en este Capítulo I revela un contexto caracterizado por la intersección descrita en el apartado anterior entre los derechos fundamentales a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la autodeterminación informática. Así, si bien la rúbrica del Título X («delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio») conduce a varios autores, con buenas razones, a mencionar sólo el derecho a la intimidad personal como

¹⁹ VELASCO NÚÑEZ, Eloy: «Prueba penal prohibida obtenida por particular. Autograbaciones, grabaciones subrepticias y filtraciones de privacidades ajenas en chats y foros», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 53, 2019, BIB 2019\840, y CARRASCO ANDRINO, María del Mar: *Descubrimiento y revelación...*, *op. cit.*, pp. 1647 ss. *Vid.* también las SSTS (Sala 2.ª) 56/2022, de 24 de enero (RJ 2022/438), y 489/2018, de 23 de octubre (RJ 2018/4937), así como la sentencia de la AP de Asturias 291/2023, de 13 de julio (JUR 2023\398274). Cfr. también el análisis que realiza AYALA GONZÁLEZ, Alejandro: *Investigaciones internas...*, *op. cit.*, pp. 285 ss., de las dificultades que la jurisprudencia ha ido poniendo para el empleo de estas pruebas -incluso si son obtenidas lícitamente- en un ulterior proceso penal.

bien tutelado por estos preceptos²⁰, no es inusual que la mención principal de la intimidad como bien jurídico protegido se vea acompañada por referencias a los derechos a la autodeterminación informática²¹ y al secreto de las comunicaciones, ya como bienes jurídicos distintos y cumulativamente protegidos²², ya como ámbitos específicos o concreciones del derecho fundamental a la intimidad personal²³.

²⁰ OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, Leopoldo: *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 29 ss.; MENDO ESTRELLA, Álvaro: «Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 18, 2016, pp. 5 ss.; GORJÓN BARRANCO, María Concepción: «Descubrimiento y revelación de secretos», en ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen (Dir.), *Parte especial del Derecho penal a través del sistema de casos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 197; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 8.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2023, pp. 304 ss., y VERDUGO GUZMÁN, Silvia: «Reformas penales en los delitos relativos al descubrimiento y revelación de secretos desde el Decreto 3096/1973 a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre», en MARTÍNEZ PATÓN, Víctor, y MARTÍNEZ GALINDO, Gemma (Dir.), *Cincuenta reformas penales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2024, p. 409. En el mismo sentido, SSTS 104/2024, de 1 de febrero (JUR 2024/57211), y 771/2023, de 18 octubre (RJ 2023/4884).

²¹ El debate sobre la delimitación de este bien jurídico se ha producido fundamentalmente en relación con la aplicación del artículo 197.2 CP. Ya en los primeros años tras su incorporación al texto legal, la doctrina generalizó el uso de expresiones como «intimidad informática» (PÉREZ VALLEJO, Ana María: «La informática y el Derecho penal», *Actualidad informática Aranzadi*, núm. 19, 1996, pp. 9 ss., y MORÓN LERMA, Esther: «Intención del agresor y ataque a la intimidad», en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Elcano, 2001, p. 1624), «habeas data» o «libertad informática» (RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: «Descubrimiento y revelación de secretos en el nuevo Código Penal», en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen* (ii), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, p. 231; RUIZ MARCO, Francisco: *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, Colex, Madrid, 2001, pp. 46 ss.; ANARTE BORRALLÓ, Enrique: «Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código Penal», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 43, 2002, p. 51, y HUERTA TOCILDO, Susana y ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina: «Intimidad e informática», *Revista de Derecho Penal*, núm. 6, 2002, p. 57) o, directamente, «privacy» (MORALES PRATS, Fermín: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984, pp. 118 y sigs.) para tratar de acotar las diferencias entre el derecho a la intimidad y el bien jurídico tutelado por este precepto. Aunque la jurisprudencia alude en la actualidad de forma mayoritaria a la noción de autodeterminación informática (que residencia en el artículo 18.4 CE), no es inusual que emplee como equivalentes expresiones como las citadas. A tal respecto, cfr. SSTS 314/2024, de 16 de abril (JUR 2024/125683); 104/2024, de 1 de febrero (JUR 2024/57211); 474/2023, de 16 de junio (RJ 2023/3210); 958/2022, de 15 de diciembre (RJ 2023/859); 744/2022, de 21 de julio (RJ 2022/4193); 260/2021, de 22 de marzo (RJ 2021/1355), y 178/2021, de 1 de marzo (RJ 2021/861), así como las consideraciones de COTS MARFIL, Azahara: «Una aproximación al artículo 197.2 del Código Penal vigente», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 757, 2008, BIB 2008/1314.

²² CASALS FERNÁNDEZ, Ángela: «Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el ciberespacio: especial mención a la prueba pericial digital», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 76, 2023, p. 160, quien menciona adicionalmente la dignidad, la integridad moral o la libertad como bienes afectados.

²³ JORGE BARREIRO, Arturo: «El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 1995», *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6, 2002, p. 101; MATA Y MARTÍN, Ricardo M.: *La protección penal de datos...*, op. cit., p. 217, y MESTRE DELGADO, Esteban: «Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, en el conflicto con las libertades de expresión e información», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 7, 2019, p. 46.

Esta variedad –relativamente desestructurada– de intereses se refleja en la tipificación dentro del citado Capítulo I de una pluralidad de comportamientos cuya sistematización tampoco es por completo atinada. De este modo, bajo la misma rúbrica («descubrimiento y revelación de secretos») se incriminan apoderamientos de documentos y efectos personales (artículo 197.1 CP), accesos ilícitos a sistemas (artículo 197 bis.1 CP) y a datos (artículo 197.2 CP), interceptaciones de comunicaciones (artículo 197.1 CP) y de transmisiones de datos (artículo 197 bis.2 CP), alteraciones, utilizaciones en perjuicio de tercero y difusiones de datos reservados (artículos 197.2 y 197.3 CP) e, incluso, prácticas del denominado «*sexting* secundario»²⁴ (artículo 197.7 CP).

Al igual que ocurre con prácticamente todas las infracciones penales, cualquiera de estas conductas, pese a su heterogeneidad, puede ejecutarse en un contexto laboral. Sin embargo, esta circunstancia no dota a la mayoría de ellas de especificidad suficiente como para justificar su tratamiento singular en una obra de las características de la presente.

No ocurre lo mismo, no obstante, con las actuaciones de control empresarial del uso privado de dispositivos digitales puestos a disposición del trabajador (en especial, del correo electrónico) que son objeto de sanción penal en el artículo 197.1 CP²⁵. En estos casos, las particularidades con las que se presentan algunos elementos del delito, unidas a la notoriedad alcanzada por la STS 328/2021, de 22 de abril (RJ 2021/1857), que condena a un empleador por apoderarse de mensajes de correo electrónico de un empleado en el entorno laboral, abonan la utilidad de prestarles atención individualizada.

Este es, precisamente, el propósito de este capítulo.

II. EL INJUSTO PENAL DEL DELITO DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS DEL ARTÍCULO 197.1 CP

1. Modalidades de acción típica y objeto material de la conducta

El artículo 197.1 CP castiga con una pena cumulativa de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, realiza, sin consentimiento de este último, cualquiera de las tres siguientes acciones típicas:

²⁴ MENDO ESTRELLA, Álvaro: *Delitos de descubrimiento...*, op. cit., p. 4.

²⁵ Como ya apuntaba RUIZ MARCO, Francisco: *Los delitos contra la intimidad...*, op. cit., p. 57.

- a) apoderarse de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales,
- b) interceptar sus telecomunicaciones, o
- c) utilizar artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación.

La jurisprudencia penal ofrece ejemplos de comisión de delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el contexto laboral que se ajustan a toda estas modalidades de acción típica. Se trata de conductas heterogéneas y de lesividad desigual²⁶. Como ya se ha anticipado, en este capítulo se va a prestar atención principal a una de las manifestaciones más habituales de uno de estos comportamientos: la apropiación de los mensajes remitidos y recibidos por parte del trabajador a través de cuentas personales de correo electrónico a las que accede a través de terminales puestos a su disposición por parte del empleador²⁷.

En estos casos, la modalidad de acción típica relevante es la primera, vertebrada en torno a una acción de apoderamiento. El verbo «apoderarse» tiene una presencia destacada en el texto legal, pues constituye el núcleo de una de las conductas típicas clásicas del Derecho penal como es la del delito de robo del artículo 237 CP. Es, así mismo, el elegido por el legislador penal para configurar la tipicidad de varios delitos conectados con el descubrimiento y la revelación de secretos; no sólo es el elemento central de la primera de las modalidades típicas del artículo 197.1 CP, sino que con él se inicia la enumeración de acciones que conforman el tipo mixto alternativo del artículo 197.2 CP y describe también la acción típica del delito relativo al secreto de empresa del artículo 278 CP.

Pese a la frecuencia de su uso, la determinación de su referencia semántica tanto en el artículo 197.1 como en el 197.2 CP ha dado lugar a numerosas discusiones doctrinales y jurisprudenciales. Aunque no exclusivamente, razones sistémicas vinculadas con su uso en otros preceptos del Código Penal –y, en concreto, con la necesidad de delimitar esta conducta de las otras recogidas en el artículo 197.2 CP– permiten afirmar que, también en este caso, la locu-

²⁶ SIERRA LÓPEZ, María del Valle: «Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quáter, 197 quinquies y 198», *Revista Penal*, núm. 39, 2017, p. 177.

²⁷ Junto con las dificultades técnicas que derivan del carácter incorpóreo de los mensajes de correo electrónico, su elección como elemento principal de análisis se funda también en el riesgo cualitativamente mayor que comporta el mal uso del correo por parte del trabajador (CARRASCO ANDRINO, María del Mar: *Descubrimiento y revelación...*, op. cit., pp. 1651 ss.).

ción ‘se apodere de’ enuncia simultáneamente tanto la acción de sustracción y aprehensión de la cosa como el resultado de apropiación de la cosa, aprehensión que se materializa en la disponibilidad, aunque sea potencial o mínima, de esta última. Esto es, el verbo típico «apoderarse» expresa no sólo la separación de la cosa del ámbito de disponibilidad del sujeto pasivo y su aprehensión por el sujeto activo, sino, adicionalmente, que este último se «hace dueño» de la cosa, la sitúa bajo su dominio.

Ciertamente, este resultado de apropiación debe acomodarse a la tangibilidad variable de los posibles objetos descritos en el artículo 197.1 CP (papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales), pues es preciso tener en cuenta que la amplitud semántica del concepto de documento definido en el artículo 26 CP, del concepto de correo electrónico contenido en la Directiva 2002/58/CE sobre privacidad y comunicaciones electrónicas²⁸ y del propio inciso final del artículo 197.1 CP habilita la consideración como posibles objetos materiales de la conducta de un conjunto muy diverso de elementos, tales como fotografías²⁹, capturas de pantalla, mensajes de la aplicación Whatsapp³⁰ o mensajes de correo electrónico³¹.

A este respecto, si se limitara la acción de apoderamiento a los supuestos de aprehensión de un soporte material, quedaría vaciada la conducta típica que tuviera por objeto entidades incorpóreas como los mensajes de correo electrónico³². Pero si se calificara como apoderamiento cualquier conocimiento del contenido íntimo, incluyendo la mera visualización de un mensaje, desaparecería cualquier posibilidad de diferenciar las conductas de apoderamiento y de acceso, que aparecen incriminadas separadamente en el artículo 197.2 CP. En consecuencia, parece razonable condicionar la apreciación de un resultado de apropiación (y, por tanto, de la conducta de apoderamiento) a la existencia de una actuación de carácter físico sobre el objeto material, bien sea en el proceso

²⁸ Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 238, para quien, de conformidad con la noción que establece la Directiva, constituyen mensajes de correo electrónico los enviados utilizando aplicaciones mensajería, así como, en general, cualquier comunicación entre sujetos a través de la Red, ya consista en texto, voz, sonido o imagen.

²⁹ SSTS 717/2020, de 22 de diciembre (RJ 2020/5072), y 700/2018, de 9 de enero (RJ 2019\375).

³⁰ STS 892/2022, de 11 de noviembre (RJ 2023/157).

³¹ STS 328/2021, de 22 de abril (RJ 2021/1857).

³² Salvo que se limitara a los casos de mensajes electrónicos ya impresos fuera del sistema (MORALES PRATS, Félix: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 330).

de acceso al mensaje³³, bien mediante la materialización o aprehensión virtual del contenido del mensaje (a través, por ejemplo, de su impresión, fotografiado o reproducción)³⁴.

El argumento clave para defender una propuesta interpretativa que excluya del ámbito de las conductas de apoderamiento la mera visualización del contenido sin ulterior materialización en un soporte tangible es de carácter sistémico; está conectado con la aparición del verbo «apoderar» en los dos primeros párrafos del artículo 197 CP y con la tipificación tanto de la conducta de «apoderamiento de datos» como de la de «acceso a datos por cualquier medio» en el artículo 197.2 CP.

Descartar toda posibilidad de que un enunciado legal esté formulado de forma incorrecta (incluyendo, por ejemplo, términos superfluos) es, seguramente, un prejuicio ilusionista que no debe tener cabida en una aproximación realista a los textos legales. No obstante, cuando un término legal es relativamente indeterminado (como ocurre con el verbo «apoderar») y son viables distintas propuestas alternativas de interpretación, creo que sólo en ausencia de otra explicación plausible cabe aceptar una directriz interpretativa que lleve a afirmar que uno de los elementos del enunciado legal es redundante. En este caso, la restricción del entendimiento de «apoderarse» a los supuestos de materialización en un soporte tangible no sólo es conforme con el rango semántico del término, sino que habilita en el artículo 197.2 CP un espacio propio para el verbo «acceder», que comprendería, precisamente, los supuestos de mero acceso intelectual al contenido. De este modo, existiendo una alternativa de entendimiento más probable, creo que resulta desacertado sugerir una interpretación fundada en la redundancia de una parte del enunciado legal, pues ello presupone que la ley no logra un nivel mínimo en el uso de la lengua³⁵. No

³³ ROMEO CASABONA, Carlos María: «La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de la red», *Derecho y conocimiento*, núm. 2, 2002, p. 136, quien propugna la extensión del concepto de apoderamiento a la «captación directa» del contenido del mensaje electrónico sólo si existe un «comportamiento previo que facilite el acceso al objeto material», esto es, una «acción tendente a remover, aunque sea de forma temporal y en todo caso no irreversible, cualquier obstáculo –por insignificante que sea éste– que impida la visualización del contenido que incorpora el soporte».

³⁴ En este sentido, ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita: *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pp. 25 ss. (quienes exigen una previa «acción física» dirigida a la obtención del secreto); MATA Y MARTÍN, Ricardo M.: *La protección penal de datos...*, *op. cit.*, p. 224; OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, Leopoldo: *El descubrimiento...*, *op. cit.*, pp. 79 ss.; MONTSERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO, María Isabel: «Delimitación de los conceptos de acceso y apoderamiento en el delito de descubrimiento y revelación de secretos», *Estudios penales y criminológicos*, vol. 37, 2017, p. 463, y MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 303.

³⁵ Vulnerando así la que WRÓBLEWSKI, Jerzy: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 47 ss., recoge como cuarta directiva lingüística de interpretación legal

es esta, sin embargo, la tesis que acoge una parte de la doctrina³⁶ y la mayoría de la jurisprudencia³⁷, que favorecen una extensión del concepto de «apoderamiento» hasta abarcar los supuestos de lo que denominan apoderamiento «espiritualizado», consistentes en la «captación intelectual del contenido».

De cualquier forma, con independencia de la propuesta de interpretación que al respecto se defienda, la individualización de la apropiación como resultado típico permite fijar la adquisición de la disponibilidad sobre el contenido íntimo como momento de consumación de la conducta típica³⁸ y habilita la posibilidad de apreciar formas imperfectas de ejecución del delito³⁹.

Por último, es preciso subrayar que el tipo no exige expresamente que el objeto material encierre efectivamente un contenido calificable como secreto ni que incorpore referencias a la intimidad del sujeto pasivo. Si bien algunos autores entienden que, de no ser así, el mensaje electrónico (por ejemplo) no reuniría las condiciones para poder ser considerado como objeto material de la conducta⁴⁰, lo cierto es que el tipo no condiciona la relevancia penal del comportamiento a la existencia de un peligro –ya sea concreto o hipotético⁴¹– para la intimidad (que justificaría exigir una conexión objetiva del mensaje con el ámbito reservado del sujeto), sino a la existencia de una finalidad específica de atentar contra la intimidad. Y esta última resulta compatible con una situación

de primer nivel derivada del contexto lingüístico (DII-4): «no se debería determinar el significado de una regla de manera tal que algunas partes de dicha regla sean redundantes».

³⁶ MORALES PRATS, Félix: *Delitos contra la intimidad...*, op. cit., p. 330, quien habla a estos efectos de «captación intelectual» de los mensajes de correo electrónico, y RUIZ MARCO, Francisco: *Los delitos contra la intimidad...*, op. cit., pp. 53 ss., quien alude a su «apoderamiento cognitivo».

³⁷ SSTS 928/2023, de 14 diciembre (JUR 2024\1890); 771/2023, de 18 de octubre (RJ 2023/4884); 538/2021, de 17 de junio (RJ 2021/2687) y 412/2020, de 20 de julio (RJ 2020\2523). La apreciación de concursos de normas entre los dos primeros apartados del artículo 197 CP (corolario que la jurisprudencia asocia a esta interpretación del verbo «apoderar») depende, más que de la coextensión de los verbos «apoderar» y «acceder», de la opinión relativa a la identidad –total o parcial– entre los bienes jurídicos tutelados en cada apartado. En tanto que el artículo 197.2 CP también tipifica el apoderamiento de datos, el juicio sobre la concurrencia de la triple identidad que conduciría a afirmar la producción de un *bis in idem* y, por ende, a aplicar las reglas del concurso de normas estriba, por tanto, en la delimitación de la medida en que la autodeterminación informática es parcialmente coincidente con la intimidad personal.

³⁸ Pues, como es evidente, el artículo 197.1 CP no supedita la consumación al efectivo descubrimiento del secreto ni a la vulneración de la intimidad (MATA Y MARTÍN, Ricardo M.: *La protección penal de datos...*, op. cit., p. 225). Vid. en este sentido también la STS 104/2024, de 1 de febrero (JUR 2024/57211).

³⁹ STS 771/2023, de 18 de octubre (RJ 2023/4884). Cfr. RUIZ MARCO, Francisco: *Los delitos contra la intimidad...*, op. cit., p. 55; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo: *Delitos contra la intimidad...*, op. cit. p. 238, y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *Delitos contra la intimidad...*, op. cit., p. 306.

⁴⁰ ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita: *Delitos informáticos...*, op. cit., p. 29; MATA Y MARTÍN, Ricardo M.: *La protección penal de datos...*, op. cit., p. 225, y ROMEO CASABONA, Carlos María: *La protección penal de los mensajes de correo electrónico...*, op. cit., p. 128.

⁴¹ Aunque expresamente señala que no es preciso que se produzca una situación de peligro concreto, sí que estima que es preciso que la acción sea en sí misma peligrosa para el bien jurídico, ROMEO CASABONA, Carlos María: *La protección penal de los mensajes de correo electrónico...*, op. cit., p. 127.

de peligro abstracto, que puede concurrir aun cuando los mensajes de los que el sujeto activo se apodera no conciernan a la intimidad del sujeto pasivo⁴². Esta tesis, por otra parte, permite conservar la coherencia sistémica con las exigencias legales de las otras dos modalidades de acción típica, que tampoco demandan verificar la idoneidad lesiva de la conducta.

2. La ausencia de consentimiento

Como antes se ha mencionado, el tenor del artículo 197.1 CP sujeta expresamente la tipicidad a la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo; en consecuencia, cuando este lo presta, el comportamiento deviene atípico y, por ende, penalmente irrelevante⁴³.

En estos supuestos, el consentimiento es, con carácter general, una fuente distinta y autónoma de exención de la responsabilidad penal⁴⁴. Su fundamento radica en que, al consentir, el titular exterioriza su libre decisión de disponer del bien jurídico; es una resolución que el ciudadano adopta dentro de su esfera de autogobierno y que se cimenta en su derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido por el artículo 10 CE. El ejercicio de ese autogobierno comporta la posibilidad de disponer de los bienes jurídicos de los que el sujeto es titular, posibilidad que sólo cabe entender limitada cuando el Derecho lo establece de modo expreso, bien privando de efectos a la libre disposición, bien regulando las condiciones en las que ésta puede adquirir eficacia.

Esta última precisión tiene gran repercusión cuando la conducta se produce en el ámbito laboral, pues, «a priori», el artículo 3.5 ET –que impide a los trabajadores «disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario», así como de «los derechos reconocidos como indisponibles por convenio

⁴² MORALES PRATS, Félix: *Delitos contra la intimidad...*, op. cit., pp. 331 ss., y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *Descubrimiento y revelación...*, op. cit., p. 241.

⁴³ RUIZ MARCO, Francisco: *Los delitos contra la intimidad...*, op. cit., p. 55; JORGE BARREIRO, Arturo: *El delito de descubrimiento...*, op. cit., p. 106; ROMEO CASABONA, Carlos María: *La protección penal de los mensajes de correo electrónico...*, op. cit., p. 140; OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, Leopoldo: *El descubrimiento...*, op. cit., p. 90; GORJÓN BARRANCO, María Concepción: *Descubrimiento...*, op. cit., p. 197; CASALS FERNÁNDEZ, Ángela: *Los delitos de descubrimiento...*, op. cit., p. 163, y CARRASCO ANDRINO, María del Mar: *Descubrimiento y revelación...*, op. cit., p. 1644.

⁴⁴ La persistente disputa doctrinal acerca de la caracterización concreta del consentimiento como causa de exención de la responsabilidad penal decae en estos supuestos en los que la descripción legal integra expresamente la ausencia de consentimiento como elemento del tipo. No obstante, hay autores que, también en este caso, lo consideran una causa de justificación (VERDUGO GUZMÁN, Silvia: *Reformas penales...*, op. cit., p. 423).

colectivo»– restringe de forma evidente la eficacia del consentimiento en el caso que nos ocupa⁴⁵. Así, en tanto que el derecho a la intimidad del trabajador en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador aparece recogido en el artículo 20 bis ET, no cabe sino concluir que la indisponibilidad instituida por el artículo 3.5 ET se extiende a aquél.

Ciertamente, este derecho no tiene un contenido absoluto; el propio artículo 20 bis ET explicita que su reconocimiento se produce «en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales». Por consiguiente, se trata de un derecho delimitado de conformidad con el régimen instituido por el artículo 87 LOPDP, que establece las condiciones en las que resulta legítima la restricción de tal derecho en el seno de una relación de trabajo. Son estas condiciones, pues, las que resultan indisponibles para el trabajador; su consentimiento en una limitación del derecho que no se articule a través del respeto a tales pautas resulta ineficaz por mor del artículo 3.5 ET⁴⁶.

Así las cosas, sin merma de su efecto de exclusión de la tipicidad en el resto de casos incardinables en el artículo 197.1 CP, el consentimiento no produce este resultado cuando es otorgado por el trabajador en el seno de una relación laboral, dada la limitación de su eficacia establecida por el Estatuto de los Trabajadores⁴⁷.

3. El elemento subjetivo del injusto

La exigencia típica de que la conducta se efectúe «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro» entraña, pese a la confusión en la que en ocasiones incurren los tribunales⁴⁸, la necesidad de que concurra en aquella

⁴⁵ AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón: «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Atelier, Barcelona, 2020, p. 416.

⁴⁶ Cfr., no obstante, la eficacia que la reciente STS (Sala 2.ª) 89/2023, de 10 de febrero (RJ 2023/1648) otorga al consentimiento otorgado por los trabajadores para considerar desvanecida cualquier legítima expectativa de privacidad.

⁴⁷ Algunos autores (por ejemplo, MUÑOZ CUESTA, Javier: «Dos cuestiones relevantes y actuales del delito de descubrimiento y revelación de secretos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2021, BIB 2021\3955) parecen conectar la eficacia eximente que se atribuye al cumplimiento de los criterios sentados por el artículo 87 LOPDP con la existencia de un pacto expreso entre empleador y trabajador y con la eficacia del consentimiento como elemento de limitación de la intimidad personal. No es exactamente así: ciertamente, el citado precepto exige el conocimiento del régimen de control por parte del trabajador y decreta la obligatoria participación de los representantes de los trabajadores en la fijación de aquél, pero ni demanda un pacto expreso, ni funda en este -ni en el consentimiento del trabajador- la legitimidad del control.

⁴⁸ STS 328/2021, de 22 de abril (RJ 2021/1857).

un elemento subjetivo adicional al dolo y distinto de este⁴⁹. Así, el comportamiento se perpetrará dolosamente si el sujeto activo es consciente de estar realizando la acción típica, es consciente de su ilicitud y, además, la ejecuta voluntariamente. La presencia del elemento subjetivo del injusto sólo se podrá afirmar si, además, el sujeto obra con la finalidad de descubrir los secretos de otro o la de vulnerar su intimidad⁵⁰.

La concurrencia de esta finalidad específica puede resultar compatible con la de otras finalidades adicionales⁵¹. Ahora bien, si la acción del sujeto se halla guiada de modo exclusivo y excluyente por un fin distinto del descrito en el tenor legal, el apoderamiento del mensaje de correo electrónico queda fuera de la tipicidad descrita por el artículo 197.1 CP⁵², aun cuando de tal conducta se siga la puesta en peligro o, incluso, la lesión de la intimidad⁵³. A la misma conclusión (la irrelevancia penal del comportamiento) cabe llegar cuando la vulneración es casual⁵⁴ o cuando la intención de quebrantar la intimidad surge en un momento posterior al de la realización de la acción típica⁵⁵.

La rotundidad de estas conclusiones, no obstante, debe atemperarse en atención a la dificultad de prueba de la concurrencia de un elemento subjetivo de este cariz⁵⁶. No será, por tanto, inusual que, pese al sentido claramente intencional de la expresión y pese a que la referencia de tal intención se proyecte hacia la fase de agotamiento de la conducta típica, su presencia se infiera de la mera realización dolosa de esta última.

⁴⁹ ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita: *Delitos informáticos...*, op. cit., p. 28; RUIZ MARCO, FRANCISCO: *Los delitos contra la intimidad...*, op. cit., p. 55; JORGE BARREIRO, Arturo: *El delito de descubrimiento...*, op. cit., p. 107; ROMEO CASABONA, Carlos María: *La protección penal de los mensajes de correo electrónico...*, op. cit., p. 141; GORJÓN BARRANCO, María Concepción: *Descubrimiento...*, op. cit., p. 197; MONTSERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO, María Isabel: *Delimitación de los conceptos...*, op. cit., p. 450, y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 304.

⁵⁰ STS 771/2023, de 18 de octubre (RJ 2023\4884).

⁵¹ STS 871/2022, de 7 de noviembre (RJ 2022\5318).

⁵² Esta es la razón por la que se decreta la absolución en las STS 534/2011, de 10 de junio (RJ 2011\4671), y en la sentencia 65/2013, de 11 de noviembre, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (ARP 2013\1183), entre otras.

⁵³ MORÓN LERMA, Esther: *Intención del agresor...*, op. cit., p. 1615; MATA Y MARTÍN, Ricardo M.: *La protección penal de datos...*, op. cit., p. 225; ROMEO CASABONA, Carlos María: *La protección penal de los mensajes de correo electrónico...*, op. cit., p. 142; OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, Leopoldo: *El descubrimiento...*, op. cit., p. 85, y MESTRE DELGADO, Esteban: *Los delitos de descubrimiento...*, op. cit., p. 49.

⁵⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo: *Delitos contra la intimidad...*, op. cit. p. 238.

⁵⁵ MENDO ESTRELLA, Álvaro: *Delitos de descubrimiento...*, op. cit., p. 19.

⁵⁶ MORÓN LERMA, Esther: *Intención del agresor...*, op. cit., pp. 1615 ss.

4. Ejercicio legítimo del derecho a controlar la actividad laboral y exención de responsabilidad penal del empleador

La satisfacción de los elementos que describen la conducta típica del artículo 197.1 CP no determina inexorablemente la imputación de responsabilidad penal al sujeto activo, pues si en el curso de la realización de la acción típica se respetan las condiciones en las que la Constitución, la LOPDP y la jurisprudencia habilitan la restricción de los derechos fundamentales afectados, la conducta se verá amparada por la causa de exención de la responsabilidad penal de ejercicio legítimo de un derecho establecida en el artículo 20.7 CP⁵⁷.

La evaluación de la concurrencia de esta causa eximente exigirá, en primer lugar, identificar el concreto derecho fundamental afectado (secreto de las comunicaciones o intimidad), ya que, como se expuso anteriormente, las condiciones de legitimidad de la intromisión difieren en cada caso. Tales condiciones no varían, en cambio, en atención a si la limitación del derecho fundamental se produce en el marco de una actividad genérica de vigilancia o bien en el curso de una investigación interna desarrollada en el contexto de un programa de cumplimiento. Ni el artículo 31 bis CP ni la Ley 2/2023 -principales fuentes regulatorias de las investigaciones internas- establecen particularidades a este respecto, por lo que, con independencia de que se trate de una operación de control ordinaria o extraordinaria, la intervención en los medios digitales puestos a disposición del trabajador deberá someterse a las pautas descritas, ya sea la previa autorización judicial (si se afecta al secreto de las comunicaciones), ya la satisfacción de los requisitos del artículo 87 LOPDP, depurados –en su caso– a partir de la doctrina Barbulescu (si es el derecho a la intimidad el perturbado)⁵⁸.

Esta identidad de exigencias obliga, naturalmente, a extremar las cautelas adoptadas al practicar las diligencias propias de una investigación interna, pues también en el seno de estas la inobservancia de las reglas que disciplinan la injerencia en los derechos fundamentales puede dar lugar a la comisión de un delito de descubrimiento y revelación de secretos por parte del investigador⁵⁹.

⁵⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María: *La protección penal de los mensajes de correo electrónico...*, op. cit., p. 147. Vid. también la STS 328/2021, de 22 de abril (RJ 2021/1857).

⁵⁸ AYALA GONZÁLEZ, Alejandro: *Investigaciones internas...*, op. cit., p. 292; ZABALA, Carlos, y TRENDAFILOVA, Sonia: *Manual de investigaciones internas...*, op. cit., pp. 74 ss., y VICARIO PÉREZ, Ana María: «Compliance penal en los partidos políticos. El valor probatorio de las investigaciones internas», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 67, 2022, BIB 2022/2894.

⁵⁹ Cfr. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: «Las investigaciones internas en las empresas como estrategia preprocesal de defensa penal corporativa», *Diario La Ley*, núm. 9180, 2018, p. 5; AYALA GONZÁLEZ, Alejandro: *Investigaciones internas...*, op. cit., p. 285; PEÑARANDA EZPONDABURU, Ana: *Límites y ries-*

En este resbaladizo escenario adquiere capital importancia la comprometida distinción entre la comunicación como proceso y la comunicación como resultado del proceso, pues de ello depende el parámetro de legitimidad aplicable⁶⁰. La apreciación, por ejemplo, de que el proceso comunicativo persiste cuando los mensajes de correo electrónico recibidos por el sujeto investigado en su cuenta aún no han sido abiertos⁶¹, en tanto que activa la necesidad de la autorización judicial para proceder a su apertura y lectura, puede determinar la inviabilidad de buena parte de las investigaciones internas, abocadas a su interrupción, por razón de su obligada judicialización, nada más comenzar⁶².

Mas si la actuación del investigador interno se ajusta a las condiciones de legitimidad, será lícita y hallará cobertura en la eximente del artículo 20.7 CP⁶³; no en vano, una de las manifestaciones tradicionales de esta causa de exención en relación con esta conducta típica ha sido precisamente la investigación estatal de los delitos, siempre y cuando esta tenga lugar dentro de los límites marcados por el ordenamiento jurídico⁶⁴. De hecho, no parece temerario afirmar que la evolución de la normativa que rodea a las investigaciones empresariales las va dotando de rasgos hasta ahora exclusivos de las pesquisas oficiales y enfatizando su naturaleza de deber (más que de facultad) para el empleador. No puede obviarse, a este respecto, que, conforme al propio Preámbulo de la Ley 2/2023, a la consideración legal de las investigaciones internas subyace

gos..., *op. cit.*, pp. 1 ss.; BUXÓ OLIVÉ, Jordi, y CAMPS ROCABERT, Clara: «Aspectos controvertidos de los canales de denuncias corporativos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2023, BIB 2023/23; GONZÁLEZ URIEL, Daniel, y GADEA FRANCÉS, Joaquín Elías: «Las investigaciones internas y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos teóricos y consecuencias prácticas», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, núm. 3, 2024, BIB/2024/532, y CARRILLO DEL TESO, Ana: *El examen de dispositivos...*, *op. cit.*, p. 428.

⁶⁰ Cfr. las resoluciones citadas en la nota 6.

⁶¹ Como sostiene la STS (Sala 2.ª) 528/2014, de 16 de junio (RJ 2014/3451).

⁶² GÓMEZ MARTÍN, Víctor: «¿Un (nuevo) golpe mortal a las investigaciones internas corporativas?», *La Ley compliance penal*, núm. 5, 2021, pp. 1 ss.

⁶³ Si bien la tesis mayoritaria en la jurisprudencia y la doctrina es la consideración de estas eximentes del artículo 20.7 CP como causas de justificación de la conducta típica (ORTS BERENGUER, Enrique, y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 168 y, en relación con este precepto en particular, VERDUGO GUZMÁN, Silvia: *Reformas penales...*, *op. cit.*, p. 412), existen argumentos sólidos que permiten defender que, en realidad, se trata de causas que excluyen la relevancia penal de la conducta y, por ello, su tipicidad. Ello se debe a que en los supuestos que hallan cobijo bajo estas causas hay una obligación o una autorización de carácter genérico para la realización de la conducta y no un permiso específico resultante de una ponderación de intereses. De este modo, la conformidad con el ordenamiento es en estos casos un juicio lógicamente previo, que se formula por parte de otro sector del ordenamiento (en pro de los fines que promueve la norma que habilita el ejercicio del derecho) y que precede a la eventual consideración de su relevancia penal (OBREGÓN GARCÍA, Antonio, y GÓMEZ LANZ, Javier: *Derecho Penal. Parte General. Elementos básicos de teoría del delito*, Tecnos, Madrid, 2023, pp. 102 ss.).

⁶⁴ RUIZ MARCO, Francisco: *Los delitos contra la intimidad...*, *op. cit.*, p. 64, y JORGE BARREIRO, Arturo: *El delito de descubrimiento...*, *op. cit.*, pp. 111 ss.

una pretensión innegable de delegar parcialmente en las personas jurídicas facultades públicas de inspección de delitos y actuaciones ilegales⁶⁵.

III. ALGUNOS PROBLEMAS DE CULPABILIDAD

En virtud de lo dispuesto por el artículo 12 CP, la ausencia de incriminación específica de la comisión imprudente de esta conducta circunscribe la posibilidad de sanción penal a los supuestos de ejecución dolosa. La exigencia de un elemento subjetivo del injusto adicional al dolo refuerza esta conclusión, dado que resulta difícilmente imaginable la realización de una conducta negligente de apoderamiento que se encuentre guiada por una de las finalidades descritas.

Esta circunstancia provoca que en los posibles supuestos de error vencible de tipo no resulte posible la imputación de responsabilidad penal al sujeto, pues la previsión del artículo 14.1 CP («si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, *en su caso*, como imprudente») resulta clara a este respecto⁶⁶. Y lo cierto es que pueden producirse errores de tipo en la ejecución de esta conducta: así ocurre, por ejemplo, cuando el sujeto obra en la convicción de que cuenta con el consentimiento del sujeto pasivo para la realización de la acción de apoderamiento, pues, en tales supuestos, el sujeto actúa desconociendo la presencia en la conducta de la ausencia del consentimiento que, como se indicó con anterioridad, constituye en este caso un elemento del tipo del injusto.

Dentro del ámbito específicamente laboral, es previsible que sean más frecuentes los errores de prohibición como resultado de actuaciones en las que el empleador obre en la confianza de que su conducta es conforme al ordenamiento jurídico. Este convencimiento puede resultar generalmente de la idea de que la titularidad empresarial de los medios habilita cualquier tipo de inspección, de una errónea representación sobre el cumplimiento por parte del empleador de los criterios y pautas legales que permiten aquella o de una creencia equivocada sobre las obligaciones que recaen sobre el empleador para el desarrollo de una investigación interna en ejecución de un programa de cumplimiento. La severidad con la que los tribunales españoles suelen evaluar los errores de prohibición –impulsada por el creciente crédito que va adquiriendo

⁶⁵ GONZÁLEZ URIEL, Daniel, y GADEA FRANCÉS, Joaquín Elías: *Las investigaciones internas...*, *op. cit.*, pp. 1 ss.

⁶⁶ ROMEO CASABONA, Carlos María: *La protección penal de los mensajes de correo electrónico...*, *op. cit.*, p. 142.

la controvertida concepción normativa del dolo o, como concreción de ésta, la discutible e imprecisa institución de la ignorancia deliberada—seguramente dificultarán la admisión de cualquier pretensión en este sentido. Lo habitual será, en todo caso, la apreciación de la concurrencia de un error de prohibición vencible, que no determine, conforme al artículo 14.3 CP, la exención de responsabilidad penal, sino la atenuación de la pena prevista en uno o dos grados⁶⁷.

IV. RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

La entidad de las consecuencias negativas que pueden derivarse de la realización de las conductas examinadas sin sujetarse a las pautas legales y jurisprudenciales que se han descrito se ve acrecentada por la previsión del artículo 197 quinquies CP, que, de cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 31 bis CP, permite acumular al castigo penal de los autores de tales conductas, la sanción penal de la persona jurídica responsable.

Será usual que este último sea el caso, pues, como se ha señalado, la ejecución de las conductas se produce usualmente en estos casos en el marco de actividades de control, ya de carácter genérico, ya vinculadas con una investigación específica ligada a una denuncia recibida en el contexto de un sistema de *compliance*. En consecuencia, la persona física que realice la conducta típica actuará generalmente en nombre o por cuenta de la persona jurídica (o en el ejercicio de actividades sociales en el caso de las personas integradas en el apartado b) del artículo 31 bis.1 CP) y en su beneficio directo o indirecto.

La pena prevista es la multa de seis meses a dos años, si bien, en atención a los criterios identificados en el artículo 66 bis 1.ª CP (necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o sus efectos, consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores, y el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control), podrán imponerse también las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33⁶⁸.

⁶⁷ *Vid.*, no obstante, la STS 778/2013, de 22 de octubre (RJ 2013/7728), que aprecia un error de prohibición invencible, y el comentario de aquella por parte de SILVA CASTAÑO, María Luisa: «Descubrimiento y revelación de secretos y error de prohibición», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 881, 2014, BIB 2014/733. En una línea similar, cfr. la sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife 81/2023, de 4 de abril (JUR 2023/247236).

⁶⁸ Esto es, disolución de la persona jurídica, suspensión temporal de actividad, clausura temporal de locales y establecimientos, prohibición temporal o definitiva de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social e intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón: *Privacidad del trabajador versus Deberes de prevención del delito en la empresa*, Edisofer, Madrid, 2009.
- «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Atelier, Barcelona, 2020.
- ANARTE BORRALLO, Enrique: «Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código Penal», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 43, 2002.
- AYALA GONZÁLEZ, Alejandro: «Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?», *InDret*, núm. 2, 2020.
- BUXÓ OLIVÉ, Jordi, y CAMPS ROCABERT, Clara: «Aspectos controvertidos de los canales de denuncias corporativos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2023, BIB 2023/23.
- CANO GALÁN, Yolanda: «La licitud de la prueba obtenida mediante el control del correo electrónico corporativo: aplicación de la doctrina del asunto Barbulescu II», *Diario La Ley*, núm. 9194, 2018.
- CARRASCO ANDRINO, María del Mar: «Descubrimiento y revelación de secretos», en ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.), *Tratado de Derecho penal. Parte Especial (I)*, 4.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2024.
- CARRILLO DEL TESO, Ana: «El examen de dispositivos electrónicos del trabajador como fuente de prueba penal: soluciones jurisprudenciales», en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás et al. (Eds.), *Delincuencia corporativa: compliance, canales de denuncia y persecución penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2024.
- CASALS FERNÁNDEZ, Ángela: «Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el ciberespacio: especial mención a la prueba pericial digital», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 76, 2023.
- COTS MARFIL, Azahara: «Una aproximación al artículo 197.2 del Código Penal vigente», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 757, 2008, BIB 2008/1314.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: «Las investigaciones internas en las empresas como estrategia preprocesal de defensa penal corporativa», *Diario La Ley*, núm. 9180, 2018.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2022.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: «¿Un (nuevo) golpe mortal a las investigaciones internas corporativas?», *La Ley compliance penal*, núm. 5, 2021.

- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 8.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2023.
- GONZÁLEZ URIEL, Daniel, y GADEA FRANCÉS, Joaquín Elías: «Las investigaciones internas y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos teóricos y consecuencias prácticas», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, núm. 3, 2024, BIB/2024/532.
- GORJÓN BARRANCO, María Concepción: «Descubrimiento y revelación de secretos», en ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen (Dir.), *Parte especial del Derecho penal a través del sistema de casos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022.
- HUERTA TOCILDO, Susana y ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina: «Intimidad e informática», *Revista de Derecho Penal*, núm. 6, 2002.
- JORGE BARREIRO, Arturo: «El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 1995», *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6, 2002.
- MARTÍNEZ GALINDO, Gema: «La adaptación digital de la protección penal de la intimidad», en BUSTOS RUBIO, Miguel, y ABADÍAS SELMA, Alfredo (Dirs.), *Una década de reformas penales*, Bosch, Barcelona, 2020.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo M.: «La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías», *Revista Penal*, núm. 18, 2006.
- MENDO ESTRELLA, Álvaro: «Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 18, 2016.
- MESTRE DELGADO, Esteban: «Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, en el conflicto con las libertades de expresión e información», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 7, 2019.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: ««Expectativa razonable de privacidad» y poder de vigilancia empresarial: ¿«Quo vadis justicia laboral»?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 399, 2016.
- MONTSERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO, María Isabel: «Delimitación de los conceptos de acceso y apoderamiento en el delito de descubrimiento y revelación de secretos», *Estudios penales y criminológicos*, vol. 37, 2017.
- MORALES PRATS, Fermín: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984.
- MORALES PRATS, Félix: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- MORÓN LERMA, Esther: «Intención del agresor y ataque a la intimidad», en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Elcano, 2001.

■ LOS DELITOS LABORALES

- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 25.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2023.
- MUÑOZ CUESTA, Javier: «Dos cuestiones relevantes y actuales del delito de descubrimiento y revelación de secretos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2021.
- OBREGÓN GARCÍA, Antonio, y GÓMEZ LANZ, Javier: *Derecho Penal. Parte General. Elementos básicos de teoría del delito*, Tecnos, Madrid, 2023.
- OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, Leopoldo: *El descubrimiento y relevación de secretos documentales y de las telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2009.
- ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita: *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- ORTS BERENGUER, Enrique, y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- PEÑARANDA EZPONDABURU, Ana: «Límites y riesgos de las investigaciones internas en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 155, 2022.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: «Descubrimiento y revelación de secretos en el nuevo Código Penal», en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (II)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.
- ROMEO CASABONA, Carlos: *Poder informático y seguridad jurídica*, Fundesco, Madrid, 1987.
- «La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de la red», *Derecho y conocimiento*, núm. 2, 2002.
- RUIZ MARCO, Francisco: *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, Colex, Madrid, 2001.
- SIERRA LÓPEZ, María del Valle: «Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quáter, 197 quinquies y 198», *Revista Penal*, núm. 39, 2017.
- SILVA CASTAÑO, María Luisa: «Descubrimiento y revelación de secretos y error de prohibición», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 881, 2014, BIB 2014/733.
- VERDUGO GUZMÁN, Silvia: «Reformas penales en los delitos relativos al descubrimiento y revelación de secretos desde el Decreto 3096/1973 a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre», en MARTÍNEZ PATÓN, Víctor, y MARTÍNEZ GALINDO, Gemma (Dir.), *Cincuenta reformas penales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2024.
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy: «Prueba penal prohibida obtenida por particular. Autograbaciones, grabaciones subrepticias y filtraciones de privacidades ajenas en chats y foros», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 53, 2019, BIB 2019/840.

VICARIO PÉREZ, Ana María: «Compliance penal en los partidos políticos. El valor probatorio de las investigaciones internas», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 67, 2022, BIB 2022/2894.

VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles, y ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel: «La jurisprudencia penal sobre el cibercontrol empresarial de los subordinados», *Diario La Ley*, núm. 10388, 2023.

WRÓBLEWSKI, Jerzy: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985.

ZABALA, Carlos, y TRENDAFILOVA, Sonia: *Manual de investigaciones internas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL Y FRAUDE
DE SUBVENCIONES

**FRAUDE CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL POR IMPAGO
DE CUOTAS (CP ARTS. 307 Y 307 BIS)**

FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Murcia
Doctor en Derecho

SUMARIO: I. El artículo 307 del Código Penal. 1. El principal y el total de la deuda. 2. Cuota obrera, cuota patronal. 3. Los elementos penales en la defraudación a la Seguridad Social. 4. El sujeto pasivo. 5. El sujeto activo. 6. El impago de las cuotas. 7. Las indebidas devoluciones de cuotas. 8. Las deducciones indebidas. 9. El aspecto subjetivo del delito. II. El artículo 307 bis del Código Penal. 1. Sucesión de empresas. 2. La casuística de los tribunales. III. Los responsables.

I. EL ARTÍCULO 307 DEL CÓDIGO PENAL

Establece el artículo 307 del Código Penal pena de prisión de uno a cinco años, y multa al séxtuplo de la cuantía a quien defraude el pago de las cuotas de la Seguridad Social o disfrute de deducciones o devoluciones de forma indebida cuando la cuantía exceda de cincuenta mil euros.

1. **El principal y el total de la deuda**

Una lectura del artículo 307 del Código Penal permite concluir que no fija este precepto un detalle de la cifra, es decir no especifica cómo llegar al

importe para traspasar o no la barrera de los cincuenta mil euros, pues no se especifica si la cifra se conforma de principal o dicha cantidad se obtiene de principal más intereses y recargos; un pensamiento inicial puede llevarnos a tomar como cantidad realmente defraudada el principal, si bien la interpretación que se ha realizado es que el importe final debe ser el total de la cuantía, esto es, principal más intereses, recargos e incluso costas, sí costas, pues aunque no estemos ante un proceso judicial la TGSS incorpora este concepto añadiendo los gastos generados de notificación, publicación, desplazamientos, así como cualquier otro generado, que por tanto se deberá sumar también al principal de deuda. Así, la LGSS¹ en su artículo 23 establece las costas del procedimiento de recaudación exigibles al momento de solicitud del aplazamiento de las cuotas de pago, obligando al cumplimiento del aplazamiento con las garantías suficientes para cubrir principal, recargo, intereses y costas, estas también se incluyen en el artículo 26 de la misma norma sobre la devolución de ingresos indebidos una vez iniciada la vía de apremio.

Siguiendo con la cifra a tomar como importe que se consideraría defraudado, cantidad total con todos los añadidos, el profesor Bustos Rubio² insiste en la ausencia de los conceptos añadidos para el cálculo de la total cuantía en la norma penal, pues el precepto no especifica qué elementos se han de tener en cuenta, y ante esta ausencia normativa, el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de mayo de 2006³, doctrina reiterada en otras resoluciones en el mismo sentido, interpretó que también constituían conceptos de recaudación conjunta los recargos, apremios e intereses, y por tanto era ese total del importe a tener en cuenta para estar incurso o no en el tipo penal; la cuestión no es baladí pues en muchas ocasiones, estos añadidos suponen una cuantía considerable y hace que se produzca un salto en la cuantía que hace que se llegue a la cantidad para estar incurso en el delito.

El Tribunal Supremo ha establecido que carecería de fundamento suponer que el legislador sólo haya querido establecer una protección parcial sobre un patrimonio oficial de singular significación, y a su juicio no resulta justificable que quien incumple con los deberes de solidaridad social se vea beneficiado del uso gratuito de sumas de dinero ajeno, que de haber obtenido vía préstamo le hubiera supuesto retribuir intereses; así concluye que los recargos de mora, apremio e intereses son considerados objeto de la defraudación punible pues totalizan el daño causado por el delito, y por tanto constituyen conceptos de recaudación conjunta.

¹ Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre. BOE de 31 de octubre de 2015.

² BUSTOS RUBIO, Miguel *Delitos económicos*. Barcelona. Ed Bosch 2019.

³ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Recurso 411/2005.

Por otra parte, el artículo 307 también sanciona la obtención indebida de devoluciones, el Reglamento General de Recaudación de cuotas de la Seguridad Social⁴ en su artículo 44 establece el derecho a la devolución de ingresos indebidos por el que el sujeto responsable del pago de cualesquiera de los recursos objeto de gestión recaudatoria por la TGSS, cualquiera que fuera el momento, tendrá derecho a la devolución de estos importes, devolución a la que se añadirán los intereses de demora.

La lectura del precepto no trata de la devolución de las cantidades que se ingresaron por error, la figura delictiva es la de una solicitud de cantidades indebidas que finalmente no lo son; estaríamos por tanto ante un supuesto de falseamiento de datos, de ocultación, de engaño, es decir, conseguir la obtención de unas devoluciones a las que nunca se tuvo derecho, y para ello se asiste a la acción del sujeto intencionada para tal fin; pero no a errores de la Administración.

Se podría pensar que cualquier devolución improcedente no deja de ser un error de la Administración, evidentemente una devolución de oficio en el que el sujeto no tiene ninguna participación activa, que no se produce a instancia suya, tiene que abordarse de forma diferente, al menos en un principio, si bien hasta en este supuesto, devolución de oficio, se puede estar ante la conducta del delito por la aceptación de la errónea de la devolución, por no producirse ninguna acción por el sujeto para su rechazo o aclaración de procedencia; aunque insisto, en este caso no parece estarse ante la tipicidad de la norma toda vez que no hay engaño por ser un acto propio de la propia Administración, que quizás pudiera entrar en otro tipo delictivo de mejor encaje.

Además la norma tipifica el disfrute de deducciones de forma indebida, se trata de bonificaciones, reducciones, en definitiva, de deducciones practicadas sin derecho a las mismas, y cuyo importe se cuantifica en la cantidad indebidamente reducida con obligación de ser ingresadas; estamos nuevamente ante una conducta de fraude, engaño, o disfrute indebido de quien no tiene derecho, o de quien deja de cumplir los requisitos para tener derecho y no comunica dicha circunstancia.

2. Cuota obrera, cuota patronal

Otra cuestión a tener en cuenta en el impago de las cuotas por el empresario es la inclusión en el concepto tanto de la cuota patronal y como de la

⁴ Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio. BOE de 25 de junio de 2004.

cuota obrera, el Tribunal Supremo ya en sentencia de 18 de noviembre de 1997⁵ entiende que la expresión cuotas en el artículo 307 del CP se refiere de una forma genérica e indeterminada pudiendo suscitar dudas sobre si las cantidades retenidas a los trabajadores constituyen cuotas o un concepto distinto.

El Tribunal Supremo sobre la cuota patronal y cuota obrera centra la cuestión en determinar si el impago de la cuota obrera se trata de un delito de apropiación indebida, o si se trata de un fraude contra los intereses de la Seguridad Social, por el sujeto obligado a cumplir la obligación de cotizar y el responsable de dicho ingreso en la TGSS, así razona que si se aceptara que la cuota obrera la deben pagar los trabajadores y que el empresario actuara como un mero recaudador, que toma las cantidades en depósito hasta su ingreso en las arcas de la TGSS, se estaría ante un supuesto de apropiación indebida, estando por tanto ante un fraude de la Seguridad Social cuando se elude del pago de las cuotas derivadas de la cotización patronal.

La cuestión sobre los pagos de la cotización empresarial y de los trabajadores tiene un componente esencial cual es que la recaudación de la cuota patronal y obrera, se realiza de forma conjunta, y corresponde su pago al empresario, y por tanto la conducta de apropiación indebida, a juicio de la Sala, queda subsumida y absorbida por la figura de fraude a la Seguridad Social, es decir para el Tribunal Supremo el legislador se inclina por castigar de manera directa la elusión fraudulenta de cotizaciones debidas por los titulares de las empresas a la Seguridad Social, incluyendo entre estas cotizaciones las cuotas obreras, y todo por el objetivo integrador conjunto de protección del sistema de Seguridad Social.

Siguiendo con la incardinación delictiva de la retención y posterior impago de la cuota del trabajador, aporta la Sala otro elemento punitivo, que ofrece el artículo 307 del CP, y es el concepto de cuota, y es que al estar ante una expresión genérica e indeterminada, entiende que habrá de estarse ante el sujeto que tiene que hacer frente al cumplimiento de la obligación, y este cumplimiento en ningún caso le corresponde al trabajador, obligación empresarial que en el momento de realizar el pago de las retribuciones deberá detraer este importe de la cantidad a pagar, por este concepto, sin que pueda realizarlo en ningún otro momento posterior, pues es el empresario el obligado al ingreso de la totalidad de las cuotas a su exclusivo cargo; se concluye por tanto que la elusión del pago de las cuotas comprende tanto la cuota patronal como obrera asumiendo únicamente el empresario el castigo por su comportamiento defraudatorio.

⁵ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Recurso 1445/1996.

Por todo lo expuesto, se puede apreciar que la comisión del delito de defraudación por el impago de la cuota obrera genera una disfunción en los trabajadores, obligados a la cotización, pero no al ingreso de la cuota, cuyo pago corresponde al empresario para el que trabajan, y son sujetos perjudicados sobre una cantidad que el empresario ha descontado previamente de su salario sin que se haya sido satisfecha ni destinada a su finalidad, y por tanto la apropiación del empresario hace que sea este el sujeto activo del importe detraído de la cuota del trabajador quedando incardinado en el artículo 307 del Código Penal, toda vez que es el empresario el sujeto activo quien defraude con el impago de las cantidades detraídas a sus trabajadores.

3. Los elementos penales en la defraudación a la Seguridad Social

El delito de defraudación a la Seguridad Social, se trata del delito de una norma penal en blanco pues los preceptos contienen la pena pero no consignan íntegramente los elementos específicos del supuesto de hecho, y por tanto deberán contar con la normativa de la legislación laboral y de la Seguridad Social, y en concreto con la Ley General de Seguridad Social y con la normativa de recaudación, cotización y liquidación, para poder llegar al delito sobre las obligaciones de cumplimiento y las consecuencias de su inobservancia.

La norma penal, artículo 307 CP, prohíbe la elusión del pago de las cuotas, la obtención indebida de devoluciones o el disfrute de deducciones pudiendo darse las tres conductas de forma independiente, alternativa o concurriendo todas.

El incumplimiento en la obligación de ingreso de cuotas de la Seguridad Social, obtiene el castigo penal por el bien jurídico protegido, que es el sistema de Seguridad Social, y que se encuentra afectado por el impago de las cuotas por el obligado, y todo por cuanto la recaudación de cuotas es la que permite la acción protectora para los ciudadanos en materia de asistencia y prestaciones sociales, y la protección contributiva como la jubilación, la incapacidad, el desempleo, entre otras.

Resulta necesario acreditar, para considerar que existe delito, que haya una conducta tendente a engañar a la Seguridad Social, maquinando u ocultando la existencia de la deuda, es esencial llegar a la situación de engaño pues el Código Penal en lo que castiga son las maniobras de no abonar las cotizaciones y que exista una continuidad intencionada en el impago y en la elusión sistemática del cumplimiento de pago, sin intención, en ningún caso de regularizar el pago.

A efectos de la exoneración de la responsabilidad hay datos que permiten escapar de la figura del urdidor responsable, administrador de hecho o de de-

recho, y estos elementos fácticos pasan por la toma de decisión, la participación en las actividades de la empresa, y el brazo ejecutor que opera finalmente en el impago de las cuotas de seguridad social, pues es necesario que exista una actuación dolosa o injusta toda vez que el delito no consiste en no pagar sino en ocultar o dificultar la actuación de la Seguridad Social frente a las deudas adquiridas por el deudor, es decir el ánimo en defraudar.

4. El sujeto pasivo

Para determinar el sujeto pasivo del delito de defraudación a la Seguridad Social habrá que estar a la falta de ingresos provenientes de las cuotas, y por tanto a una merma del patrimonio de la Seguridad Social, y es por cuanto cabrá de designar como sujeto pasivo al propio sistema de Seguridad Social, y por tanto dentro de éste englobaremos no solo a la Tesorería General de la Seguridad Social, sino a cualquier organismo público pagador de prestaciones como el Servicio Público de Empleo o el Fondo de Garantía Salarial.

Establece el artículo 109.1 de la LGSS los recursos para la financiación de la Seguridad Social, y establece que estos recursos se constituirán de las aportaciones progresivas del Estado; con las cuotas de las personas obligadas, con las cantidades recaudadas por recargos, sanciones; por frutos rentas e intereses de los recursos patrimoniales; y por cualesquiera otros ingresos.

Es por tanto que el bien jurídico protegido es la parte del patrimonio que corresponde a las cuotas debidas por el sujeto obligado, con la salvaguarda de este patrimonio que resulta imprescindible para el desarrollo de la acción protectora, *ex art.* 41 Constitución Española y contiene una doble función recaudatoria y protectora; la recaudatoria que procede del pago de las cuotas de la Seguridad Social y por tanto del ingreso de las cotizaciones empresariales, siendo el sujeto pasivo la Tesorería General de la Seguridad Social como acreedora de las cantidades no ingresadas, respecto a recaudación, y respecto a la protección su directa afectación a los entes gestores, el Servicio Público de Empleo, y el Fondo de Garantía Salarial entre otros.

5. El sujeto activo

Como su nombre indica será el sujeto activo quien defraude impagando cuotas, obteniendo deducciones o solicitando indebidamente devoluciones, y por tanto será sujeto responsable, pero conforme a la norma específica laboral,

esta persona será quien tenga el nexo jurídico con la Seguridad Social, y por tanto será la persona que en cualesquiera de las situaciones de impago, deducción o devolución, actúe de forma contraria a derecho.

La normativa laboral establece la distinción entre los sujetos responsables y los sujetos obligados, siendo los obligados los que tienen que cotizar tanto la cuota empresarial como la de los trabajadores, siéndolo además las personas incluidas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, o cualquiera incluida en otro régimen o sistema especial de Seguridad Social que establezca la obligación de pago de cuotas y aportaciones en un plazo determinado.

Establece el artículo 18.3 de la Ley General de la Seguridad Social que podrán ser también sujetos responsables los responsables solidarios, subsidarios, sucesores mortis causa, si bien se estará ante una responsabilidad accesoria respecto al pago de las cuotas, no siendo sujetos activos de este delito, dado que solo podrán ser sujetos activos quienes tengan una relación o vínculo con la Seguridad Social y queden obligados a los deberes de cotización e ingreso de cuotas al sistema.

En la comisión del delito también podrán intervenir terceros partícipes no autores, que no tendrán la consideración de sujetos obligados, y serán extraños, al intervenir pero no tener la condición especial para ser autor—intraneus—, y por tanto el extraño podrá ser cooperador necesario, cómplice o inductor.

Sobre el sujeto activo y la autoría el artículo 31 del Código Penal establece que quien actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria responderá personalmente aun cuando no concurren en él las condiciones para poder ser sujeto activo del mismo, y por tanto llevado al artículo 307 del CP requerirá que estas circunstancias se den en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

6. El impago de las cuotas

La conducta típica del fraude a la Seguridad Social consiste en ocasionar un perjuicio económico al patrimonio por el impago, las deducciones indebidas o las devoluciones, estando ante un delito alternativo o acumulativo por que la conducta exige que la defraudación afecte lesionando al patrimonio de la Seguridad Social requiriendo además una acción u omisión dolosa que suponga un perjuicio de al menos 50.001 euros.

Es de reseñar que el mero hecho de impagar cuotas, obtener devoluciones o disfrutar deducciones indebidas, no es una conducta típica, pues al estar ante

un delito compuesto alternativo o acumulativo, para defraudar a través de cualesquiera de las conductas es necesario que se defraude por las conductas comisivas por acción u omisión pues el tipo penal exige la relevancia en estas tres modalidades.

Sobre el impago de las cuotas, el artículo 307.1.2 del Código Penal establece que la mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación cuando ésta se acredite por otros hechos; el tipo objetivo exige defraudar eludiendo el pago de las cuotas, y los conjuntos de recaudación conjunta, pues el mero impago no será constitutivo de delito. La defraudación por tanto requiere engaño, ocultación, de datos relevantes de forma que no se pueda conocer el origen, ni la cuantía de la deuda, esto es, declaraciones falsas, omisiones de datos, maniobras de ocultación que impidan poder llegar al contenido real económico, tal y como ha establecido la doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de noviembre de 2018⁶ insistiendo en que exista la intención de defraudar, y a tal fin fija doctrina que a continuación resumimos.

Recuerda por tanto la Sala que el delito contra la Seguridad Social ex artículo 307.1 Código Penal sanciona a quien por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando de deducciones de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros; y ya con la reforma de 2012 se dio redacción al segundo párrafo en el que se establecía que la mera presentación de los documentos no excluye la defraudación cuando se acredite por otros hechos. A juicio del TS el inciso añadido no supone una modificación conceptual, sino que trata de fijar la interpretación auténtica de la norma.

Por otra parte la Sala expone que existen circunstancias que pueden inducir a conocer el ánimo defraudatorio de impago sistemático de cotizaciones, como puede ser el incumplimiento de aplazamientos, incomparecencia a citaciones de la Inspección de Trabajo, sucesión de empresa; es por tanto que el delito de defraudación es un delito de deber, que atenta contra los intereses económicos de la Seguridad Social, y contra el mantenimiento del régimen de protección de seguridad social para todos los ciudadanos, y por tanto está en juego que se puedan garantizar la asistencia y las prestaciones, y es por cuanto la protección penal se encamina a la tutela singular de la actividad recaudatoria de esta institución.

⁶ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Recurso 2811/2017.

En la sentencia de 19 de noviembre de 2018 que comentamos se define el delito contra la Seguridad Social como un delito de omisión, patrimonial y de resultado, y es por tanto una norma penal en blanco que se completa con las leyes administrativas que regulan el pago el pago de cuotas, la obtención de devoluciones o el disfrute de subvenciones. Así, continuamos con el TS, el deber cuya elusión constituye la defraudación, a la que se refiere el precepto penal, está contemplado en la respectiva ley administrativa que establece el sistema de cotizaciones y que obliga al sujeto pasivo a poner en conocimiento de la Administración, con corrección, de forma completa y sin falsedad los datos.

Con invocación a su propia jurisprudencia la Sala enfatiza en que no se sanciona la mera omisión de la declaración ni el simple impago, entendido este como omisión del ingreso material del dinero, cuando se ha hecho la declaración veraz, sino que el tipo exige una conducta defraudatoria, mendaz, de ocultación de las bases de cotización o de ficción sobre devoluciones o gastos deducibles; y por tanto el incumplimiento del pago de cotizaciones como la conducta defraudatoria son los requisitos típicos para la concurrencia del tipo de elusión del pago de las cuotas de la Seguridad Social, como lo ha reiterado en numerosas ocasiones, por todas la sentencia de 19 de noviembre de 2004 en la que realiza un completo análisis del concepto de defraudación⁷.

Sobre la realización de las declaraciones, la referida sentencia de 19 de noviembre de 2018, ha establecido que la confección de las declaraciones, y de la retención de las cuotas, sin ocultar ningún trabajador, ni ocultar tampoco ningún dato, permitiendo el cálculo de las cuotas impagadas, y por tanto sin existencia de fraude, pero existiendo un impago deliberado y contumaz, no permite sin más entrar en el tipo penal requiriendo algo más, y ante este algo más, delimitar cómo saber o cómo establecer un patrón para saber qué conducta puede quedar dentro o fuera del tipo, es complicado pues será necesario estar ante un incumplimiento además de contumaz, suficiente, este algo más, precisará a que se haya de estar al caso concreto, pues el tipo objetivo del artículo 307.1 Código Penal exige defraudar eludiendo el pago, es decir se requiere no pagar defraudando, pues el mero impago de las cuotas no será el único elemento constitutivo de delito.

La defraudación por tanto requiere engaño por acción u omisión, ocultación de datos relevantes que impida calcular la cuota a ingresar, bien omitiendo la totalidad de las cuotas o realizando una declaración parcial o incluso falsa; se exige por tanto que la actuación pueda perjudicar o impedir el control

⁷ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Recurso 1407/2003.

o el cálculo correcto de las cuotas, este sería el tipo, y no el simple impago por incapacidad económica, que alejaría de la órbita penal para entrar en el incumplimiento administrativo.

7. Las indebidas devoluciones de cuotas

El procedimiento de obtener indebidamente devoluciones de cuotas ya pagadas, se penaliza en la conducta de solicitar y conseguir indebidamente la devolución de parte o totalidad de las cuotas satisfechas instando de forma fraudulenta el reintegro. Asistimos ante una situación jurídica de ingreso previo a la TGSS, produciéndose la devolución se una vez realizado el ingreso de las cuotas.

Es importante incidir en que no estamos ante un supuesto de estafa pues para que esto ocurra se habrá de estar ante una situación de engaño, y por tanto no se tendría que haber producido la liquidación de la cuota, el ingreso sobre el que ahora se reclama su reintegro; para estar ante la estafa se produciría la situación de hacer ver que se ha realizado el pago sin que éste se hubiese producido, induciendo al engaño del artículo 248 del CP; pero no, este no es el caso, aquí se asiste a una conducta que se integra en una solicitud de devolución de una cuota previamente ingresada, devolución que es improcedente, si bien, y para estar en el tipo penal se deberá realizar esta solicitud mediante fraude o engaño sabedor el solicitante de no ser acreedor de dicho ingreso y que el mismo no le corresponde, pues obviamente cualquier error justificable sin el matiz de engaño no sería incardinable.

Para la consumación del delito por tanto se ha de producir la invocación del ingreso indebido, tramitarse la solicitud de reintegro, y producirse la devolución de la cuota para el solicitante, pues de otra forma, es decir solicitado pero no ingresando dejaría sin consumarse el delito, quedando solo en grado de tentativa, bien porque por la propia TGSS se detectara la improcedencia de la devolución, o por cualquier otra circunstancia que hiciera que la devolución del ingreso indebido finalmente no se produjera.

8. Las deducciones indebidas

La tercera conducta incriminatoria de defraudación, son las deducciones indebidas, que como se puede apreciar establece como requisito el carácter de no ser acreedor del importe, es decir que no sea indebido.

Las deducciones sobre las cuotas sirven para reducir el coste de Seguridad Social y suponen una minoración del importe a pagar, que pueden darse por la especificidad del contrato sea personas mayores, colectivos jóvenes, o parados de larga duración o personas con discapacidad.

Estas deducciones se hacen extensiva a todas las posibles reducciones o bonificaciones, es decir desde un punto de vista amplio ya sean reducciones, con cargo a la Seguridad Social, como bonificaciones con cargo al Servicio Público de Empleo; la dinámica de las deducciones supone un tratamiento de reducción de las cotizaciones aplicada en los documentos de cotización a la Seguridad Social.

9. El aspecto subjetivo del delito

A) DOLO

Este delito de defraudación es el dolo y no requiere ningún elemento como podría ser el querer defraudar, se trata de un tipo compuesto alternativo o acumulativo de quien está defraudando, eludiendo el pago, obteniendo deducciones o devoluciones de forma indebida, el dolo afecta a estas tres modalidades típicas; el conocimiento por el responsable requerirá no solo que se conozca la existencia de cumplir con las obligaciones sino también conocer los mecanismos del sistema de Seguridad Social de ingreso, devolución y reducción.

También cabe admitir el dolo eventual, el que existe cuando una persona consciente de los daños y del resultado de su conducta, los acepta, y sigue realizándolos; entraría así la teoría de la ignorancia deliberada, ceguera intencional, este sería el caso de los que no quieren conocer las consecuencias de su conducta y actuar, pero se encuentran cómodos en el beneficio de la situación.

El estar ante una norma penal en blanco, que completa el contenido penal con elementos normativos específicos, podría suponer el desconocimiento de la terminología técnica que bien podría provocar en el sujeto obligado un error de tipo cuya consecuencia fuera vencible o invencible para ser excluido de la responsabilidad pudiendo desconocer por tanto el sujeto activo la antijuricidad de su conducta y suscitar el error invencible del artículo 14.3 del Código Penal que se daría ante la licitud del hecho constitutivo de infracción penal que excluiría la responsabilidad penal.

El delito exige una conducta engañosa por acción u omisión lo que impide admitir las acciones u omisiones imprudentes del artículo 12 del Código Penal.

B) EL PERÍODO TEMPORAL CUATRO AÑOS

Respecto a la modalidad delictiva y la consumación ésta ocurrirá cuando el sujeto obligado coincida con la conducta típica que exige que la cantidad defraudada alcance al menos la cantidad de 50.001 euros, en un período temporal de cuatro años, es por tanto que se crea una conducta a lo largo de cuatro años, siendo considerado por Bustos Rubio un delito permanente⁸.

El cumplimiento de las obligaciones de cotización de la Seguridad Social se realiza a mes vencido, el cómputo de los años a efectos penales se trata de un cómputo de años naturales y su medición abarca del 1 de enero a 31 de diciembre del mismo año.

El cómputo del plazo por años naturales significa que al concluir los cuatro años el importe de la cuota defraudada exceda de cincuenta mil euros, iniciándose el cómputo el primer día de enero en que se haya realizado la conducta inculpativa y finalice el último día del mes del año cuatro; es decir, el sistema de cómputo por año natural impide que se realice un cómputo de fecha a fecha, es decir, hace que se ponga en marcha a partir del primer día de enero en el que se haya producido la defraudación dentro del año natural, siendo el día de la consumación el último día de diciembre del cuarto año siguiente; es por tanto que en el período temporal de cuatro años podrá el deudor abonar en las cuotas defraudadas; recordar que el artículo 16.2 del Código Penal establece la exención de responsabilidad penal por el delito intentado quien envite voluntariamente su consumación bien desistiendo de la ejecución ya iniciada o bien impidiendo la producción del resultado.

El desistimiento del sujeto obligado en cantidades superiores a los cincuenta mil euros en cuatro años, pero antes del cumplimiento del plazo, será una conducta atípica, este desistimiento obviamente es extensible no solo al impago de las cuotas sino también a las devoluciones o las deducciones indebidas, pudiendo voluntariamente reponer las cantidades sobre el importe fraudulento.

El artículo 307 del Código Penal no permite que la conducta defraudatoria de los cuatro años permita calificar de delito continuado ni de concurso real de delitos, así la concurrencia de estas conductas comisivas se considerará como un único delito y no un concurso real de los mismos. No admitiéndose la continuidad delictiva en el caso de defraudación durante ocho años o más, tampoco permitiría considerar la existencia de un delito continuado.

⁸ BUSTOS RUBIO, Miguel *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*. Valencia. Ed Tirant lo Blanch 206.

Sobre las normas imperfectas del delito exige que cualesquiera de las tres modalidades del artículo 307 del Código Penal exige el fraude lesione perjudicando el patrimonio de la Seguridad social cual es el bien jurídico protegido, en tanto que la tentativa supondría un riesgo para el bien jurídico no parece poder darse en la defraudación de cuotas ni en la aplicación de bonificaciones que no corresponden, pues es una actuación del empresario que realiza y consume de forma voluntaria decidida y sin ninguna intervención de la Administración, lo que no ocurre en cambio en la obtención indebida de devoluciones a las que no se tiene derecho ya que ésta puede ser detectada por la TGSS que puede impedir el desplazamiento patrimonial al detectar el engaño.

C) LA REGULARIZACIÓN

El delito básico de defraudación a la Seguridad Social prescribe a los cinco años desde su consumación, pudiendo regularizarse la situación a lo largo de cinco años desde el día de la consumación del delito, de forma que si se regulariza pasados cuatro años la prescripción administrativa se ha producido, pero no así la penal cuyo plazo como se expone es de cinco años; establece el artículo 24.1 de la LGSS que prescribirá a los cuatro años la acción para exigir el plazo de las deudas a las cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta; preceptuando el artículo 131 del Código Penal la prescripción a los cinco años de estos delitos.

Es el artículo 307.3 del Código Penal el que establece los requisitos necesarios para la regularización, y exime de la responsabilidad penal a quienes reconozcan completamente la deuda y paguen la totalidad de la cantidad incrementada con el interés legal del dinero más dos puntos, a calcular desde el momento en que la percibió, y siempre antes de recibir la notificación del inicio de las actuaciones y la recepción de la denuncia querrela o cualquier actuación que ponga en conocimiento la iniciación de las diligencias.

Son necesarios tres requisitos para el reconocimiento de la defraudación que ya se ha ido exponiendo, por un lado, el personal, reconocimiento de la deuda, por otro el material, reconocimiento y pago en su totalidad, y por último el de oportunidad temporal, con antelación a la notificación del inicio de las diligencias, denuncia, querrela.

Así las cosas, con antelación a la existencia o al conocimiento de la existencia de acciones contra el sujeto obligado, si éste procede a reconocer y pagar la deuda con antelación a la notificación de la denuncia o querrela se estaría ante el reconocimiento de la defraudación; en ocasiones las actuaciones

pueden derivarse de órdenes de servicio previas de la Inspección de Trabajo, o puede ocurrir que se esté investigando pero no exista denuncia ni comunicación al investigado, sino solo el inicio de un expediente, como también puede ocurrir que la denuncia proceda de una acusación particular o de una acusación popular, debiéndose en ambos casos regularizar la situación antes de conocer formalmente las acciones judiciales en contra; en todos los casos es necesario que la notificación sea personal y es a partir de este momento es cuando resulta imposible la regularización.

II. EL ARTÍCULO 307 BIS DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 307 bis del Código Penal, que se trata de una incorporación de un nuevo subtipo agravado, que incrementa la cuantía defraudada o de devolución, o de deducción indebida a ciento veinte mil euros, y estableciendo la aplicación de las previsiones del artículo 30; estamos ante un subtipo agravado que se supera la cuantía y las penas de dos hasta seis años de prisión y multa del doble al séxtuplo de la cuantía.

El precepto establece una serie de agravantes cuando la cuantía de las cantidades por cuotas defraudadas, o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros; además establece también como otra posible circunstancia agravante que la defraudación se haya producido en el seno de grupo u organización criminal, y cuando se haya utilizado personas físicas, o jurídicas, o entes sin personalidad, o cualquier persona interpuesta que suponga un ocultamiento o produzca una dificultad sobre la identidad del obligado, responsable del delito, de la concreción de la cantidad defraudada o del patrimonio del obligado o del responsable del delito.

La aplicación práctica del precepto opera como un complemento sobre el artículo 307 por cuanto lo que hace es fijar el importe superior defraudado y aumentar las penas. Este precepto con el analizado artículo 307 y el artículo 307 ter del Código Penal tipifican conductas, hechos, comportamientos, y en definitiva, irregularidades que se contemplan como fraude a la Seguridad Social en actuaciones por acción u omisión elusivas del pago de las aportaciones sociales en los conceptos de recaudación conjunta, o en la obtención indebida de devoluciones o disfrute de deducciones de forma indebida, estando en el tipo agravado cuando la cuantía exceda de ciento veinte mil euros.

La agravación del delito se produce al acreditar la existencia del dolo más allá del error o la negligencia, y por tanto es la cuantificación de las cuotas defraudadas, y en ocasiones, son cantidades con las que no se cuenta has-

ta ser descubiertas por la Inspección de Trabajo, tras su actuación y las actas de liquidación.

El precepto, con el supuesto agravado, tiene mucho que ver con empresas ficticias, altas fraudulentas, ingentes cantidades de des descubierto de cuotas, impagos con aplazamientos autorizados que nunca se cumplen, sociedades o personas físicas o instrumentales. Las verificaciones y comprobaciones sobre estas empresas, ante una posible irregularidad penal se comunica a las direcciones provinciales de la TGSS a fin de que remitan a los juzgados de lo social y/o a la Inspección de Trabajo para iniciar las actuaciones que procedan.

1. Sucesión de empresas

Un problema muy recurrente no es ya las empresas que no ingresan sus cuotas a la Seguridad Social, sino aquellas que no existen, o que suceden a otras preexistentes, con ciertas notas de identidad, entre otras, coincidencia en la dirección y/o en los cargos de administración, coincidencia de domicilio, objeto social, elementos productivos, e incluso humanos, siendo los mismos trabajadores sobre los que cambian de empleador produciéndose una sucesión de empresa por cuanto se transmite la unidad productiva, y/o la entidad económica así como los medios e instrumentos de trabajo, realizándose en ocasiones una nueva empresa sobre otra anterior que se queda sin actividad.

Actualmente con las nuevas tecnologías y el uso de big data se permite trabajar para recabar los datos de las empresas observadas y para cruzar cifras sobre los incumplimientos en las obligaciones con la Seguridad Social, pudiendo la TGSS adelantarse a las situaciones de fraude, y a las actuaciones delictivas con fácil detección en el comienzo del incumplimiento de los pagos.

Para alcanzar y cruzar los datos por TGSS se produce un intercambio de información con la AEAT a fin de detectar irregularidades, colaboración que se lleva a efecto con distintos convenios y obtención de datos como retenciones, facturación, clientes, empresas, y que permite comprobar posibles empresas ficticias, al apreciar facturación entre empresas, o fraude por falsos autónomos que solo facturan para una empresa; adicionalmente se produce también cruce de datos con el Ministerio del Interior, a través de la Unidad de Policía Nacional, denominada Sección de Investigación de la Seguridad Social, SISS, que persigue delitos e infracciones en materia de Seguridad Social y que también aporta actuaciones de carácter preventivo y correctivo persiguiendo conductas delictivas en evitación del perjuicio a la Seguridad Social.

La creación del Observatorio de lucha contra el fraude de la Seguridad Social, OFSS, ha tenido como finalidad el estudio y la formulación de propuestas de actuación en el campo de la prevención, detección y corrección del fraude a la Seguridad Social. Este órgano además se integra con el INSS, el ISM, la Inspección de Trabajo, y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

2. La casuística de los tribunales

A) CONTINUIDAD DELICTIVA

La sentencia de la Audiencia Nacional de 14/11/2023⁹ trata la creación de un entramado empresarial por el cual los administradores de las empresas y titulares de las participaciones sociales trazan y siguen un plan para defraudar a la Seguridad Social y eludir el plazo al que estaban obligados, que se desarrolla en dos etapas diferenciadas y por personas distintas, apreciándose la consumación del delito pues aunque se permita la regularización de la deuda antes del inicio de la inspección o de la interposición de la querrela o denuncia no se difiere la consumación del mismo hasta la fecha de prescripción de la deuda.

En el supuesto se asiste a una continuidad delictiva derivada de la existencia de un único grupo empresarial con el sector dental que opera en distintas provincias y cuenta con trabajadores distintos y encuadramiento en regímenes de la Seguridad Social independientes. Los hechos son que bajo la marca IDental se crearon 55 sociedades durante el primer período y durante una segunda etapa se creó una sociedad limitada con capital social de 3006 euros y domicilio social en Madrid con objeto social de empresa de servicios de inversión, estando a su vez esta mercantil formada por otras tres sociedades limitadas con un 33,33% de participación en el capital social.

Se trata de subtipo agravado por la cuantía de la defraudación y no se asiste a nulidad de actuaciones por la inexistencia de uno de los tomos del procedimiento en formato digital cuando se pusieron la totalidad de los mismos en papel a disposición de las partes, por cuanto no hay una indefensión que genere nulidad; para la Sala tampoco se produce nulidad por las escuchas realizadas involucrando a uno de los acusados y a su letrada, que no se incorporaron a la sentencia, pues dichas escuchas no determinan la nulidad de las diligencias de entrada y registro al no existir conexión de antijuricidad entre ambas.

⁹ Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sección Apelación. Recurso 21/2023.

Respecto a la responsabilidad civil se está ante un supuesto de solidaridad de la deuda genera por los dos primeros acusados y fundadores del grupo de empresas, que se cifra en 8.565.486,47 euros más intereses a indemnizar a la TGSS imputándose la responsabilidad civil de los otros tres acusados como conjunta y solidaria por importe de 18.366.560,30 euros, pese al cese como administrador de uno de ellos al haber participado en la elaboración del plan defraudatorio con los otros dos, según consta se trata de una pieza separada por presuntas irregularidades por las mercantiles pertenecientes al grupo empresarial IDental dirigidas a dificultar y eludir las obligaciones de pago con la Seguridad Social, e impagando los seguros sociales de los trabajadores.

Tal y como expone la sentencia, el delito de defraudación a la Seguridad Social es un delito especial, de los denominados de infracción de deber, que atenta contra los intereses económicos de la Seguridad Social atentando con los intereses económicos.

Expone la Audiencia Nacional que la protección penal va encaminada a la tutela singular de la actividad recaudatoria de la institución constituyendo además de un delito de omisión patrimonial y de resultado, pues es una norma penal en blanco que se completa con leyes administrativas que regulan el pago de las cuotas, la obtención de devoluciones o el disfrute de subvenciones.; cita la sentencia la jurisprudencia unánime que no sanciona la mera omisión de la declaración, ni el simple impago, entendido este como omisión del ingreso material del dinero cuando se ha hecho una declaración veraz, sino que el tipo exige una conducta defraudatoria, mendaz, de ocultación de las bases de cotización o de ficción sobre devoluciones o gastos deducibles, pues tanto el incumplimiento del pago de cotizaciones como la conducta defraudatoria son los requisitos típicos para la concurrencia del tipo de elusión del pago de las cuotas de la Seguridad Social.

Es por tanto, insiste, que la falta de pago se deba a una conducta defraudatoria, y esto implica como elemento subjetivo del tipo el ánimo de engañar como causa de impago, existiendo fraude aun realizando la presentación de documentos de cotización pues dicha circunstancia pone de manifiesto que pueden existir distintos mecanismos para llevar a cabo la defraudación, como pueda ocurrir cuando se vacíen las cuentas corrientes, se oculte o desvíe patrimonio o se impida la labor ejecutiva de la Administración o se dificulte o impida la labor inspectora.

En el presente caso, y sobre la cuantía defraudada se habrá de estar al importe de ciento cincuenta mil euros que es la cantidad defraudada durante los cuatro años naturales, estableciendo el artículo 307 bis del Código Penal un tipo agravado refiriéndose a los casos en los que la cuantía de las cuotas defraudadas

o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros; a juicio de la Sala la cuantía permite distinguir el delito de la infracción administrativa, condición objetiva de punibilidad, que no significa que por el legislador se haya querido establecer un plazo de cuatro años para entender el delito consumado, sino que si en un plazo inferior ya se supera la cantidad defraudada de cincuenta mil o ciento veinte mil euros, el delito ya se habrá cometido pues se habrán realizado todos los elementos del tipo y cumplido la condición objetiva de punibilidad, como ocurrirá en el caso de una vez iniciadas las actuaciones inspectoras o judiciales contra el sujeto, por haber alcanzado la cantidad defraudada, donde ya no será posible la regularización aunque no haya transcurrido el plazo de cuatro años por haberse consumado ya el delito.

Un elemento a tener en cuenta en este procedimiento de Idental es la mecánica de realizar solicitudes de aplazamiento de deuda a fin de paralizar acciones ejecutivas y seguir disponiendo de beneficios, aplazamientos que eran incumplidos, omitiendo el pago de las cuotas, que no se realizó no por falta de capacidad para hacer frente a las mismas, sino porque el dinero se trasladaba de unas cuentas de unas entidades a otras repartiéndose beneficios, con las cuentas particulares saneadas, conservando un patrimonio personal importante, mientras se omitía el cumplimiento de pagos con aplazamientos realizados solo para dilatar pagos y obstaculizar embargos.

Estamos ante una estructura societaria compleja, donde se separan talleres y clínicas, y donde lejos de clarificarse la organización empresarial, ésta se utilizó para mover fondos a través de sociedades con traslado a su matriz. La calificación jurídica es de autores de un delito contra la Seguridad Social que recae sobre los propietarios y gestores del grupo IDental, que dejó de pagar las cuotas de la Seguridad Social y cuyo impago no se realizó no porque no pudieran satisfacer estas deudas sino por distintas maniobras para eludir el pago de las mismas.

En el presente supuesto concurren tanto los elementos del tipo del artículo 307 junto con el tipo agravado del artículo 307 bis por el exceso el importe de las cuotas defraudadas de la cifra de ciento veinte mil euros.

Se analiza además de la figura del administrador de hecho, refiriendo el artículo 31 del Código Penal que establece la responsabilidad personal de quien actúe como tal, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la figura del delito requiere para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación actúe.

Respecto a la continuidad delictiva, conforme a la previsión del artículo 307 del Código Penal, se considera que se habrá de estar al importe total

defraudado durante los cuatro años naturales por cuanto no puede considerarse que exista esta continuidad delictiva y sí un único delito por el total defraudado.

Respecto a las penas y estando ante el tipo agravado se estará a prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuantía, aplicando el atenuante simple de dilaciones, a lo que habrá que añadir la imposibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas, gozar de beneficios fiscales o de Seguridad Social, además de cubrir la responsabilidad fijada.

B) IMPAGO DE CUOTAS. SUCESIÓN DE SOCIEDADES

Sobre el impago de cuotas y sucesión de sociedades trata la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2023¹⁰ donde la actuación no se limitó a dejar de pagar las cuotas de sus trabajadores, sino que pese a contar siempre con el mismo inmovilizado y clientela, y con la misma plantilla, crearon un entramado societario sucesivo y sin solución de continuidad en el que se modificaba el administrador a capricho, declarando lo seguros sociales correspondientes a las cuotas patronal y obrera de sus empleados, que después no ingresaban, de manera que cuando generaban las deudas y las unidades de recaudación de la TGSS se dirigían a los clientes, se movían a los trabajadores a una nueva sociedad sin deuda, de forma que se ordenaba el pago a las nuevas cuentas de la nueva empresa eludiendo así el pago a la Seguridad Social.

En el presente caso no se sanciona la mera omisión de la declaración, ni el simple impago –omisión de ingreso material del dinero– una vez hecha la declaración veraz, sino que lo que se sanciona es lo que el tipo penal exige, una conducta defraudatoria, mendaz, de ocultación de bases de cotización o de ficción sobre devoluciones o gastos deducibles. esta sentencia de la Sala de lo Penal confirma la de la Sala del TSJ de Canarias y por tanto la condena por dos delitos de fraude a la Seguridad Social y falsedad.

En el desarrollo de la resolución se aborda la aplicación del artículo 307 y 307 bis del Código Penal en la acción imputada de impedir la localización de bienes o patrimonio para frustrar la acción recaudatoria del ente público, por la acción atípica del delito de defraudación a la Seguridad Social, así como la inclusión de los períodos de ejecución o vía de apremio al cometerse el delito en las declaraciones de cotización o de inspección cuando se han presentado de forma inexacta o contraria a la realidad.

¹⁰ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Recurso 2046/2021.

Razona la Sala que como establece el artículo 307 del Código Penal, en la redacción de 2012 se introduce un segundo párrafo que señala que la mera presentación de documentos no excluye la defraudación cuando ésta se acredite de otro modo, pues lo que se sanciona no es la mera omisión o el impago, sino la conducta defraudatoria, mendaz, ocultación de bases de cotización, o ficción sobre devoluciones o gastos deducibles, por cuanto los requisitos típicos son tanto el incumplimiento de pago de cotizaciones como la conducta defraudatoria.

Continúa la Sala con su propia cita a la doctrina del Tribunal Supremo, sentencia de 5/10/2017¹¹ donde se detallan los elementos que permiten deducir la defraudación y son, a título ejemplificativo, las altas y bajas sistemáticas trasvasándolos entre empresas del grupo; la diversificación artificial de las actividades entre las diversas entidades controladas por el recurrente, en establecimientos y centros comerciales simultánea o sucesivamente por el conjunto de las empresas de la trama; los diversos procedimientos empleados para generar confusión patrimonial y la sucesión entre grupos empresariales, así como la adquisición de la práctica totalidad de las participaciones sociales de unas entidades por otras del mismo grupo; el incumplimiento sistemático de los requerimientos de la Inspección de Trabajo para la presentación de documentación empresarial.

Los elementos enumerados son los que permiten evidenciar un comportamiento defraudatorio, y traídos al caso objeto de análisis, la actuación no se ha limitado a dejar de pagar las cuotas de los trabajadores a la Seguridad Social, sino a contar con el mismo inmovilizado, clientela, prácticamente la misma plantilla, creándose un entramado societario donde se combinaban las mismas personas como administradores, dejando conscientemente de ingresar las cuotas de la Seguridad social, de forma que cuando una de las sociedades generaba una deuda derivada del impago de las cuotas de cotización, se trasladaba la facturación a otra mercantil para evitar que por las unidades de recaudación se pudiera embargar; además, se dejaron de prestar las cuentas anuales obligatorias, cesando en la actividad sin finalizar la tramitación formal de liquidación y disolución societaria; se creaban nuevas sociedades para poder contratar con otras entidades o empresas, y al ser de nueva creación se obtenía un certificado negativo de deuda con la Seguridad Social, llegándose a crear hasta seis sociedades diferentes.

En síntesis, no solo no se pagaron las cuotas de la Seguridad Social sino que además se elaboró un plan para no abonar cuotas durante ocho años me-

¹¹ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Recurso 2473/2016.

diante creación de nuevas y sucesivas sociedades, generadoras de nuevas deudas, que nunca fueron abonadas pese a contar con una cantidad importante de ingresos derivada de la actividad empresarial; se asiste ante una trama de creación ad hoc de empresas ficticias, que sin solución de continuidad, y con la única intención de impedir la localización de sus bienes o de su patrimonio, procedía a facturar a nombre de otra sociedad donde ni siquiera tenía dados de alta trabajadores a su nombre, por cuanto se prestaban servicios con una sociedad, y la factura se debía abonar por los clientes a otra sociedad; las empresas se dedicaban a la misma actividad, servicio de limpieza, con los mismos trabajadores, inmovilizado y clientela, y hasta con los mismos correos electrónicos de contacto, es por tanto que se trataba de sociedades instrumentales que eran utilizadas como pantalla con la única finalidad de evitar el rastreo existiendo una confusión absoluta de personalidades físicas y jurídicas, careciendo de organización diferenciada.

Respecto a la cuantía de lo defraudado, se asiste a tantos bloques como sociedades creadas y por tanto se ha de estar a las cuotas por cada ejercicio, no por las cuotas defraudadas.

C) EL ENGAÑO Y EL FRAUDE

Así, sobre el fraude a la Seguridad Social, y la intención defraudatoria, también se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de diciembre de 2023¹² en sentido contrario al ahora analizado, procediendo a la absolución por apreciarse defectos, inconcreciones y ausencias en la tramitación del expediente. En el presente caso no existe una total confusión entre las empresas y los domicilios sociales, y las actividades, pues no existía una coincidencia, realizándose además actividades de forma simultánea gozando las empresas de cierta autonomía, lo que no supone que carecieran de vínculos entre sí, pero existe una transparencia total, idéntica titularidad, idéntica administración, idéntico domicilio, lo que no implica inexorablemente la existencia de fraude, como tampoco se infiere de que un número de trabajadores había desempeñado tareas para varias empresas.

Existe una circunstancia también en el supuesto, que se realizaron pagos periódicos de cantidades superiores a seis mil euros, en varias ocasiones y de otros importes superiores lo que no permite hablar de impago total, por cuanto para estar ante la presencia del ánimo defraudatorio y el delito del artículo 307

¹² Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Recurso 7674/2021.

del Código Penal, y se razona la relación entre las empresas, la casi común titularidad de las mismas, la asistencia ante un único empresario o único negocio, no permite en ningún caso eludir la responsabilidad penal produciendo un fraccionamiento de la deuda, cuando se está ante una realidad empresarial única.

Dicho cuanto antecede, no aparece en ningún momento que se hayan dejado de declarar las deudas, ni que se hayan utilizado horas de trabajadores para disminuir o encubrir la obligación de cotización, como tampoco existía dificultad de comprobar la deuda, pudiéndose haber derivado la responsabilidad de forma sencilla, sin necesidad de mayor indagación, como ha establecido la Sala Cuarta del Tribunal Supremo¹³ no pudiendo asignar la existencia de empresas vinculadas a la categoría de mecanismo defraudatorio y engañoso, máxime cuando la principal deudora venía funcionando desde mucho tiempo antes.

Es por tanto que se puede afirmar la inexistencia de un mecanismo engañoso, y la inexistencia de ardides para eludir deudas, sino que se estará ante simples impagos, débitos que se reconocen y que no se han tratado de ocultar, veamos:

Los meros impagos no permiten tipificar los hechos, se hace indispensable identificar mecanismos fraudulentos, normalmente asociados a la ocultación de la deuda; es necesario que se hayan creado empresas ficticias, entramados empresariales, complicadas estructuras que permiten tapar los reales responsables, sucesión de empresas con deudas preexistentes, es el mecanismo del engaño el que permite colmar el elemento de fraude que requiere la tipicidad, artificios para ocultar deudas, para fingir la separación de la deudora, para imposibilitar el cobro, estas serían las modalidades de; es por tanto que no cabe hablar de entramado de empresas para que se pueda quedar dibujado el fraude.

En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 27/10/2009¹⁴ ilustra sobre el delito contra la Seguridad Social para exponer que la argumentación exoneradora gira en torno a la interpretación defraudar común a los delitos contra la Seguridad Social, y es inherente la conducta defraudar con la presencia de un engaño o artificio lo que supone un plus respecto al simple impago, por cuanto no hay defraudación si la conducta consiste en reconocer la deuda omitiendo el impago, pues la acción típica de defraudar no es no pagar sino defraudar eludiendo el pago de las cuotas; esto es, el delito es ocultar

¹³ Tribunal Supremo Sala de lo Social. Recurso 194/2015.

¹⁴ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Recurso 548/2009.

la deuda o los hechos que la generan impidiendo así a la Seguridad Social conocer su alcance y evitar que se pueda poner en funcionamiento las herramientas para el cobro.

La reforma que incorpora en el artículo 307 del Código Penal el cobro de los boletines obedece inequívocamente a la clarificación del concepto.

D) EL FRAUDE Y EL ALZAMIENTO DE BIENES

Otro punto que procede analizar es la situación de quien alza los bienes propios para distraerlos eludiendo el pago de la Seguridad Social que no deja de ser una modalidad de fraude con conductas incardinables en ambos tipos. El alzamiento de bienes es una modalidad defraudatoria y el núcleo de injusto, surge de medir el nivel de antijuricidad de quien omite el pago de cuotas engañando en las declaraciones u omitiéndolas, y de quien lo hace mediante ocultación de bienes, sin que haya grandes diferencias; entre el delito de alzamiento de bienes y el delito contra la seguridad social existe una relación de concurso aparente de normas penales.

El delito de alzamiento de bienes aparecía en el Código Penal de 1973 dentro de las defraudaciones y conectaba con los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, defraudar eludiendo el pago de impuestos, en definitiva, tanto defrauda quien elude el pago de tributos o de cuotas que no declara de forma veraz conforme a la realidad económica.

El contenido de injusto es equivalente a una determinada cuantía ciento veinte mil euros o cincuenta mil en cuatro años, y la conducta defraudatoria del alzamiento tiene una repercusión negativa en el patrimonio de la Hacienda o de la TGSS aunque el montante del mismo se reduzca a unos pocos euros; y se aprecia cuando se detecta una conducta de vaciamiento patrimonial para rehuir del pago y que lo puede elevar a la categoría de defraudación.

E) LA SUCESIÓN IRREGULAR: AGRAVANTE DE LA CUANTÍA DEFRAUDADA

Se puede asistir a supuestos de personas sin antecedentes penales, administrador único de distintas sociedades de responsabilidad limitada, que las va constituyendo de forma escalonada, y con idéntico objeto social, o muy similar, y del mismo sector, y cuyo modus operandi es confeccionar los boletines de cotización, los presenta pero no se ingresan, logrando de forma fingida sortear o dificultar el cobro por las unidades de recaudación generando deudas

en la empresa, que después deja abandonadas, y sin ninguna solvencia, trasladando su maquinaria, equipos y elementos a otra nueva sociedad que también se hace cargo de los trabajadores, y así sucesivamente.

En estos supuestos el administrador queda como autor penal y civilmente responsable del delito previsto y penado en el artículo 307.bis.1.a del Código Penal; la estrategia fraudulenta en este caso está en la forma sucesión de la misma empresa, que va surgiendo con nuevos nombres, y que no responde a las pautas de una regular sucesión, sino que sirve de instrumento para eludir el pago de las cuotas de la Seguridad Social haciendo incobrable las cantidades dejadas a deber de la empresa anterior que era dada de baja para continuar con la actividad en una nueva sobre la que en principio no pesa carga alguna; es por tanto que la sucesión irregular es un artificio para a través de un entramado empresarial cuya única finalidad es evitar el cumplimiento de las obligaciones con la seguridad social.

La sucesión tiene como finalidad dificultar la identificación del verdadero deudor, y dejar ineficaces los expedientes de recaudación, apremio y derivación de responsabilidad solidaria respecto de las deudas y el verdadero deudor; en estos casos, sí es cierto que se está ante circunstancias indiciarias, la propia sucesión es un indicio, y orquesta una forma de trabajar por la cual se obstaculiza el trabajo norma de los órganos de recaudación, indicios de la operatividad como es que no se trabaje con las entidades bancarias, que no exista saldos en las cuentas, que los trabajadores y los proveedores cobren en efectivo, como lo es que no se realice la mínima gestión para la regularización de la deuda más allá de gestiones verbales o compromisos vacuos.

Procede recordar que hasta la entrada en vigor el 17 de enero de 2013 de la Ley Orgánica 7/2012, las defraudaciones de cantidad que no superaran los ciento veinte mil euros en un año no llegaban a la categoría de delito, pero con la reforma cambia y pasa a ser delito la defraudación que en el período de cuatro años naturales superan la cantidad de cincuenta mil euros, estando ante el subtipo agravado del artículo 307.bis1.a) del Código Penal si lo defraudado excede los ciento veinte mil euros.

Estos casos de continuidad fáctica, completa y absoluta, con una conducta intencionada de impago, con burla al cumplimiento de las obligaciones de pago de las cotizaciones empresariales como de los trabajadores, y bajo una estrategia de simulación de sociedades fingiendo el cumplimiento con presentación de boletines e impago, y sucesión, con el agravante de la cuantía defraudada se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de enero de 2024¹⁵.

¹⁵ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Recurso 843/2022.

III. LOS RESPONSABLES

El bien jurídico protegido es el patrimonio de la Seguridad Social y en los supuestos de impago es el patrimonio de la Seguridad Social el que deja de percibir las cantidades que proceden, o las recibe de una forma reducida, o indebidamente las devuelve. Estamos ante un delito especial que solo puede cometerse por aquellos que tienen una relación con la Seguridad Social y a partir de cierta cuantía de defraudación es cuando entra en juego que la conducta pueda ser punible.

Se ha referido a las situaciones de impago, fraude o engaño, que parece referirse, en todo momento al régimen general por ser el régimen en el que el empresario asume la obligación de satisfacer sus cotizaciones y las de sus trabajadores, siendo responsable de ingreso de todas las cotizaciones, la cuota empresarial y la cuota obrera. El sujeto pasivo es la Seguridad Social, que es el titular del bien que se protege en este delito, y el sujeto activo es el obligado a cumplir con la cotización tanto en el régimen general como en los regímenes especiales.

También se crean controversias sobre el régimen de encuadramiento lo que en ocasiones puede genera actas de liquidación por entender que los trabajadores deben estar encuadrados en el régimen general, y no en el al agrario, con lo cual a priori se podría estar discutiendo la actividad y el régimen de aplicación, si bien ocurre, que el empresario en estos casos también incumple las obligaciones formales y de pago, no satisfaciendo las cuotas, ni facilitando datos, ni realizando las comunicaciones de trabajadores, de altas y bajas, y por tanto, en estos supuestos, se produce un ardid adicional al de la ausencia de voluntad de pago que es el de ocultación de datos.

Procede ahora hacer mención especial a los supuestos en los que es el propio trabajador el responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar, siendo complicado, que en el caso de un autónomo se pueda llegar a cantidades que pudieran incardinar la cifra en el delito pero con las nuevas tarificaciones y eliminación de topes podría ser posible; además la circunstancia de impago sobre las cuotas del régimen especial de trabajadores autónomos podría darse en cooperativas que hayan elegido esta forma de cotización y no la del régimen general, donde el pago de la cuota de autónomo, en muchas ocasiones, se centraliza y domicilia en la cuenta corriente de la cooperativa, que sí por volumen y número de socios podría superar la cifra que sirve de barrera para la posible consideración del delito.

Como es sabido los trabajadores por cuenta propia son responsables de la obligación de cotizar, como ocurre con los representantes de comercio; pero

también hay otros regímenes especiales donde hay trabajadores por cuenta propia, como en el régimen especial del mar, ocurriendo en este régimen que también el empresario también soporta la obligación de cotizar, o sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrario, como también los incluidos en el sistema especial para trabajadores por cuenta propia agrarios.

Por tanto, el sujeto responsable será el empresario, obligado de cotizar, lo podrá ser el autónomo, como trabajador responsable de la obligación de cotizar, sobre todo en aquellos regímenes o situaciones que debe soportar el pago siendo quien como deudor deberá saldar el importe a satisfacer impagado; obviamente además del responsable persona física sea cual fuere su condición, se podrá estar a la responsabilidad penal de la persona jurídica sobre la que recaerá la responsabilidad penal del artículo 31 del Código Penal en las actuaciones en nombre de otro, y cuando la conducta delictiva se realiza por medio o a través de persona jurídica; en este punto es importante reseñar que la responsabilidad penal de la mercantil derivará en el administrador, en quien actúe como administrador de hecho, o quien sin tener cargo de administrador actúe como representante, siendo en todo caso responsable quien haya causado la defraudación, y cuando se habla de defraudar, como ya se ha referido se habla de engaño, de eludir conscientemente el pago a través de un artificio.

La consumación del delito se produce cuando se supera la cuantía de lo defraudado, pero no se puede datar la fecha del retraso en el pago, sino cuando se presentan los documentos falsos a propósito para la elusión de éste; como tampoco se produce cuando se detecta por los órganos de la Seguridad Social o de la Inspección de Trabajo, porque lo que hacen los funcionarios de la Administración es constatar lo que ya se ha producido, lo que sucede antes de extender la liquidación de los importes impagados, por tanto cuando se produce el perjuicio es cuando tiene lugar el delito, y esto sucede cuando finaliza el plazo para ingresar siendo indiferente que se hayan presentado o no los documentos, pues este es un ardid que refuerza la comisión del delito.

En la participación del delito y por sus características de delito especial también cabe referir a otras personas, o terceros, que sin ser directamente el empresario podrán participar en la comisión del delito, en ocasiones puede existir una complicidad con el empresario, supuestos de alta sin trabajar, y generación de deudas por altas ficticias y cotizaciones no ingresadas; el caso de un gestor o administrativo encargado, que recibe el importe para el pago de las cuotas y no lo ingresa haciéndolo suyo, en estos casos aunque se produzca, como se produce, el impago de las cuotas no se podrá considerar responsable al empresario que confió en un tercero para proceder a la satisfacción de las cuotas sin que esto se produjera.

Para concretar el sujeto o los sujetos responsables se estará ante una actuación de la Administración, de la Inspección de Trabajo normalmente, quien a través de las actas de infracción y liquidación que formalicen determinarán la persona o personas que tendrá que satisfacer y asumir las irregularidades en materia de liquidación de cuotas; si bien, aunque las actas de los inspectores gozan de presunción de certeza según la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, en el proceso penal puede considerarse contrario a la presunción de inocencia, y por tanto se incorpora como un documento de constatación de hechos que habilita la apertura del procedimiento penal constando como una prueba documental de libre apreciación por el juez.

FRAUDE EN LA OBTENCIÓN Y DISFRUTE DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL (CP ART. 307 TER)

LOURDES MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. Introducción: marco legislativo. II. Ámbitos objetivo y subjetivo del delito. 1. Objeto del delito: el fraude en el cobro de prestaciones. 2. Sujeto del delito. III. Consumación del delito. IV. Las penas. 1. Tipo punitivo en vía penal. 2. El acceso indebido o el mantenimiento irregular de prestaciones como infracción administrativa: la concurrencia de responsabilidades. 3. Reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. V. Alcance de la responsabilidad criminal. 1. Imposición de pena reducida. 2. Exención de responsabilidad criminal. VI. Responsabilidad civil. VII. Responsabilidad en las personas jurídicas. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: MARCO LEGISLATIVO

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, reguló por primera vez, en el artículo 307 ter, el delito de fraude de prestaciones en el sistema de la Seguridad Social. El fraude en el ámbito de la Seguridad Social ya se definía en la Resolución del Consejo Europeo de 22 de abril de 1999, como cualquier «acto u omisión con el fin de obtener prestaciones de la Seguridad Social o de evitar la obligación de pagar las cotizaciones de la Seguridad Social infringiendo la normativa nacional de un Estado miembro en esta materia»¹.

¹ Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 22 de abril de 1999, relativa a un código de conducta en el ámbito de la

Antes de la promulgación de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, el Código Penal no contenía un precepto específico que protegiera los intereses de la Administración de la Seguridad Social respecto de las prestaciones de los niveles contributivo y no contributivo. Sí se regulaba, en cambio, la garantía del ingreso de las cuotas, pero no la del pago de prestaciones².

A grandes rasgos, el artículo 307 ter castiga la obtención fraudulenta, para sí mismo o para otro, de prestaciones de la Seguridad Social, así como su prolongación indebida o la facilitación de la obtención de prestaciones mediante error provocado con simulación o tergiversación u ocultación de hechos, causando con ello un perjuicio a la Administración de la Seguridad Social. Se tipifica un perjuicio que también afecta a la sociedad en su conjunto en la medida en que estamos ante conductas que pueden afectar seriamente la sostenibilidad del sistema de bienestar y la equidad social.

El artículo 307 ter CP juega un papel crucial en la lucha contra este tipo de delitos³. Y es que debe tenerse en cuenta que este tipo de conductas «trasciende del mero perjuicio patrimonial por cuanto que afecta a los intereses del resto de personas beneficiarias del sistema de prestaciones de la Seguridad Social que, ni que decir tiene, pueden ver menoscabadas sus legítimas expectativas de cobro»⁴. En esta línea, y como manifestaba la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 enero 2015 (rec. 37/2014), con la comisión de este delito «se afecta, en definitiva, a los valores solidarios del régimen público de la Seguridad Social que ha de garantizar la asistencia y prestaciones sociales seriamente cobaturadas en el marco del sistema cuya consagración constitucional se halla en el artículo 41 CE».

cooperación entre las autoridades de los Estados miembros en materia de lucha contra el uso indebido de prestaciones de la seguridad social y el fraude en las cotizaciones a nivel transnacional y contra el trabajo no declarado y el trabajo temporal transfronterizo (DOCE Serie C 125 de 6 mayo 1999).

² Véase la evolución de la regulación del fraude de prestaciones en Seguridad Social en BUSTOS RUBIO, Miguel, «Luces y sombras del nuevo delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (artículo 307 ter del Código Penal). Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 184/2013, de 8 de marzo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 380, 2014, pp. 177 ss.

³ Véase en general sobre este delito: BARCELÓ MOYANO, Marta, «El delito de fraude de prestaciones de la seguridad social: aplicación práctica y cuestiones problemáticas». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 50, 2018, pp. 62-70. BUSTOS RUBIO, Miguel, «La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal», *Revista Penal*, núm. 35, 2015, pp. 24-44. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2018. MORAL GARCÍA, Antonio, «Novedades legales y jurisprudenciales en los delitos contra la Seguridad Social». Ponencia presentada a las XVI Jornadas de Trabajo y Seguridad Social celebradas los días 17 y 18 de marzo de 2016 organizadas por el Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales de Almería.

⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, Raquel, *Los delitos contra la Seguridad Social en el Código penal de la democracia*. Ed. Ibidem. Madrid, 1996, p. 34.

En este sentido, como ponía de manifiesto el preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, la necesidad de llevar a efecto una revisión profunda de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social es perentoria a fin de dotar de un tratamiento específico a las conductas fraudulentas en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social, lo que permite tanto la persecución de quienes realicen alguna de las conductas tipificadas en el artículo 307 ter CP para percibir indebidamente prestaciones de Seguridad Social, como a facilitar la persecución de las tramas organizadas de fraude contra la Seguridad Social que, mediante la constitución de empresas ficticias⁵, tienen como único objeto dar de alta en el sistema de la Seguridad Social a personas que, en realidad, no son sus trabajadores, con el solo propósito de facilitar el cobro de prestaciones económicas a cambio de pagos por facilitar ese alta.

Estas pseudo empresas tramitan el alta de personas trabajadoras, presentan puntualmente los boletines de cotización pero no ingresan cantidad alguna en concepto de cuotas. Estas entidades no sufren ninguna merma patrimonial. Al contrario, suelen cobrar de los futuros beneficiarios una cantidad por su colaboración. Pasado un tiempo, el necesario para la adquisición del derecho a la prestación pretendida, las personas en situación de alta indebida solicitan la prestación y esta se les puede reconocer aun cuando la empresa, pese a haber presentado los boletines de cotización, no haya ingresado cantidad alguna⁶.

Varios son los aspectos que interesa destacar y que serán objeto de análisis en las páginas siguientes. El primero de ellos, que la nueva regulación de los delitos contra la Seguridad Social afecta al tipo básico para reducir la cuantía a partir de la que la infracción es constitutiva de delito. El segundo, que se introduce un tipo específico para sancionar estos fraudes, lo que se hace mediante la regulación diferenciada de la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones, permitiendo que se dé una respuesta eficaz ante los casos de fraude que implique un quebranto en el patrimonio de la Seguridad Social. El tercero, la regulación de un tipo agravado con el que se trata de combatir las nuevas formas de organización delictiva que se dedican a estas actividades o las propician, así como a las empresas ficticias cuya creación obedece solo y exclusivamente a la obtención de prestaciones del Sistema.

Como destaca el preámbulo de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, la modificación del artículo 308 CP, sobre el fraude de ayudas o subvenciones de las

⁵ STS de 18 mayo 2020 (núm. 150/2020).

⁶ HERRANZ SAURÍ, Tomás «El nuevo delito del artículo 307 del código penal», Jornadas de Fiscales Especialistas en Delitos Económicos celebradas los días 20 y 21 de junio de 2013 en el Centro de Estudios Jurídicos.

Administraciones Públicas o de la Seguridad Social, quiere desligar el concepto de subvención y ciertas interpretaciones jurisprudenciales, que solo consideraban subvención a la prestación y al subsidio de desempleo y que, en aplicación de lo previsto en el precepto referido, consideraban que solo se producía el fraude cuando la cantidad defraudada superaba la cantidad de ciento veinte mil euros.

En el ámbito estricto de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, el artículo 307 ter CP tipifica el fraude en prestaciones con penas ajustadas a la gravedad del hecho. Así, de seis meses a tres años de prisión en los supuestos ordinarios. Multa del tanto al séxtuplo en los casos que no revistan especial gravedad y prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo en los supuestos agravados.

Además, en todos los casos se sanciona a la persona responsable con la pérdida de la posibilidad de obtención de subvenciones y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social. La nueva regulación permite dar un mejor tratamiento penal a las conductas fraudulentas contra la Seguridad Social, al tiempo que evita que queden impunes los fraudes que no superaban el límite cuantitativo antes indicado.

Como se dijo, antes de la reforma del CP por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, no había previsiones específicas sobre el fraude de prestaciones. Sí se regulaba, en cambio, el delito de defraudación a la Seguridad Social por la falta de cotización. En este sentido, el artículo 307 CP regula el fraude «a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida».

No es que con carácter previo a la reforma del Código Penal del año 2012 no se sancionaran tales conductas fraudulentas, pero estas quedaban comprendidas en el genérico delito de estafa, con la posible concurrencia además del delito de falsedad documental. Sin olvidar, como antes se indicó, que el fraude en materia de prestaciones de Seguridad Social podía encuadrarse en el delito tipificado en el artículo 308 CP siempre que la cuantía defraudada superase 120.000 euros. De esta forma, hasta la reforma del año 2012, el fraude respecto de las prestaciones se reconducía por los tribunales al delito de estafa (art. 248 CP) y/o al delito de fraude en materia de subvenciones (art. 308 CP), según la naturaleza de la prestación que se hubiera obtenido.

En línea con lo anterior, la STS del Pleno no jurisdiccional de 15 de febrero de 2002, acordó mantener el criterio asumido por la mayoría de las Sentencias de la Sala que incluían en el concepto de ayudas o subvenciones públicas «toda disposición gratuita de fondos realizada por el Estado o sus

organismos autónomos a favor de personas o entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público». En el mismo sentido, la STS (penal) de 1 marzo 2002 (núm. 435/2002), mantuvo que el fraude relativo a las prestaciones por desempleo «suponen una especie de estafa privilegiada y, por consiguiente, debe ser el precepto antes citado (art. 308 CP) el que ha de ser aplicado en estos supuestos por razón del principio de especialidad (art. 8.1.^a CP)», pero, añadía la sentencia que «ello quiere decir, por tanto, que cuando este tipo de conductas antisociales no superen la cuantía de los diez millones de pesetas que en dicho precepto se señalan como condición objetiva de punibilidad, la respuesta del Estado rente a las mismas ha de ser la del derecho administrativo sancionador»⁷. Por su parte, el cobro fraudulento de otras prestaciones distintas a las de desempleo, se incluyeron, conforme a la doctrina de la Sala Segunda, en el delito de estafa *ex art.* 248 CP, al considerarse que las prestaciones y/o pensiones distintas de las de desempleo, no tenían cabida en el concepto de «ayudas o subvenciones»⁸.

En otro orden de consideraciones, uno de los problemas más importantes que se planteaban con anterioridad a la reforma de 2012 era la dificultad de sancionar penalmente los fraudes en materia de prestaciones indebidas de Seguridad Social ya que la cantidad defraudada debía ser al menos de 120.000 euros.

La reforma de 2012 se orientó, precisamente, a resolver el problema apuntado. En efecto, tanto los casos de impunidad en el fraude de prestaciones de Seguridad Social, consecuencia de la alta cantidad a partir de la que se consideraba penalmente punible esta actuación, como el planteamiento restrictivo de las prestaciones que tenían la consideración de subvenciones, justificó la actuación en este ámbito.

A raíz de la reforma operada, como destaca el Tribunal Supremo, el artículo 307 ter CP tiene la condición de ley especial respecto del delito de estafa en el fraude de prestaciones que afecta al patrimonio de la Seguridad Social⁹. Ello permite sancionar en vía penal tanto a quien se beneficia de prestaciones de importes muy elevados, como a quienes obtengan prestaciones de importes reducidos, de forma que se garantiza la protección de los intereses

⁷ Véase sobre esta cuestión: JAÉN VALLEJO, Manuel, «El fraude de prestaciones por desempleo constituye una conducta prevista en el artículo 308 CP, por razón del principio de especialidad. Nota sobre el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002 y de la Sentencia de la misma Sala de 1 de marzo de 2002», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 04-j01, 2002.

⁸ Ver SSTS de 9 de junio de 2003 (núm. 830/2003), de 15 de julio de 2004 (núm. 915/2004) y de 13 de julio de 2012 (núm. 636/2012), de

⁹ STS de 13 de junio 2017 (núm. 425/2017).

de la Seguridad Social en su vertiente de aplicación de recursos económicos para el cumplimiento de las obligaciones que le son propias¹⁰.

No obstante lo anterior, hay quien cuestiona que se prescinda de una cuantía mínima para imponer la sanción, por cuanto el principio de igualdad podría quedar «en entredicho cuando se criminalizan conductas defraudatorias del empleador contra la Seguridad Social solo si la cuantía de lo defraudado supera los cincuenta mil euros (art. 307) y conductas defraudatorias de trabajadores y pensionistas contra la Seguridad Social cualquiera que sea la cuantía de lo defraudado»¹¹. A esas críticas se añadían las observaciones contenidas en el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 28 de junio de 2012, sobre el Anteproyecto de ley de reforma del Código Penal, que se centraban en exigir que el perjuicio para el patrimonio de la Seguridad Social fuese grave.

Por otro lado, con el tipo específico que regula el artículo 307 ter CP se desvinculan los fraudes en materia de desempleo del fraude en subvenciones tipificado en el artículo 308 CP, al tiempo que no se condiciona la posibilidad de sancionar a que la cantidad defraudada alcance una cuantía mínima¹².

Como se verá a lo largo de las páginas siguientes, con la reforma de 2012 se alcanzaron varios objetivos concretos:

— Se creó un delito específico vinculado al fraude en la percepción de prestaciones del sistema de la Seguridad Social.

— Se desvinculó la imposición de la pena del importe de la prestación indebidamente obtenida, y tales actuaciones se castigan ahora con penas ajustadas a la gravedad del hecho.

— Se facilitó la posibilidad de perseguir no solo a las personas físicas perceptoras de las prestaciones, sino también a tramas organizadas de fraude

¹⁰ En este sentido: DE VICENTE MARTÍNEZ, Raquel. «El nuevo delito de defraudación en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social en el proyecto de Ley Orgánica de 2012, por el que se modifica el Código Penal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 853, 2012.

¹¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, «Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (Art. 307 ter)», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, dir., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 857. VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina, «Derecho penal del amigo. (Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social)», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 32, 2013, BIB 2013\2592. BUSTOS RUBIO, Miguel, «Luces y sombras del nuevo delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (artículo 307 ter del Código Penal). Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 184/2013, de 8 de marzo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 380, 2014.

¹² ESTEVE SEGARRA, Amparo, «La competencia de los órdenes jurisdiccionales en materia de la impugnación de las cuestiones relativas a la protección por desempleo», *Revista de Información Laboral*, núm. 8, 2016, BIB 2016\80200.

contra la Seguridad Social. Posibilitándose, además, la sanción penal de las personas jurídicas que participen en esas tramas (art. 310 bis CP).

II. ÁMBITOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL DELITO

El artículo 307 ter CP identifica tanto la materia objeto del delito de fraude en relación con las prestaciones de Seguridad Social, como los sujetos susceptibles de cometer ese fraude y susceptibles, por tanto, de sanción en los términos previstos en el precepto referido.

El precepto recoge las sanciones para quienes obtengan, para sí o para otros, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social de manera indebida, o faciliten a otros su obtención, mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenían el deber de informar.

1. Objeto del delito: el fraude en el cobro de prestaciones

Prevé el artículo 307.1 ter CP que «quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública, será castigado (...)».

Conforme al artículo 307.1 ter CP son varios los elementos sobre los que descansa la identificación de este delito. Así, la obtención, para sí o para otro, o el facilitar a otros la obtención fraudulenta de prestaciones; el disfrute indebido de prestaciones de Seguridad Social o la prolongación indebida de estas; el error que se provoca con la simulación o la tergiversación de hechos o la ocultación consciente de hechos de los que se tenía el deber de informar y el perjuicio que se causa a la Administración Pública de la Seguridad Social. A lo anterior se añade que, en comparación con otros delitos contra la Hacienda Pública y contra la Administración de la Seguridad Social, en este caso no se exige que se haya defraudado una cuantía determinada para que se considere producido –y sancionado– el delito¹³.

¹³ Frente a los 120.000 euros previstos en el artículo 305 CP; 100.000 euros en el artículo 308 CP o 50.000 euros en cuatro ejercicios conforme al artículo 307 CP. Cantidades mínimas exigidas para que se imponga la pena correspondiente.

Conforme al artículo 307.1 ter CP son dos las formas en que puede cometerse el delito en relación con las prestaciones de Seguridad Social:

— Mediante la obtención fraudulenta de prestaciones de Seguridad Social y

— Mediante la prolongación indebida de la prestación de Seguridad Social legalmente obtenida.

El de fraude de prestaciones de Seguridad Social es un delito que presenta la estructura propia de «un delito de estafa, una estrategia engañosa dirigida a inducir a error a la Administración de la Seguridad Social, dando de esta manera lugar a un acto de desplazamiento patrimonial», que no requiere, además, para su consumación que exista un «especial ánimo de perjudicar los intereses públicos»¹⁴.

El artículo 307 ter tipifica tanto la obtención fraudulenta de prestaciones, como su mantenimiento indebido, los tribunales aplican asimismo este tipo a los supuestos de creación de empresas ficticias donde se simulaban contratos de trabajo con alta en Seguridad Social con el solo objeto de completar la carencia necesaria para acceder a prestaciones de Seguridad Social.

Por otro lado, la conducta tipificada en el artículo 307 ter CP no es cualquier fraude o cualquier conducta irregular, sino la «conducta mendaz de ocultación de la realidad», esto es, la conducta que presente «indicadores de idoneidad y gravedad para justificar la imposición de una sanción penal» [STS de 14 junio 2021 (núm. 3079/2019)]. Sin olvidar, además, que debe haber dolo en el sentido de que debe existir el conocimiento y la voluntad de «obtener prestaciones sociales indebidas para sí o para otros, que ocasionen un perjuicio económico a la Administración Pública»¹⁵. Tanto la acción como la omisión pueden producir un perjuicio económico. Acción como realización de conductas manifiestamente fraudulentas para obtener una prestación a la que, en otro caso, no habría derecho. Omisión como conducta tendente a la ocultación de datos que serían determinantes para la pérdida de la prestación.

En esta línea se destaca que estamos ante un tipo penal específico de engaño que incluye como elemento característico que no se exige un importe

¹⁴ STS (penal) de 26 junio 2020 (núm. 335/2020).

¹⁵ CEINOS SUÁREZ, Ángeles, «Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 253, 2022, BIB 2022\1775. Asimismo, destaca la STS (Sala Segunda) de 26 junio 2020 (núm. 355, 2020): Que «en el ámbito de lo subjetivo será exigible el dolo, entendido como conocimiento y voluntad de obtener prestaciones sociales indebidas para sí o para otros, que ocasionen un perjuicio económico a la Administración Pública. Ese dolo deberá ser antecedente o concomitante, sin que requiera un especial ánimo de perjudicar los intereses públicos».

mínimo para reconocer que hay delito¹⁶. Este tipo no solo se aplica al fraude en prestaciones por desempleo –como antes preveía el artículo 308 CP–, sino a cualquier otra prestación del sistema de Seguridad Social tales como pensiones, subsidios, indemnizaciones y cualquier otra prestación aun cuando no tenga carácter económico¹⁷.

Retomando la idea de la concurrencia de dolo, lo cierto es que en muchas ocasiones puede ser difícil constatar que hay dolo, sobre todo en los casos en que el delito es el resultado de la connivencia empresa-persona trabajadora para que esta acceda de forma indebida a una prestación (por ejemplo, la simulación de un despido frente al que el trabajador no reclama) o la contratación laboral ficticia, con el único propósito de obtener una pensión¹⁸.

A) OBTENCIÓN FRAUDULENTE DE PRESTACIONES

En primer lugar, la obtención fraudulenta de prestaciones puede producirse bien en beneficio de la propia persona que comete el delito, bien a favor de un tercero que, en otro caso, no podría acceder a aquellas.

Debe tenerse en cuenta que en la mayoría de los casos el acceso a las prestaciones del sistema de Seguridad Social no es automático. Antes al contrario, se condiciona al cumplimiento de los requisitos generales de afiliación y alta, o situación asimilada a la de alta¹⁹ y, en su caso, al cumplimiento de un período de carencia previo²⁰, así como al cumplimiento de las condiciones particulares que se establezcan para el reconocimiento de cada prestación.

¹⁶ IALBA PÉREZ, Javier, «El sujeto activo y el partícipe en los delitos contra la Seguridad Social», *Revista de Derecho UNED*, núm. 32, 2023.

¹⁷ Cfr. SUÁREZ CORUJO, Borja, «El fraude en la Seguridad Social en tiempos de crisis», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 3, 2015.

¹⁸ Véase FERNÁNDEZ ORRICO, Javier, «La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2014. También LÓPEZ INSÚA, Belén del Mar, «El fraude en las prestaciones por desempleo», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 3, 2015.

¹⁹ En este sentido, el artículo 165 LGSS –Condiciones del derecho a las prestaciones–, prevé que: «1. Para causar derecho a las prestaciones del Régimen General, las personas incluidas en su campo de aplicación habrán de cumplir, además de los requisitos particulares exigidos para acceder a cada una de ellas, el requisito general de estar afiliadas y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario».

²⁰ Conforme al artículo 165 LGSS: «2. En las prestaciones cuyo reconocimiento o cuantía esté subordinado, además, al cumplimiento de determinados períodos de cotización, solamente serán computables a tales efectos las cotizaciones efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ellas en esta ley o en sus disposiciones reglamentarias» y que «4. No se exigirán períodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones derivadas de accidente, sea o no de trabajo, o de enfermedad profesional, salvo disposición legal expresa en contrario».

Desde la vertiente del acceso a las prestaciones, cualquier actuación de una persona tendente a simular, ocultar o tergiversar los hechos para causar un error en la Administración de la Seguridad Social, que desemboque en el reconocimiento de una prestación sería subsumible en el delito tipificado en el artículo 307.1 ter CP.

Como señala autorizada doctrina, para que se produzca el fraude en prestaciones de la Seguridad Social, «primero, debe el trabajador (o en connivencia o acuerdo con el empresario –*consilium fraudes*–) crear una apariencia de legalidad; segundo, violar el contenido ético del precepto legal que se ampara; tercero, cometer un ilícito administrativo con el propósito; cuarto, de obtener (...) la protección»²¹.

Sin duda, son muchos los hechos que pueden aquí mencionarse y que presentan esa característica común de posibilitar el acceso a prestaciones de Seguridad Social.

La revisión de las sentencias dictadas en el orden jurisdiccional penal muestra que la mayoría de los pronunciamientos lo son sobre el fraude en relación con las prestaciones por desempleo y en relación con las diferentes formas de acceso. Así, son frecuentes los casos de empresas ficticias que conciertan, a cambio de un precio, contratos de trabajo para realizar una inexistente actividad laboral, con posterioridad se procede a su despido abriéndoles la posibilidad de acceder a una prestación por desempleo a la que, en realidad, no tienen derecho²².

Si bien supuestos como el anteriormente referido -empresas sin actividad que conciertan contratos de trabajo ficticios- es el más habitual en los tribunales, también hay empresas o personas reales que simulan contratos de trabajo para posibilitar el acceso indebido a prestaciones por desempleo. Este es el caso analizado en la SAP de Zaragoza de 12 marzo 2018 (núm. 71/2018) que condenó por el delito del artículo 307 ter CP al matrimonio que simuló un contrato con una empleada de hogar procediendo con posterioridad a su despido ficticio para que aquella accediese a la prestación por desempleo²³.

Al margen del fraude en la prestación por desempleo, cualquier actuación que posibilite el acceso indebido a una prestación o pensión de Seguridad Social es susceptible de incurrir en el delito tipificado en el artículo 397 ter CP. Así, cualquier alta fraudulenta en un régimen de la Seguridad Social cuyo

²¹ LÓPEZ INSÚA, Belén del Mar, «El fraude en las prestaciones por desempleo», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 3, 2015.

²² SSAP, Zaragoza, de 18 mayo 2018 (núm. 128/2018), Barcelona, de 7 febrero 2018 (núm. 115/2018), Granada, de 26 enero 2018 (núm. 22/2018), Huesca, de 27 julio 2022 (núm. 93/2022).

²³ Véase también SAP Granada de 3 mayo 2018 (núm. 226/2018).

único objeto sea posibilitar que la propia persona que tramita el alta, o cualquier otra persona, pueda acceder a una prestación de Seguridad Social. Pero también la falsedad documental que posibilite el acceso indebido a una prestación como, por ejemplo, la falsificación de informes médicos o de partes médicos de baja.

Precisamente la STS de 22 marzo 2018 (núm. 146/2018), condenó por los delitos de falsedad en documento oficial y de fraude en materia de prestaciones de la Seguridad Social en un caso de acceso a prestaciones por incapacidad temporal. La persona declarada beneficiaria tramitó su propia alta en una empresa inexistente y presentó partes falsos de baja médica. También la SAP, Cádiz, de 8 julio 2011 (núm. 219/2011, caso «Karlos») condenó a los participantes en una trama organizada para conseguir, a cambio de pagos, certificaciones médicas con las que acceder a pensiones de incapacidad permanente²⁴. No obstante, en este caso dado que aún no se había modificado el Código Penal por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, la condena lo fue por «delito continuado de falsedad en documento oficial en concurso medial con un delito continuado de estafa».

En fin, cualquier actuación en el ámbito de la Seguridad que tenga por objeto posibilitar la percepción de una prestación de Seguridad Social a la que, en otro caso, no se tendría derecho, incurre en el delito tipificado en el artículo 307.1 ter CP.

B) MANTENIMIENTO INDEBIDO DE LA PRESTACIÓN LEGALMENTE RECONOCIDA

El delito en relación con las prestaciones de Seguridad Social puede también cometerse en aquellos casos en que habiéndose reconocido el derecho -legítimo- a una prestación, la persona beneficiaria mantiene su percepción como consecuencia de la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar²⁵.

Al igual que ocurre con la exigencia de que concurren determinadas condiciones para acceder a las prestaciones del sistema de Seguridad Social, también el mantenimiento de estas se condiciona a que persistan las condiciones que permitieron el acceso a la protección. Así, cabe destacar la genérica obligación que se impone a las personas beneficiarias de protección en el ámbito de la Se-

²⁴ Confirmada por STS (Sala de lo Penal) de 13 julio 2012 (núm. 636/2012).

²⁵ Por ejemplo, el mantenimiento del cobro de una pensión de jubilación por el hijo del beneficiario fallecido: STS de 28 de enero de 2015 (núm. 886, 2014).

guridad Social de comunicar a las entidades gestoras o colaboradoras cualesquiera variaciones que afecten a la situación que tenía cuando se le reconoció la pensión. En cualquier caso deben notificarse a la Administración de la Seguridad Social la prestación de servicios por cuenta propia o por cuenta ajena, el reconocimiento y/o cobro de otras prestaciones nacionales o extranjeras, los cambios de estado civil, los nacimientos, las defunciones o los incrementos del nivel de rentas que pueden afectar al derecho a mantener el percibo de la prestación.

Así a modo de ejemplo la doctrina judicial penal considera encuadrables en este tipo delictivo:

— El ocultamiento del fallecimiento de un familiar para seguir cobrando la prestación que aquel percibía: SAP, Córdoba, de 11 junio 2018 (núm. 243/2018), Coruña, de 11 abril 2018 (núm. 200/2018), en este caso en concurso con un delito de falsedad en documento oficial toda vez que el beneficiario de la pensión no contributiva de invalidez recibía al mismo tiempo determinadas ayudas en concepto de discapacidad.

— El ocultamiento del cambio de residencia al extranjero que condicionaba su derecho a la percepción de prestaciones de desempleo. SAP, Pontevedra, de 22 febrero 2017 (núm. 24/2017).

— El ocultamiento de haber contraído nuevo matrimonio canónico sin inscribirlo en el Registro Civil para no verse privada de la pensión de viudedad que percibía. SAP, Zaragoza, de 9 septiembre 2016 (núm. 427/2016).

La duda sobre si la ocultación deliberada de una circunstancia determinante de la pérdida de pensión debe encuadrarse en el delito de fraude a la Seguridad Social o en el de estafa, la resuelve la STS de 13 junio 2017 (núm. 1551, 2016) que considera aplicable el tipificado en el artículo 307 ter CP al ser más específico que el delito de estafa.

En estos casos, frente a la alegación común de quienes han cometido el delito del artículo 307.1 ter CP de existencia de un error de prohibición, basado en la creencia de que su conducta había dejado de ser delito como consecuencia de reformas del Código penal, corresponde al tribunal determinar si el error alegado era o no evitable. Mantiene al respecto los tribunales que resulta indiferente la creencia de que rige una norma que realmente no rige o que estime que no existe una norma que efectivamente existe. De ahí el principio recogido en el artículo 6.1 párrafo 1.º Código Civil: la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento.

Conforme a una jurisprudencia consolidada, «lo determinante es si el conocimiento erróneo pudo ser evitado, dado que evitarlo es responsabilidad del autor. Si no pudo ser evitado, el error será invencible y no existirá respon-

sabilidad criminal, pues el sujeto activo no pudo adecuar su conducta a las exigencias del orden jurídico penal. Si pudo ser evitado y no se evitó al no desplegar una conducta diligente, el error será vencible y existirá una responsabilidad penal atenuada, pues el sujeto activo no era normalmente motivable por la norma penal. Finalmente si el error pudo ser evitado y no se desarrolló actividad alguna o, la desplegada fue burda para despejar toda duda al respecto, existirá una responsabilidad penal plena pues el sujeto pudo autoconducirse en términos respetuosos con la ley penal»²⁶.

Son muchas las sentencias que se pronuncian sobre el error de prohibición en la actuación del responsable del delito. Así, la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 diciembre 2016 (núm. 943, 2016) consideró que la acusada, con la intención de cobrar la prestación por desempleo de forma indebida y a sabiendas de ello, presentó ante la TGSS, entre otros, una solicitud de prestación contributiva, un certificado de empresa a nombre de una mercantil, documentación confeccionada «ad hoc». La Sentencia se pronuncia sobre el error afirmando que «en lo que atañe al error de prohibición invencible, cabe decir que es cierto que el derecho contempla situaciones excepcionales en las que la sociedad debe soportar la consecuencia de actos típicos cuando el destinatario de la norma no pudo conocer su alcance. El error de prohibición junto con el de tipo actuarían como verdaderas cláusulas de escape justificadas desde la necesaria vigencia del principio de culpabilidad».

Como consecuencia de la aplicación de esta doctrina, en muy pocas ocasiones los tribunales van a apreciar que concurre un error invencible que exime de responsabilidad criminal al sujeto activo del delito.

2. Sujeto del delito

La identificación de los sujetos responsables y de los perjudicados por el fraude en las prestaciones de Seguridad Social se extrae de la consideración conjunta de los artículos 307 bis y ter CP.

A) SUJETO ACTIVO DEL DELITO

El artículo 307 ter CP se refiere de forma genérica a «quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención (...)».

²⁶ Véase por todas SAP, Zaragoza, de 9 septiembre 2016 (núm. 427/2016).

Nótese que el precepto hace referencia a dos sujetos:

— A la persona que obtenga o mantenga indebidamente la prestación de Seguridad Social para sí misma.

— A la persona que, con sus actos, obtenga o mantenga para otros o facilite a otros la obtención o el mantenimiento indebido de prestaciones de Seguridad Social.

En consonancia con las dos conductas tipificadas como delito –obtención y/o mantenimiento indebidos– el artículo 307 ter CP considera sujetos activos del delito tanto a quienes faciliten la obtención indebida de una prestación para sí mismos o para otras personas, como a quienes con sus actos faciliten el mantenimiento indebido, para sí mismos o para otros, de una prestación legalmente reconocida.

Pueden ser autores del delito no solo los beneficiarios de las prestaciones, sino también los terceros que faciliten la obtención fraudulenta de estas prestaciones. La consecuencia inmediata es que van a responder como coautores tanto la persona trabajadora que se beneficia de la prestación, como la persona que ha facilitado la obtención de la prestación -normalmente el empresario-. El artículo 307 ter castiga con igual pena a ambos sujetos, aun cuando en opinión de algún autor resulte más grave la conducta de quienes disponen de una estructura que puede multiplicar el daño a los recursos públicos mediante la utilización de empresas ficticias²⁷.

Desde esta perspectiva, la SAP Sevilla de 31 marzo 2023 (núm. 166/2023) considera coautoras del delito al dueño de la empresa ficticia y también a quienes prestaron su consentimiento para ser dadas de alta por la empresa en la Seguridad Social, a sabiendas de que no realizarían actividad alguna, obteniendo ilícitamente ayudas y prestaciones del Servicio Público de Empleo Estatal y como cómplice al hijo del dueño de la empresa ficticia, que acepta ser el administrador aparente, asumiendo el probable resultado de que esta condición dificultaba la conexión de la mercantil con los autores principales.

Debe, por otro lado, tenerse en cuenta que el sujeto activo del delito no ha de ser necesariamente una persona física. Al contrario, la lectura integrada de los arts. 307 bis y ter manifiesta que se trata de un delito susceptible de ser cometido por personas jurídicas. Las sentencias dictadas en procesos en los que se dilucidan las responsabilidades penales asociadas a la comisión de este

²⁷ Véase DÍAZ TORREJÓN, Pedro, «Cuestiones prácticas del delito de fraude de prestaciones del artículo 307 ter del Código Penal», en *Derecho penal 2021*, E. Ortega Burgos y R. Ochoa Marco (dirs.), Tirant lo Blanch, 2021.

delito muestran que en la mayoría de los casos enjuiciados, el sujeto activo del delito es, precisamente, una persona jurídica que utilizando la forma de sociedad en cualquiera de sus modalidades, constituye una auténtica trama con el objetivo principal de defraudar los intereses de la Seguridad Social.

Pero no solo las personas físicas o las personas jurídicas son susceptibles de adquirir la condición de sujetos activos del delito, también los entes sin personalidad jurídica (comunidades de bienes, por ejemplo) pueden llevar a cabo la conducta delictiva tipificada en el artículo 307 ter CP y ser sancionados por ello.

Llegados a este punto, resulta de interés traer a colación el concepto laboral de empresario. Concepto que, como es conocido, presenta características y particularidades propias que permiten diferenciarlo de la noción de empresario en otros ámbitos del Derecho. En estos términos, conforme a la definición del artículo 1.2 del 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 (ET), resulta que el concepto de empresario, a los efectos de lo previsto en el ET, refiere a: «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».

Similar definición de empresario se contiene en las normas de Seguridad Social. El artículo 138.3 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 (LGSS), considera empresario «aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro, a toda persona física o jurídica o entidad sin personalidad, pública o privada, por cuya cuenta trabajen las personas incluidas en el artículo 136».

El artículo 307 ter CP sanciona a la persona responsable del delito, además de con las penas allí previstas, con la pérdida «de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social», esta específica sanción permite mantener que el sujeto activo del delito de fraude en las prestaciones de Seguridad Social lo es, con preferencia, el empresario laboral en los términos antes expresados. Esto es, el identificado como tal en las normas laborales y de Seguridad Social. Y ello, sobre la premisa de que probablemente los principales –que no exclusivos– beneficiados por estas subvenciones y beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social son los empresarios laborales²⁸.

²⁸ Así, por ejemplo, bonificaciones, entendidas como las deducciones en la cuota que resultan de la aplicación de determinados porcentajes a la misma y que tienen como finalidad la reducción de los costes de Seguridad Social de las empresas y la potenciación del acceso de determinados colectivos al mercado laboral:

Por otro lado, la posibilidad de que el sujeto activo sea una persona jurídica o, incluso, una persona sin personalidad jurídica se desprende de las previsiones contenidas en los artículos 307 bis y 310 bis CP. En efecto, el artículo 307 bis ET regula un tipo agravado cuando el fraude haya sido cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal –entes sin personalidad–, y también cuando se hayan utilizado personas –físicas, jurídicas o entes sin personalidad jurídica– interpuestas.

Al margen de lo anterior, huelga decir que el delito de fraude en el acceso a prestaciones de Seguridad Social, o su mantenimiento indebido, puede también ser cometido por personas físicas ya actúen en su condición de empresario laboral, ya sin vinculación alguna con la persona que recibirá o mantendrá la prestación de Seguridad Social.

Inciendo en este aspecto, sobre la premisa de que como se ha indicado cualquier persona puede ser sujeto activo del delito, en el caso de que se cometiera por un funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, se vale de su condición de tal y de su posición privilegiada, su actuación quedaría encuadrada en el artículo 438 CP. Según prevé este precepto «la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o de fraude de prestaciones del Sistema de Seguridad Social del artículo 307 ter, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de tres a nueve años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código». Nótese que el artículo 438 CP exige que el funcionario actúe «abusando de su cargo», lo que lleva implícito que el funcionario actúe en el ejercicio de sus funciones y competencias, por lo que no se aplica este agravante cuando el sujeto activo, a pesar de tener la condición de funcionario, no actúa abusando de su cargo o en el ejercicio de sus funciones. No obstante, de constatar que el funcionario se aprovecha de su condición de tal para cometer el fraude o para colaborar en su realización se aplicará el artículo 22.7.^a CP, que califica de circunstancia agravante de la pena el hecho de prevalerse del carácter público que tenga el culpable²⁹. En este sen-

<https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/CotizacionRecaudacionTrabajadores/1938>.

O las bonificaciones y reducciones por la contratación laboral de determinados colectivos: <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-empleo/bonificaciones-reducciones-contratacion-laboral.html>

²⁹ Véase en este sentido ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael, «El delito de fraude de prestaciones», *Diario La Ley*, núm. 10436, Sección Doctrina, 30 de Enero de 2024.

tido, la SAP Zamora de 30 julio 2018 (núm. 12/2018), impone al funcionario una pena agravada tras considerar «el espacio temporal en el que se han venido desarrollando los hechos, la cuantía defraudada y la condición de funcionario público encargado de la Sección de Control de Pensiones de la Seguridad Social y las exigencias de valores éticos como la honestidad en el ejercicio de sus funciones, por la confianza que la Administración le otorga para que lleve a cabo su labor con estricta observancia de la legislación vigente en cada momento y sin realizar actos de defraudación abusando de su función».

En cualquier caso, lo determinante es que con su participación, la persona física, jurídica o sin personalidad haya propiciado la obtención indebida o el mantenimiento indebido de una prestación de Seguridad Social.

B) SUJETO PASIVO DEL DELITO

Sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido. En este caso la Administración de la Seguridad Social, sin perjuicio de que el engaño se produzca, en la práctica, sobre la entidad gestora o colaboradora que tenga encomendada la gestión de la prestación.

Según la dicción del artículo 307 ter CP el perjuicio a la administración de la Seguridad Social se convierte en requisito ineludible para que haya delito. Pero no son solo las entidades gestoras o los servicios comunes, ambos de naturaleza pública, quienes deben verse perjudicados para que pueda entenderse cometido el delito, también, por ejemplo, la empresa colaboradora que abona prestaciones de Seguridad Social en virtud de su colaboración voluntaria [art. 102.1.a) LGSS] puede iniciar el proceso penal mediante denuncia y querrela contra la persona trabajadora y puede asimismo ser parte en el proceso penal, y reclamar el perjuicio económico por la baja fraudulenta y el consiguiente cobro, fraudulento, de prestaciones.

Lo mismo puede afirmarse en relación con las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. Las SSAP de Valencia, de 15 abril 2019 (núm. 187, 2019) y A Coruña de 30 junio 2016 (núm. 137, 2016), mantienen que «no pueden entenderse cometidas dos estafas, como parece postular el escrito de acusación, una a la Seguridad Social como pagadora del saldo resultante de la prestación y otra a la mutua como entidad a cuyo cargo ha corrido el coste económico de tales prestaciones, sino que estamos ante una única estafa, un fraude de prestaciones, del que ha de estimarse perjudicada a la mutua, partiendo de que –como se ha reiterado– el sistema implica que a su vez la mutua (respon-

sable de las prestaciones y que no se discute que ha hecho frente a las mismas) y la Seguridad Social liquiden las cuantías que entre sí resulten de esta mecánica de pago delegado».

III. CONSUMACIÓN DEL DELITO

Ha existido cierto debate entre la doctrina penalista sobre la fecha en que debía entenderse consumado el delito. Si bien inicialmente se consideraba producido cuando se produce la resolución administrativa que reconoce la prestación correspondiente³⁰, la Sala Segunda del TS tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en sentencia de 18 de mayo de 2020 (núm. 150, 2020) para señalar que «la consumación solo se produce cuando se realizan todos los elementos del tipo, incluidas las condiciones especiales del autor y el resultado (...) Por ello la producción de un resultado es requisito necesario para la consumación. En el caso de autos (...), la concesión y entrega efectiva de las distintas prestaciones a los supuestos trabajadores (...) tuvo lugar en el año 2013, siendo este por tanto el momento en que se produjo la consumación del delito al ser el momento en que logró el cobro de las prestaciones indebidas»³¹, lo que convierte esta actuación en un delito de resultado.

Tratándose de un delito de resultado, la sola obtención de una resolución favorable que reconozca el derecho a la prestación, sin que se produzca su percepción o prolongación indebida, supondrá que el delito se tenga por realizado solo en grado de tentativa. Aunque ello sin perjuicio del delito de falsedad documental en que pudiera incurrir quien falsee documentos determinantes para el reconocimiento de prestaciones.

En este sentido la AP de Madrid de 31 mayo 2022 (núm. 293/2022) destaca, sintetizando la doctrina del Tribunal Supremo, que «la dinámica delictiva supone el recorrido de un camino perseverante y continuo en aras del acceso a la meta propuesta —«*iter criminis*»— en el que cada acto se concatena con los precedentes y subsiguientes, en lógica imbricación causal, para, sin interrupción material ni voluntad neutralizadora o de desistimiento, alcanzar el resultado lesivo del bien jurídico, cual proyectó el agente al definir su pla-

³⁰ Véanse las Conclusiones del Grupo de Trabajo de Derecho Penal de 28 mayo 2013, de la Dirección del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social.

³¹ Véase un interesante comentario a esta sentencia en SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, «El fraude a la Seguridad Social como delito de resultado. STS-PEN núm. 150/2020, de 18 de mayo», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 5, 2020. En el mismo sentido STS de 26 junio 2020 (núm. 355/2020).

nificada actuación delictuosa, dando así cumplida efectividad a los actos integrantes del tipo. Ello supone la denominada forma perfecta de ejecución, frente a las formas imperfectas que con la denominación de tentativa y frustración eran recogidas en el artículo 3.º del Código Penal de 1973, y actualmente con la de tentativa en los artículos 15 y 16 del vigente Código de 1995. (...) La consumación es pues la plena realización del tipo en todos sus elementos. Éste hecho suele coincidir en los delitos de resultado con la producción del resultado lesivo».

Por otro lado, no puede obviarse que el momento en que se entiende consumado el delito presenta una especial importancia por cuanto conecta con la prescripción del delito y, por tanto, con la posibilidad de sancionar al sujeto activo del delito.

En relación con la consumación del delito, y en los casos en que se han alternado períodos de actividad real con actividades ficticias, resulta relevante la cuestión de las cantidades que deben considerarse defraudadas, si la cantidad total de prestaciones de seguridad social percibidas o solo las que correspondan con los períodos reales de alta y cotización de los trabajadores. En sentencia del Tribunal Supremo de 18 mayo 2020 (núm. 150/2020), se considera que tratándose de un tipo penal que «consiste en propiciar relaciones laborales ficticias con la finalidad de permitir el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social a las que no se hubiera tenido derecho sin esa simulación, es indiferente la existencia de empleadores anteriores o de cual fuere el periodo de cotización base de la prestación, pues fue la conducta llevada a cabo por el acusado, simulando la existencia de una relación laboral de los trabajadores con (la empresa), lo que determinó el devengo de las prestaciones que de otra forma no se hubiera producido».

IV. LAS PENAS

Junto con los delitos o incumplimientos en vía administrativa se tipifican las correspondientes sanciones. Son objeto de análisis en este apartado tanto las penas en el ámbito penal, como las sanciones administrativas y la obligación de reintegro de las prestaciones percibidas de forma indebida.

En relación con las sanciones penales, conforme al artículo 307 ter.5 CP el juez o tribunal recabará el auxilio de la Administración de la Seguridad Social para ejecutar la pena de multa y de la responsabilidad civil. Tales penas serán exigidas desde el ámbito de la Seguridad Social por el procedimiento administrativo de apremio.

1. Tipo punitivo en vía penal

A) TIPO BÁSICO

Con carácter general, el delito de fraude de prestaciones en la Seguridad Social se sanciona con pena de seis meses a tres años de prisión (art. 307.1 ter). Además de la pena de prisión, el artículo 307.1 ter prevé una pena adicional consistente en la imposición al responsable del delito de la pérdida de la posibilidad de «obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años».

Nótese que, a diferencia del resto de delitos tipificados en el Título XIV del Libro II CP, en el artículo 307 ter LGSS no se prevé cuantía alguna a partir de la que se considere que existe delito. Como se dijo con anterioridad, la obtención fraudulenta o el mantenimiento irregular de cualquier prestación de Seguridad Social, con independencia de su cuantía, determina la aplicación de las penas recogidas en este precepto.

B) SUBTIPO ATENUADO

Prevé el apartado 2.º del artículo 307.1 ter CP que «cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo».

También en este caso, al igual que respecto del tipo básico, «además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años».

Nótese que el apartado 2.º del artículo 307.1 ter CP no fija importe alguno para que proceda la aplicación del subtipo atenuado. Al igual que en el tipo básico, no se contiene aquí tampoco referencia alguna al importe de las cantidades defraudadas en orden a la aplicación de uno u otro tipo.

Esta omisión obedece a que el artículo 307.1 ter CP no solo se refiere a la cantidad defraudada, sino que incluye dos elementos adicionales que habrán de ser valorados por el juez o tribunal para decidir si, en los términos expresados por el artículo referido, se trata de hechos que «no revistan especial gravedad». Los elementos adicionales que incluye el artículo 307.1 ter CP son «los medios empleados» y «las circunstancias personales del autor». Debe hacerse notar que el precepto incluye la conjunción copulativa «y» lo que da idea de que deben concurrir todos los elementos que enumera el artículo 307.1 ter CP para aplicar

el subtipo atenuado. Esto es, deben considerarse conjuntamente el importe defraudado, los medios empleados y las circunstancias personales del autor³².

A este respecto, como señala algún autor, la aplicación del tipo básico exige que «el hecho revista la gravedad suficiente como para excluir la calificación legal de no especial gravedad. En otro caso, es obligada la aplicación de la figura atenuada»³³.

Sin perjuicio de lo anterior, el importe defraudado adquiere una particular relevancia cuando haya de decidirse sobre la aplicación del tipo básico o del subtipo atenuado. El problema no resuelto en sede legislativa del importe defraudado que determinaría la aplicación de una pena más reducida, lo ha resuelto en TS en sede judicial.

Frente a diferentes pronunciamientos de Audiencias Provinciales, que fijaban cuantías distintas, la STS de 26 de junio de 2020 (núm. 355/2020), argumenta que dada la relevancia particular de la cantidad defraudada, es aconsejable «perfilar en la medida de lo posible un límite cuantitativo que otorgue seguridad jurídica en su aplicación». Límite que se fija en un máximo de 10.000 euros. Aunque como recuerda la sentencia, el importe defraudado solo es «uno de los utilizados en el artículo 307 ter.1, párrafo 2.º, CP, para la constitución del tipo atenuado; de forma que si ni por los medios empleados ni por las circunstancias personales del autor el hecho revistiera mayor gravedad, una defraudación inferior a los 10.000 euros abriría la aplicación al tipo atenuado». No obstante, recuérdese que el solo hecho de que el importe defraudado no alcance los 10.000 euros no supone que pueda aplicarse este tipo atenuado. Incluso aunque concurren los tres elementos, corresponde al órgano juzgador decidir acerca del tipo que procede aplicar, el básico o el atenuado.

En esta línea, y como se ha indicado, junto con un importe defraudado inferior a la cuantía antes mencionada, deben concurrir los otros dos elementos previstos en el artículo 307.1 ter CP para aplicar el tipo atenuado. Así, los medios empleados por el responsable del fraude en prestaciones –obtención indebida o mantenimiento irregular de aquellas–, juegan un papel decisivo para que los jueces y tribunales decidan sobre la posible aplicación del tipo atenuado, siendo preciso atender a las circunstancias concurrentes en el caso de que se trate. La STS (Sala Segunda) de 26 junio 2020 (núm. 355/2020) recuerda que «aunque la cantidad no llegue a 10.000 euros, la constitución fraudulenta de empresas y sociedades, en las que sin actividad real se simulen

³² STS (Sala Segunda) de 26 junio 2020 (núm. 355/2020).

³³ ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael, «El delito de fraude de prestaciones», *Diario La Ley*, núm. 10436, Sección Doctrina, 30 de enero de 2024.

y aparenten relaciones laborales inexistentes para obtener prestaciones sociales fraudulentas; el otorgamiento de escrituras instrumentales mendaces; y también aquellos en los que se hayan materializado acuerdos con trabajadores para, a cambio de dinero, generar a su favor periodos ficticios de cotización a la Seguridad Social». Ciertamente se trata de conductas que revisten una especial gravedad y que impedirían la aplicación del tipo atenuado por mucho que el importe defraudado no llegue a los 10.000 euros. La constitución fraudulenta de empresas con el ánimo de lesionar los intereses de la Seguridad Social o la falsedad documental, impiden la aplicación del tipo atenuado³⁴.

Respecto de «las circunstancias personales del autor», la citada STS de 26 junio 2020 (núm. 355/2020) indica que son circunstancias personales del delincuente, «las situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social», incluyendo asimismo «la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares».

Como se dijo respecto de los medios empleados, tampoco la sola consideración de las circunstancias personales del responsable resulta suficiente para aplicar el tipo atenuado. De forma que, aun tratándose de un fraude de importe inferior a 10.000 euros, y en el que los medios empleados permitirían la imposición de una pena reducida, si no concurre alguna de las circunstancias personales indicadas no puede acudir al tipo reducido, debiendo aplicarse la pena prevista en el tipo básico.

En relación con este aspecto, y respecto a los criterios de fijación de pena, la SAP de Barcelona de 7 febrero 2016 0 2018 (núm. 943, 2016), tiene en cuenta diversos criterios para graduar la pena:

— La cantidad indebidamente percibida en concepto de prestación de la Seguridad Social.

³⁴ Véase con amplitud CEINOS SUÁREZ, Ángeles, «Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 253, 2022, BIB 2022\1775, con un extenso comentario de la STS de 26 junio 2020 (núm. 2552, 2019). Destaca la sentencia que no cabía aplicar el tipo atenuado por cuanto atendiendo a las condiciones personales de los implicados se producía un plus de gravedad, ya que uno de ellos era el encargado de la gestión de la empresa que se había creado con el ánimo de tramitar altas fraudulentas y había urdido un plan para defraudar a la Seguridad Social y el otro implicado -que tenía la condición de trabajador-, había participado en el plan y no se encontraba en situación de especial vulnerabilidad. En fin, a juicio del TS todos habían participado en el diseño de un plan que tenía como objeto defraudar a la Seguridad Social, por lo que no podía aplicarse el tipo atenuado.

— La crisis que afecta al sistema de la Seguridad Social, lo que comporta un mayor plus de conducta reprochable.

— La pena que se ha impuesto, que se aproxima más al mínimo legal que al máximo permitido.

En similares términos, la SAP Córdoba de 11 Junio 2018 (núm. 243, 2018), refiere a la necesidad de justificar la pena impuesta dado el ámbito de discrecionalidad que permite el Código Penal. Considera a esos efectos que las condiciones del acusado, junto con la naturaleza del hecho, en el que pudiera apreciarse un fallo de los mecanismos de control de la Administración de Seguridad Social, permitiría aplicar una pena reducida.

Por su parte la STS (Sala de lo Penal) de 7 febrero 2024 (núm. 119/2024) considera que «la ponderación de todos esos elementos y no solamente el importe defraudado, deviene inviable la aplicación de este tipo atenuado, dados los medios empleados: creación de empresa ficticia y alta y baja laboral, en concatenada actividad falsaria; y en cuanto a sus condiciones personales, como ya le indicó la sentencia de apelación, resultaba ser el principal organizador de esta complicada trama de fraude, que incluía la comisión de varios delitos (principalmente, por su cuantía, los de estafa y fraude), contando además, con múltiples episodios defraudatorios anteriores)».

C) SUBTIPO AGRAVADO

El artículo 307 ter.2 CP regula el subtipo agravado que debe aplicarse cuando concurra alguna de las dos circunstancias siguientes:

— Que el valor de las prestaciones obtenidas mediante fraude supere cincuenta mil euros.

— Que hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias a que se refieren las letras b) o c) del artículo 307 bis, apartado 1.

Nada que señalar respecto de la referencia al importe defraudado, más allá de que, frente a la omisión contenida en otros apartados del artículo 307 ter CP, se introduce ahora un criterio numérico que va a permitir, de forma objetiva, determinar cuándo debe acudir al tipo agravado. Así, en todos los casos en que el importe defraudado por el responsable supere la cantidad de cincuenta mil euros habrá de aplicarse la sanción prevista en el apartado 2 del artículo 307 ter. Y ello, con independencia de las circunstancias adicionales que pudieran concurrir; esto es, el mero hecho de alcanzarse ese importe eli-

mina cualquier posibilidad de aplicar el tipo reducido que regula el segundo párrafo del artículo 307 ter.1 CP.

Sí merece una mayor atención, en cambio, la circunstancia agravante regulada en el artículo 307 bis.1, apartados b) y c).

El apartado b) tipifica el fraude en prestaciones de Seguridad Social cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal. Sin consideraciones o requisitos adicionales, cuando el fraude a la Seguridad Social por el cobro fraudulento o el mantenimiento indebido de prestaciones de Seguridad Social se hubiera producido en el seno de una organización o de un grupo criminal, de forma automática y sin mayores consideraciones procederá la aplicación del tipo agravado.

Por su parte, el punto c) del artículo 307 bis.1 CP requiere de la concurrencia de dos elementos para la aplicación del tipo agravado. Por un lado que se haga «utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación». Y que esa utilización «oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito».

Nótese que a diferencia del agravante previsto en el punto b) del artículo 307 bis.1, el punto c) requiere no solo la utilización de persona interpuesta para la comisión del delito contra la Seguridad Social, sino que con esa interposición se hayan ocultado o dificultado, entre otros aspectos, la identificación del responsable del delito o la cuantificación de lo defraudado.

La sanción consiste tanto en la imposición de pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo, como en la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de cuatro a ocho años.

2. El acceso indebido o el mantenimiento irregular de prestaciones como infracción administrativa: la concurrencia de responsabilidades

Tanto el acceso fraudulento a las prestaciones de Seguridad Social, como su mantenimiento indebido son infracciones administrativas tipificadas como tales en el 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 (LISOS). Son varios los preceptos de la LISOS que identifican las infracciones en sede administrativa y prevén las sanciones correspondientes.

En cuanto a las infracciones de los empresarios, el artículo 22.14 LISOS califica de infracción grave «dar ocupación habiendo comunicado el alta en la Seguridad Social, a trabajadores, solicitantes o beneficiarios de pensiones u otras prestaciones periódicas de Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena». Y como infracciones muy graves [art. 23.1.a) y c)] «dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad» y «efectuar declaraciones, o facilitar, comunicar o consignar datos falsos o inexactos que den lugar a que las personas trabajadoras obtengan o disfruten indebidamente prestaciones, así como la connivencia con sus trabajadores/as o con las demás personas beneficiarias para la obtención de prestaciones indebidas o superiores a las que procedan en cada caso, o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que a cualquiera de ellos corresponda en materia de prestaciones».

Respecto de los trabajadores, es infracción grave, «efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida (...)» (art. 25.1 LISOS) y «no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación, siempre que la conducta no esté tipificada como infracción leve en el artículo 24.4.b) de esta ley» (25.3 LISOS). Como infracciones muy graves *ex* art. 26.1, 2 y 3 LISOS «actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute mediante la aportación de datos o documentos falsos; la simulación de la relación laboral; y la omisión de declaraciones legalmente obligatorias u otros incumplimientos que puedan ocasionar percepciones fraudulentas»; «compatibilizar la solicitud o el percibo de prestaciones o subsidio por desempleo, así como la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente» y «la connivencia con el empresario para la obtención indebida de cualesquiera prestaciones de la Seguridad Social».

En concordancia con la intención del legislador de tratar estas infracciones de forma rigurosa, la gravedad de la infracción puede suponer que se extin-

ga la prestación que se percibía de forma indebida. La STS de 14 septiembre 2021 (núm. 883/2021) así lo reconoce³⁵ y recoge la doctrina constitucional que lo avala al considerar que no se infringe el principio de proporcionalidad³⁶.

Precisamente respecto de la infracción consistente en «compatibilizar la solicitud o el percibo de prestaciones o subsidio por desempleo, así como la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos con el trabajo por cuenta propia o ajena», insiste la STSJ Canarias de 21 septiembre 2018 (núm. 890, 2018), en que es suficiente para considerar que se ha cometido la infracción que se compatibilice la mera solicitud de la prestación con el trabajo por cuenta ajena, sin necesidad de su percepción. El posible desistimiento de la solicitud de reanudación de la prestación posterior al acta de infracción no exime al infractor de responsabilidad.

En sede administrativa las infracciones se sancionan con multas para la empresa (art. 40 LISOS) y con la pérdida de la prestación por el beneficiario durante un tiempo variable en función de si es infracción grave o muy grave (art. 47 LISOS).

De cualquier forma, debe tenerse en cuenta la prohibición de sancionar en sede administrativa los hechos que ya hubieran sido sancionados en vía penal cuando haya identidad de sujeto, de hecho y de fundamento (art. 3.1 LISOS).

Adicionalmente se prevé que en el caso de que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración debe abstenerse de continuar con el procedimiento sancionador en tanto no se dicte sentencias firme o resolución que ponga fin al procedimiento penal o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o de continuar las actuaciones (art. 3.2 LISOS).

No obstante, ello se entiende sin perjuicio de que se trate de expedientes sancionadores que no tuvieran conexión directa con aquellos que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal (art. 3.4 LISOS). A este respecto, la Consulta de 27 de noviembre de 2011 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, destaca que si existen indicios suficientes de que tras las empresas condenadas por despidos improcedentes con reconocimiento de relación laboral, se encuentran entramados de empresas sin actividad real y creadas para acceder «sus presuntos trabajadores» a prestaciones, autorizaciones o indemnizaciones a las que no tendrían derecho, en la contestación al denunciante se indicará que

³⁵ Doctrina reiterada por SSTS de 28 septiembre 2016 (rec. 3002/2014), de 9 marzo 2017 (rec. 3503/2015), de 6 febrero 2018 (rec. 3104/2015) y de 16 julio 2020 (rec. 740/2018).

³⁶ Autos TC 187/2016 y 43/20179.

iniciadas actuaciones inspectoras de comprobación, sobre la premisa de que esas conductas pudieran ser constitutivas de delito, habrán de ponerse tales hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal. Si ello no es así, podrá interponerse una solicitud de afiliación de oficio ante la TGSS, que originaría un procedimiento de afiliación, en que se recabaría información de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y con su resolución, se acudiría a la Jurisdicción Contencioso Administrativa; efecto de cosa juzgada de la sentencia del orden social.

En el caso de que no estimara la existencia de ilícito penal o si se hubiera dictado resolución que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará con el expediente sancionador con los hechos que los Tribunales hayan considerado probados (art. 3.3 LISOS).

3. Reintegro de las cantidades indebidamente percibidas

Sin perjuicio de la obligación de detener los procedimientos administrativos que se incoen con motivo de infracciones tipificadas en la LISOS, y vinculadas al acceso o al mantenimiento de la prestación en tanto no se resuelva lo pertinente en sede penal, el artículo 307.ter 4 CP reconoce la potestad de la Administración competente -la de Seguridad Social en este caso-, de exigir el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas.

Con independencia de que se estuviera sustanciando un procedimiento penal por los delitos tipificados en el artículo 307 ter 1 y 2 CP, la Administración de la Seguridad Social podrá reclamar a quien hubiera percibido indebidamente una prestación. En este caso, conforme al artículo 307 ter.4 CP, el importe objeto de reintegro se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal.

También prevé el artículo 307 ter.4 CP que no se producirá la paralización de la acción de cobro de la Administración de la Seguridad Social por el hecho de que se esté sustanciando un procedimiento penal. En este caso, podrán iniciarse las actuaciones tendentes al cobro de las cantidades indebidadas, salvo que el Juez acuerde la suspensión de las actuaciones tendentes al cobro previa prestación de garantía por el responsable de su abono. Incluso aun cuando el responsable no pudiese prestar garantía el juez podrá, excepcionalmente, acordar que se suspenda aquel, acordar que se suspenda aquel si apreciarse que la ejecución pudiera ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

V. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Son dos los aspectos vinculados a la responsabilidad criminal del sujeto activo del delito.

Por un lado, la posibilidad de que se reduzca la pena como consecuencia de su arrepentimiento en la comisión del delito o de su colaboración con la justicia para esclarecer los hechos.

Por otro lado, la posibilidad de eximir de responsabilidad penal a quien reintegre «motu proprio» la cantidad defraudada más un porcentaje adicional, antes de tener conocimiento del inicio de actuaciones en vía penal.

1. Imposición de pena reducida

Prevé el artículo 307.5 CP, al que remite el artículo 307 ter. 6 CP, que jueces y tribunales podrán optar por la imposición tanto al obligado frente a la Seguridad Social, como al autor del delito una pena inferior en uno o dos grados, siempre que «antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, satisfaga la deuda con la Seguridad Social y reconozca judicialmente los hechos».

La reducción de la pena se prevé igualmente para otros partícipes en el delito –distintos del deudor con la Seguridad Social o del sujeto activo del delito–, «cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o de otros responsables del delito».

Mientras que en relación con el deudor de la prestación indebidamente percibida, como con el sujeto activo del delito solo se prevé la devolución del importe percibido de forma indebida y el reconocimiento de la comisión del delito en sede judicial, el resto de los participantes en el delito solo se beneficiarán de la reducción de la pena cuando tengan una participación activa en el esclarecimiento de los hechos acaecidos.

Esta participación se concreta, conforme al artículo 307.5 CP, en su colaboración activa para obtener pruebas decisivas para identificar o capturar a otros responsables; para esclarecer el delito o para averiguar el patrimonio del deudor o de otros responsables.

2. Exención de responsabilidad criminal

El artículo 307 ter.3 CP prevé la exención de responsabilidad criminal frente al delito de fraude respecto de las prestaciones de Seguridad Social de

quienes procedan al reintegro de la «cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió».

El reintegro de esas cantidades debe haberse producido antes de que el responsable del delito hubiera tenido conocimiento del inicio de las actuaciones penales tendentes a la determinación de responsabilidad penal. En particular, el artículo 307 ter.3 CP exige que el reintegro se haya producido con anterioridad al inicio de las siguientes actuaciones:

- Notificación de la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas. Si tales actuaciones no se hubieran producido,
- interposición de querrela o denuncia contra el responsable por el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, o
- realización de actuaciones por el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción que permitieran al responsable tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

La exención de responsabilidad penal se extiende asimismo a las posibles falsedades instrumentales que, solo vinculadas a las prestaciones defraudadas objeto de reintegro, pudiera haber cometido el responsable del delito con carácter previo a la regularización de su situación.

VI. RESPONSABILIDAD CIVIL

Frente a la responsabilidad penal, la civil pretende la reparación del daño causado, de forma que se reestablezca la situación existente antes de la comisión del delito (arts. 109 y 110 CP)³⁷. En particular, el artículo 110 CP regula la responsabilidad civil derivada del delito, que incluye la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales, sin que ello suponga que si el sujeto incurre en la responsabilidad civil derivada del delito haya un deber de restituir, otro de reparar y otro de indemnizar.

Al margen de la responsabilidad civil del autor del delito y de los beneficiarios de las prestaciones de Seguridad Social indebidamente percibidas, que

³⁷ PAREDES RODRÍGUEZ, José Mario, «Alcance de la responsabilidad de las Entidades Bancarias por el cobro de pensiones de fallecidos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.211, 2018, BIB 2018/11248.

no plantean mayores problemas que los que derivan de su cuantificación o de la identificación de los sujetos responsables, sí son interesantes los pronunciamientos judiciales relativos a la concurrencia de responsabilidad civil subsidiaria de la entidad financiera en los supuestos de percepción fraudulenta de la pensión de un familiar que ya fallecido y cuyo fallecimiento no se ha comunicado a la Administración de la Seguridad Social. Las normas de Seguridad Social obligan a las Entidades Bancarias a realizar un control anual de vivencia de los pensionistas titulares de una cuenta bancaria en la que se abona mensualmente su pensión. Así, el artículo 17.5 de la Orden de 22 de febrero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de Gestión Financiera de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto, establece que «las entidades financieras pagadoras comunicarán a la correspondiente Entidad Gestora, al menos una vez al año, la pervivencia de los titulares de aquellas pensiones y demás prestaciones periódicas que vengán satisfaciendo mediante abonos en cuenta».

La STS de 28 enero 2015 (núm. 42/2015), analiza un supuesto en el que tras el fallecimiento de una pensionista, primero su cónyuge y después su hijo continúan cobrando la pensión sin comunicar a la Administración de la Seguridad Social el fallecimiento de la beneficiaria. La sentencia recoge como hecho probado que el hijo disponía del dinero ingresado mensualmente para sus propios gastos, utilizando para ello el DNI del padre.

Lo relevante de esta sentencia es que se condena a la entidad bancaria como responsable civil subsidiaria. En palabras del TS «hubo engaño bastante y relevante por parte del recurrente, que fue el determinante del desplazamiento patrimonial, con independencia de que los controles por parte del INSS hubieran fallado, especialmente por el comportamiento negligente de la entidad bancaria a través de la que se efectuaron los pagos». Y es que no puede olvidarse que el artículo 16.2 del Reglamento General de Gestión Financiera de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 696/2018, de 29 de junio, que establece, «con carácter general, los pagos de obligaciones, incluidos los de las pensiones y otras prestaciones económicas de la Seguridad Social, se realizarán por medio de transferencias con cargo a los saldos disponibles en las cuentas de la Tesorería General de la Seguridad Social en cada entidad financiera colaboradora y con abono en la entidad y cuenta elegida por el percceptor», y, en especial, en el artículo 17.5 de la Orden de 22 de febrero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de la Gestión Financiera de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto, que prevé que «las entidades financieras pagadoras comunicarán a la correspondiente entidad gestora, al menos una vez al año, la pervivencia de los

titulares de aquellas pensiones y demás prestaciones periódicas que vengan satisfaciendo mediante abonos en cuenta. A estos efectos, la entidad pagadora podrá solicitar de la respectiva Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social que ésta requiera a la totalidad o parte de los titulares a quienes se hagan abonos en cuenta que acrediten dicha pervivencia».

A juicio del tribunal es la negligencia de la entidad financiera en el cumplimiento de las obligaciones de control que le imponen las normas de Seguridad Social lo que determina su condena como responsable civil subsidiaria³⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, y sin perjuicio de la responsabilidad de reintegrar lo indebidamente percibido, la sentencia de la AP de Asturias de 29 marzo 2023 (núm. 115/2023), absolvió a la actora al considerar que ni la entidad gestora (INSS), ni la entidad financiera (BBVA) se habían ocupado de comprobar que la beneficiaria de la pensión seguía viva, cuando en realidad falleció hacía más de 30 años. Destaca la sentencia que indolentemente, se siguió abonando la prestación pues el deber de la acusada de comunicar la variación de los datos no es el único mecanismo que podría poner solución de continuidad al pago de la pensión. Al contrario, resalta que dentro de las funciones del INSS el artículo 1 del Real Decreto 2583/1996 de 13 de diciembre de estructura orgánica y funciones del INSS, le atribuye el control del derecho a las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social en sus modalidades contributivas, y la Orden de 22 de febrero de 1996 establece en su artículo 17.5 que las entidades financieras pagadoras comunicarán a la correspondiente entidad gestora, al menos una vez al año, la pervivencia de los titulares de aquellas pensiones y demás prestaciones periódicas que vengan satisfaciendo mediante abono en cuenta. Pese a tales funciones de verificación ni el INSS ni el BBVA hicieron absolutamente nada para controlar la disposición de los fondos públicos.

Por otro lado, y como refiere la STS de 30 octubre 2019 (núm. 524/2019) «el hecho de que haya prescrito la acción de la Administración Pública para reclamar la deuda a los infractores no implica la extinción de la responsabilidad civil en que ha incurrido el recurrente como consecuencia del delito por el que ha sido condenado. En este último caso su responsabilidad civil deriva directamente de la comisión de un delito de falsedad, que no se encuentra prescrito, como consecuencia del cual se ha derivado un perjuicio que, como he-

³⁸ Con el mismo planteamiento la Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife, de 22 mayo 2017 (PROV 2017, 286988) condenó al Banco Popular de forma subsidiaria al abono de una indemnización de 84.610,09 euros.

mos señalado, origina una obligación de reparar»³⁹. Y ello, sobre la premisa de la independencia de los plazos previstos en el artículo 131 CP y los plazos de la Administración para perseguir la infracción administrativa.

VII. RESPONSABILIDAD EN LAS PERSONAS JURÍDICAS

Dispone el artículo 310 bis CP que a las personas jurídicas responsables por el delito de fraude de prestaciones de Seguridad Social, se les impondrá una pena adicional en forma de multa, cuya cuantía oscila en función de la pena impuesta a la persona física autora de los hechos, según la siguiente escala:

— Multa del tanto al doble de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.

— Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

— Multa de seis meses a un año en caso de que exista obligación legal de llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales (art. 310 bis en relación con el artículo 310 CP).

Recuérdese, además, que se impone asimismo a la persona jurídica responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social durante un período de cuatro a ocho años.

Por otro lado, el órgano judicial competente podrá imponer asimismo las penas de disolución de la persona jurídica, suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años, clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años, prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores (art. 310 bis CP en relación con artículo 33.7 CP).

Sin perjuicio de lo anterior, el problema se plantea respecto de las personas jurídicas creadas *ad hoc* para la comisión del fraude. La circular 1/2016 de

³⁹ SSTS de 6 noviembre 2000, de 10 octubre 2001, de 30 octubre 2001, de 15 julio 2002, de 5 diciembre 2002 y de 30 abril 2003.

la Fiscalía General del Estado se pronuncia sobre la responsabilidad penal de estas personas jurídicas para determinar su inimputabilidad ya que se trata de sociedades meramente instrumentales o «pantalla». Indica la Circular que tendrán tal consideración las sociedades cuyo «carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos»⁴⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- BARCELÓ MOYANO, Marta, «El delito de fraude de prestaciones de la seguridad social: aplicación práctica y cuestiones problemáticas». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 50, 2018.
- BUSTOS RUBIO, Miguel, «Luces y sombras del nuevo delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (artículo 307 ter del Código Penal). Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 184/2013, de 8 de marzo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 380, 2014
- «La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal», *Revista Penal*, núm. 35, 2015.
- CEINOS SUÁREZ, Ángeles, «Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 253, 2022, BIB 2022/1775.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Raquel, *Los delitos contra la Seguridad Social en el Código penal de la democracia*. Ed. Ibidem. Madrid, 1996.
- «El nuevo delito de defraudación en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social en el proyecto de Ley Orgánica de 2012, por el que se modifica el Código Penal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 853, 2012.
- DÍAZ TORREJÓN, Pedro, «Cuestiones prácticas del delito de fraude de prestaciones del artículo 307 ter del Código Penal», en *Derecho penal 2021*, E. Ortega Burgos y R. Ochoa Marco (dirs.), Tirant lo Blanch, 2021.
- ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael, «El delito de fraude de prestaciones», *Diario La Ley*, núm. 10436, Sección Doctrina, 30 de enero de 2024.
- ESTEVE SEGARRA, Amparo, «La competencia de los órdenes jurisdiccionales en materia de la impugnación de las cuestiones relativas a la protección por desempleo», *Revista de Información Laboral*, núm. 8, 2016, BIB 2016/80200.
- FERNÁNDEZ ORRICO, Javier, «La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2014.

⁴⁰ Criterio asumido por la STS de 29 febrero (núm. 154, 2016).

■ LOS DELITOS LABORALES

- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2018.
- HERRANZ SAURÍ, Tomás «El nuevo delito del artículo 307 del código penal», Jornadas de Fiscales Especialistas en Delitos Económicos celebradas los días 20 y 21 de junio de 2013 en el Centro de Estudios Jurídicos.
- IJALBA PÉREZ, Javier, «El sujeto activo y el partícipe en los delitos contra la Seguridad Social», *Revista de Derecho UNED*, núm. 32, 2023.
- JAÉN VALLEJO, Manuel, «El fraude de prestaciones por desempleo constituye una conducta prevista en el artículo 308 CP, por razón del principio de especialidad. Nota sobre el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002 y de la Sentencia de la misma Sala de 1 de marzo de 2002», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RE-CPC 04-j01, 2002.
- LÓPEZ INSÚA, Belén del Mar, «El fraude en las prestaciones por desempleo», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 3, 2015.
- MORAL GARCÍA, Antonio, «Novedades legales y jurisprudenciales en los delitos contra la Seguridad Social». *Ponencia presentada a las XVI Jornadas de Trabajo y Seguridad Social celebradas los días 17 y 18 de marzo de 2016 organizadas por el Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales de Almería*.
- PAREDES RODRÍGUEZ, José Mario, «Alcance de la responsabilidad de las Entidades Bancarias por el cobro de pensiones de fallecidos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.211, 2018, BIB 2018\11248.
- SUÁREZ CORUJO, Borja, «El fraude en la Seguridad Social en tiempos de crisis», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 3, 2015.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, «Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (Art. 307 ter)», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, dir., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina, «Derecho penal del amigo. (Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social)», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 32, 2013, BIB 2013/2592.

FRAUDE Y «MALVERSACIÓN» DE SUBVENCIONES LABORALES (CP ART. 308 Y 308 BIS)

CATALINA SMINTINICA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. Introducción: especial referencia a las distintas reformas normativas en el fraude de subvenciones. II. Los principales atributos configuradores del delito de fraude de subvenciones previsto por el artículo 308 del Código Penal. 1. Determinación del bien jurídico protegido. 2. El objeto del delito: los conceptos de subvención o ayuda. 3. Sujeto pasivo y sujeto responsable de la infracción penal. 4. Conducta típica. 5. Trascendencia de la autoría y consumación del delito. 6. La pena prevista para el delito de fraude de subvenciones. 7. El reintegro de la subvención o ayuda previsto por el artículo 308.6 CP exime de responsabilidad penal. 8. Responsabilidad civil derivada del delito de fraude de subvenciones. III. Las disposiciones comunes al título XIV previstas por el artículo 308 Bis código penal. IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LAS DISTINTAS REFORMAS NORMATIVAS EN EL FRAUDE DE SUBVENCIONES

La concepción de proteger penalmente los intereses de las personas trabajadoras se instauró en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la aprobación de la Constitución Española en 1978 que rompió con la anterior concepción que venía entendiendo el Derecho penal como un instrumento de normalización del orden social y laboral totalitario. De este modo, y a partir de la Constitución, se confirió una forma contundente de tutela estatal a los derechos e intereses de los trabajadores constitucionales reconocidos, en aquellos

casos en los que no fuera suficiente garantía ni la autotutela colectiva ni la sanción administrativa¹.

El análisis del delito de fraude de subvenciones no puede faltar de la presente obra colectiva fundamentalmente porque estamos ante subvenciones que pueden ir enfocadas a cubrir objetivos públicos en materia de empleo coincidentes con los empresariales, siendo aconsejable detenerse en las especificidades que ofrecen los delitos de fraude de subvenciones cuando estás traen causa del ámbito de las relaciones laborales².

Los delitos de fraude de subvenciones fueron incorporados al ordenamiento jurídico español por medio de la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, de reforma del Código Penal en materia de delitos contra la Hacienda Pública³. Con posterioridad, numerosas han sido las modificaciones que han ido experimentando los artículos 306, 308 y el hoy desaparecido 309 del CP⁴. Entre las distintas reformas de signo más reciente mencionamos de forma muy breve la reforma de 2010 que elevó la cuantía para que la defraudación se pueda considerar delictiva en el artículo 308 CP a los ciento veinte mil euros, estableciendo una nueva forma para calcular dicha cuantía y aumentó las penas hasta los cinco años. La reforma de 2012 hizo desaparecer las faltas de los artículos 627 y 628 CP, creando un nuevo apartado al artículo 306 CP y reformó totalmente el artículo 308, momento en el que se prescindió del concepto «desgravación». La reforma de 2015 modificó el artículo 306.1 CP y creó el artículo 308 bis CP. Y, por último, destacamos la última reforma del artículo 308 CP realizada por medio del apartado once del Artículo Único de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional⁵, cuya finalidad consiste en adaptar nuestra legislación a la normativa europea⁶.

¹ BAYLOS GRAU, Antonio, y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Derecho penal del trabajo*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 27-28.

² *Ibidem*, p. 189.

³ Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, de reforma del Código Penal en materia de delitos contra la Hacienda Pública, BOE núm. 103, de 30 de abril de 1985.

⁴ El inicial recorrido normativo del delito de fraude de subvenciones, concretamente a partir de la incorporación de esta figura delictiva en 1985 hasta la reforma de 2003 que introduce modificaciones en este tipo delictivo, se puede consultar en GÓMEZ RIVERO, María del Carmen: *El fraude de subvenciones*, 2.ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 187-194.

⁵ Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional, BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019.

⁶ En concreto, mediante esta norma se transpone a nuestro ordenamiento jurídico tres Directivas: la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones

El fraude de subvenciones es un delito de gran importancia debido a que las subvenciones representan una parte significativa de la actividad financiera de las Administraciones Públicas para satisfacer las necesidades sociales o económicas que puedan surgir. Se trata de una figura delictiva cuya utilización ha aumentado en los últimos años debido a su gran importancia cuantitativa y su naturaleza de disposición gratuita. Su otorgamiento sin necesidad de contraprestación ha llevado a la aparición de diversas formas delictivas que buscan obtener beneficios de su aplicación.

El objeto del presente trabajo consiste en el análisis de los artículos 308 y 308 bis del Código Penal bajo una mirada punitivo-laboral porque el campo de aplicación de los preceptos legales en materia laboral es muy amplio, al existir una frecuente actividad pública de subvenciones y ayudas a las formas de contratación, temporales e indefinidas. En este sentido, aunque las subvenciones y ayudas a la contratación sean entrelazadas con deducciones y bonificaciones en la cotización, apuntamos desde este momento que a partir de la reforma de 2012 y en relación con las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, los comportamientos defraudatorios se tipificaron en un nuevo precepto legal, el artículo 307 ter del CP, en el cual no entraremos, siendo objeto de estudio en otro capítulo de la presente obra.

La materia laboral puede verse afectada de diversas maneras por el fraude de subvenciones. En primer lugar, las empresas que obtienen subvenciones de manera ilícita podrían verse tentadas reducir los costes laborales de forma fraudulenta bien mediante la no declaración de la totalidad de las personas trabajadoras o bien a través del abono de salarios por debajo de lo establecido legalmente. En segundo lugar, si una empresa decida desviar los fondos obtenidos mediante subvenciones hacia fines distintos a los previstos, como por ejemplo en vez de invertir en la formación y capacitación de las personas trabajadoras de la plantilla empresarial se desvían dichos fondos hacia otros propósitos diferentes, perjudicará directamente a las personas trabajadoras. En tercer lugar, el delito de fraude de subvenciones podrá impactar de forma muy

penales aplicables al abuso de mercado; la Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal. También cabe mencionar, en este sentido, el perfeccionamiento de la transposición de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación. A la regulación de los delitos de corrupción se añaden las direcciones del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO). *Vid.*, SÁNCHEZ ROBERT, María José: *Estudio de derecho comparado en el delito de fraudes de subvenciones, desgravaciones y ayudas. El delito de subvenciones en los ordenamientos español y alemán*, Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 96-97.

negativa en el empleo, ya que de igual forma que ayuda a la creación de empleo mediante incentivos a la contratación, bonificaciones o reducciones en materia de Seguridad Social, de igual modo el retiro o el reintegro de las subvenciones podrá llevar a la insolvencia o quiebra de las empresas fraudulentas, con la correlativa consecuencia de pérdida de puestos de trabajo. Los casos de fraude de subvenciones no sólo tienen consecuencias económicas, sino que impacta en las relaciones laborales al comprometer la confianza en el sistema de subvenciones y ayudas públicas. Cuando el fraude de subvenciones y ayudas no alcance la naturaleza de delito es importante destacar que se aplicara el sistema de sanciones e infracciones administrativas. Las medidas administrativas podrán incluir, entre otras consecuencias administrativas, multas, revocación de la subvención o ayuda, inhabilitación para recibir durante un determinado tiempo subvenciones o ayudas públicas. El incumplimiento de los requisitos establecidos para las subvenciones y ayudas puede tener repercusiones tanto en el ámbito penal como en el administrativo.

El fraude de subvenciones requiere ser abordado desde una perspectiva legal y ética para garantizar la correcta redistribución de los recursos públicos y proteger los intereses de la sociedad en su conjunto.

II. LOS PRINCIPALES ATRIBUTOS CONFIGURADORES DEL DELITO DE FRAUDE DE SUBVENCIONES PREVISTO POR EL ARTÍCULO 308 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 308 del CP regula el delito de fraude de subvenciones dentro de la rúbrica destinada a los «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social». Tras la reforma de 2019, la nueva redacción del artículo 308 CP queda de la siguiente manera:

«1. El que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas, incluida la Unión Europea, en una cantidad o por un valor superior a cien mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.

2. Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas, incluida la Unión Europea, los aplique en una cantidad superior a cien mil

euros a fines distintos de aquéllos para los que la subvención o ayuda fue concedida, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.

3. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.

4. Si la cuantía obtenida, defraudada o aplicada indebidamente no superase los cien mil euros, pero excediere de diez mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.

5. A los efectos de determinar la cuantía a que se refiere este artículo, se atenderá al total de lo obtenido, defraudado o indebidamente aplicado, con independencia de si procede de una o de varias Administraciones Públicas conjuntamente.

6. Se entenderá realizado el reintegro al que se refieren los apartados 1, 2 y 4 cuando por el perceptor de la subvención o ayuda se proceda a devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió, y se lleve a cabo antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación o control en relación con dichas subvenciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el juez de instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. El reintegro impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

7. La existencia de un procedimiento penal por alguno de los delitos de los apartados 1, 2 y 4 de este artículo, no impedirá que la Administración competente exija el reintegro por vía administrativa de las subvenciones o ayudas indebidamente aplicadas. El importe que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal.

El procedimiento penal tampoco paralizará la acción de cobro de la Administración, que podrá iniciar las actuaciones dirigidas al cobro salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución previa prestación de garantía. Si no se pudiere prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

8. Los jueces y tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como investigado, lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6 y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado al reintegro o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado o del responsable del delito.»

1. Determinación del bien jurídico protegido

Para la determinación del bien jurídico protegido en el delito de fraude de subvenciones debemos tener en cuenta, en primer lugar, lo previsto en el artículo 31 de la CE. En el apartado primero del artículo 31 CE se garantiza el sostenimiento de los gastos públicos mediante un sistema tributario justo. Simultáneamente, el apartado dos del artículo 31 CE establece un gasto público basado en una asignación equitativa de los recursos públicos. Es en este precepto constitucional en el que ha de ubicarse la tutela del patrimonio de las Administraciones públicas y la sanción de las conductas de fraude de subvenciones⁷.

El emplazamiento de esta figura delictiva en el Título cuyo epígrafe se denomina delitos «contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social» lo distingue del ámbito de las estafas y lo sitúa en el de la tutela de la correcta ejecución de los ingresos y gastos públicos⁸. El propósito de las subvenciones y ayudas públicas es garantizar el cumplimiento de los objetivos que se han establecido, lo que, a su vez, ayuda a lograr los objetivos sociales y económicos que son

⁷ SÁNCHEZ ROBERT, María José: *Estudio de derecho comparado en el delito de fraudes de subvenciones, desgravaciones y ayudas. El delito de subvenciones en los ordenamientos español y alemán*, op. cit., p. 98.

⁸ *Ibidem*, p. 98.

característicos de un Estado democrático y social. En la doctrina científica también se ha planteado el interrogante de si el bien jurídico protegido mediante el artículo 308 CP es diverso del protegido a través del delito fiscal, llegándose a una conclusión negativa⁹.

En relación con el bien jurídico protegido en el delito de fraude de subvenciones existe una postura doctrinal que entiende que el bien jurídico directamente protegido es el patrimonio de las distintas Administraciones Públicas concebido desde una óptica funcional, incluyéndose en el mismo los fines de la subvención o ayuda indebidamente obtenida o disfrutada¹⁰. Otra postura doctrinal¹¹ entiende que el bien jurídico protegido por el tipo penal del fraude de subvenciones no es sólo de carácter patrimonial. Sin embargo, se contraargumenta¹² que la tutela de la subvención como instrumento de intervención estatal, la libertad de planificación del ente subvencionador, el interés de la Administración en el cumplimiento del plan o proyecto para el que se establece la subvención, y el propósito perseguido por el régimen subvencional concreto, violando o vulnerando los intereses materiales que sustentan la política de gasto público son sólo expresiones de un concepto de patrimonio funcionalmente entendido en el que el daño se encuentra en una disminución no deseada de un patrimonio previsto para una finalidad que sólo pertenece al titular decidir y que es consustancial en el ámbito del gasto. En esta tónica lo decisivo no es la merma patrimonial, interpretada desde una pura perspectiva económico-contable, sino la frustración de la expectativa del titular del patrimonio, fundamentada en la idea de libertad patrimonial, de destinar el mismo a un gasto o a otro. Podemos culminar que en el artículo 308 CP el bien jurídico protegido es la Hacienda Pública en su vertiente de gasto público, esto es, la asignación equitativa de los recursos públicos a través de las subvenciones y ayudas a

⁹ CALVO VÉRGEZ, Juan: «El delito de fraude de subvenciones a través de sus distintas reformas normativas.», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.1, 2020, BIB 2019/10893, p. 15.

¹⁰ Por todos, SÁNCHEZ ROBERT, María José: *Estudio de derecho comparado en el delito de fraudes de subvenciones, desgravaciones y ayudas. El delito de subvenciones en los ordenamientos español y alemán*, op. cit., p. 98 y DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en VV. AA., *Derecho penal y Económico de la Empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 579-580.

¹¹ CALVO VÉRGEZ, Juan: «El delito de fraude de subvenciones a través de sus distintas reformas normativas.», op.cit., p. 15. El autor entiende que: «bajo la citada figura delictiva se protege, con carácter general, a la Hacienda Pública y, dentro de ésta, al gasto público realizado en el presente caso a través de la propia actividad subvencional entendida como forma de actuación clásica de fomento destinada a la consecución de un fin social o económico de interés general».

¹² SÁNCHEZ ROBERT, María José: *Estudio de derecho comparado en el delito de fraudes de subvenciones, desgravaciones y ayudas. El delito de subvenciones en los ordenamientos español y alemán*, op. cit., pp. 98-99 y DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», op. cit., p. 580.

particulares y a personas jurídicas, para el fomento de actividades económicas determinadas.

2. El objeto del delito: los conceptos de subvención o ayuda

El artículo 308 CP utiliza en la actualidad los conceptos de subvención o ayuda de las Administraciones públicas. Originariamente, los conceptos que definían el objeto del delito eran los conceptos de subvención o desgravación pública, y a partir de 1995 hasta 2012, los de subvención, desgravación o ayuda. La incorporación del término «ayuda» en 1995 dentro de esta figura delictiva hizo innecesario el debate sobre cuando estábamos ante una subvención y cuando ante una desgravación y ese innecesario debate se acentúa en la actualidad¹³.

Conviene ahora establecer qué entendemos por subvención o ayuda. El Código Penal, en este sentido, carece de cualquier tipo de explicación lo que hace necesario que acudamos a aquello que establece la normativa administrativa en relación con estos conceptos y a la interpretación jurisprudencial.

El concepto de subvención aparece perfectamente definido en los artículos 2 y 3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones¹⁴. Se señala que tiene la consideración de subvención aquella disposición dineraria realizada por las Administraciones Públicas a favor de personas públicas o privadas en la que concurren los siguientes requisitos: a) que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios; b) que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, ya se trate de la ejecución de un proyecto, de la realización de una actividad, de la adopción de un comportamiento singular ya realizado o por desarrollar o de la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubiesen establecido; y c) que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o de interés social o la promoción de una finalidad pública. En los artículos 2.2¹⁵

¹³ SÁNCHEZ ROBERT, María José: *Estudio de derecho comparado en el delito de fraudes de subvenciones, desgravaciones y ayudas. El delito de subvenciones en los ordenamientos español y alemán*, op. cit., p. 99.

¹⁴ Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, BOE núm. 276, de 18/11/2003.

¹⁵ El tenor literal del artículo 2.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, es: «No están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta ley las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones públicas, para financiar globalmente la actividad de la Administración a la que vayan destinadas, y las que se realicen entre los distintos agentes de una Administración cuyos presupuestos se integren en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenezcan, tanto si se destinan a financiar globalmente

y 2.3¹⁶ de la norma legal, se explican qué aportaciones dinerarias quedan fuera del ámbito de la Ley 38/2002, de 17 de noviembre, y el artículo 2.4¹⁷ de la ley, especifica que los supuestos no tienen carácter de subvención. De manera que, lo que determinará el carácter de subvención de la atribución patrimonial será su afectación a una determinada finalidad. En esta tónica, la propia Exposición de Motivos de la Ley General de Subvenciones mencionaba: «Quedan fuera de dicho ámbito objetivo de aplicación las prestaciones del sistema de la Seguridad Social y prestaciones análogas, las cuales tienen un fundamento constitucional propio y una legislación específica, no homologable con la normativa reguladora de las subvenciones. Los beneficios fiscales y beneficios en la cotización de la Seguridad Social, así como el criterio oficial queda, igualmente, fuera del ámbito de aplicación de la Ley, al existir entrega de fondos públicos». En este punto, es importante entender que, aunque estas figuras no se pueden considerar subvenciones desde un punto de vista administrativo, desde la perspectiva punitiva habrá que valorar el eventual fraude que pueda llegar a producirse en relación con ellas y cuyo encaje legal se encontrará dentro del artículo 308 CP bajo los conceptos de «subvención» o «ayuda»¹⁸. En la práctica, se ha discutido sobradamente acerca del fraude relativo a las prestaciones por

su actividad como a la realización de actuaciones concretas a desarrollar en el marco de las funciones que tenga atribuidas, siempre que no resulten de una convocatoria pública».

¹⁶ Dispone el artículo 2.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre: «Tampoco estarán comprendidas en el ámbito de aplicación de esta ley las aportaciones dinerarias que, en concepto de cuotas, tanto ordinarias como extraordinarias, realicen las entidades que integran la Administración local a favor de las asociaciones a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local».

¹⁷ Establece el artículo 2.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre que carecen del carácter de subvenciones los siguientes supuestos: «a) Las prestaciones contributivas y no contributivas del Sistema de la Seguridad Social. b) Las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los españoles no residentes en España, en los términos establecidos en su normativa reguladora. c) También quedarán excluidas, en la medida en que resulten asimilables al régimen de prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social, las prestaciones asistenciales y los subsidios económicos a favor de españoles no residentes en España, así como las prestaciones a favor de los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana y de los minusválidos. d) Las prestaciones a favor de los afectados por el síndrome tóxico y las ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C reguladas en la Ley 14/2002, de 5 de junio. e) Las prestaciones derivadas del sistema de clases pasivas del Estado, pensiones de guerra y otras pensiones y prestaciones por razón de actos de terrorismo. f) Las prestaciones reconocidas por el Fondo de Garantía Salarial. g) Los beneficios fiscales y beneficios en la cotización a la Seguridad Social. h) El crédito oficial, salvo en los supuestos en que la Administración pública subvencione al prestatario la totalidad o parte de los intereses u otras contraprestaciones de la operación de crédito. i) Las ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales concedidas según lo establecido en el artículo 41 de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual y en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual».

¹⁸ CALVO VÉRGEZ, Juan: «El delito de fraude de subvenciones a través de sus distintas reformas normativas», *op. cit.*, p. 18.

desempleo¹⁹ llegando a la conclusión de que constituye conducta ilícita del artículo 308 CP, aunque a la vista de la aparición del artículo 307 ter del CP, la doctrina jurisprudencial habrá que ser corregida, ya que la cuestión a dilucidar es donde encuadrar a partir de 2012 la defraudación en relación con los subsidios de desempleo, en el fraude de subvenciones o en el nuevo fraude a la Seguridad Social. En esta línea es necesario subrayar que el artículo 308 CP exige la superación de una determinada cuantía para su consideración de ilícito penal mientras que el actual artículo 307 ter CP no cuenta con esta exigencia²⁰.

En relación con el concepto de ayuda no tenemos una definición legal²¹, aunque sí encontramos alusiones al mismo en la Disposición Adicional 5.ª de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre al referirse a las llamadas «ayudas en especie», identificadas como «las entregas a título gratuito de bienes y derechos»²². Desde un punto de vista jurisprudencial, el término «ayuda» se ha entendido con carácter tradicional como «todo tipo de ayuda otorgada con cargo a los presupuestos del Estado o de sus organismos autónomos»²³. Estamos ante un término jurídico indeterminado, que abarcaría cualquier ayuda gratuita y de contenido patrimonial, con independencia de su operatividad directa o indirecta (v.gr. créditos subvencionados) o de la finalidad que con ella se pretenda conseguir (fines económicos, sociales o culturales). En esta línea, el término «ayuda» permite abarcar cualquier tipo de prestación o auxilio económico de la Administración, sin contraprestación (v. gr., ayudas de solidaridad, premios, avales del tesoro), pero tras la reforma de 2012 se excluyen de este delito las «desgravaciones» que consistan en «beneficios fiscales» ya que pertenecen al ámbito del artículos 305 y 305 bis del CP y tampoco se incluyen las desgravaciones a la Seguridad Social que ahora se tipifican de forma autónoma en los artículos 307, 307 bis y 307 ter del CP²⁴.

¹⁹ Sobre el análisis jurisprudencial en relación con el fraude relativo a las prestaciones por desempleo *vid.*, de nuevo, CALVO VÉRGEZ, Juan: «El delito de fraude de subvenciones a través de sus distintas reformas normativas.», *op. cit.*, págs.18-22.

²⁰ SÁNCHEZ ROBERT, María José: *Estudio de derecho comparado en el delito de fraudes de subvenciones, desgravaciones y ayudas. El delito de subvenciones en los ordenamientos español y alemán*, *op. cit.*, p. 100.

²¹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», *op. cit.*, p. 581.

²² CALVO VÉRGEZ, Juan: «El delito de fraude de subvenciones a través de sus distintas reformas normativas.», *op. cit.*, p. 17.

²³ SÁNCHEZ ROBERT, María José: *Estudio de derecho comparado en el delito de fraudes de subvenciones, desgravaciones y ayudas. El delito de subvenciones en los ordenamientos español y alemán*, *op. cit.*, p. 101.

²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 25.ª Edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 y 4/2023, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1048.

3. Sujeto pasivo y sujeto responsable de la infracción penal

El sujeto pasivo del delito de fraude de subvenciones lo será la Administración pública perjudicada, no la colectividad, lo cual permite su personación en el proceso mediante la representación procesal correspondiente²⁵. Habrá que saber, en este sentido, que entendemos por «Administración Pública» y al respecto señalamos que el concepto de «Administración Pública» al que se refiere el artículo 308 del CP ha de ser interpretado desde una perspectiva material y no meramente formal²⁶.

Por regla general, el delito de fraude de subvenciones se presenta como una figura delictiva en la que únicamente pueden incurrir quienes obtengan subvenciones en los términos que establece el artículo 11 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre. El tipo delictivo, por tanto, sólo puede ser realizado por quien ha obtenido la subvención o ayuda o quien la aplica a fines distintos, sin perjuicio de que deba admitirse la participación de terceros que no aparecen como solicitantes de la subvención o que no hayan percibido cantidad alguna pero que hayan intervenido con la finalidad de proporcionar cobertura a la facturación de los concretos importes de la subvención. Por tanto, en la modalidad del artículo 308.2 CP nos encontramos ante un delito especial de «malversación» de subvenciones o ayudas, porque sólo quien ya las ha recibido puede ser sujeto del delito. En la modalidad del artículo 308.1 CP estamos ante un delito común²⁷ en el que cualquiera puede solicitar y obtener una subvención o ayuda a la que no tiene derecho, distinguiéndose varias modalidades típicas como la obtención fraudulenta de subvenciones o ayudas públicas, el incumplimiento de los fines de subvención y el tipo atenuado. En relación con la modalidad del artículo 308.1 CP en tanto que sanciona a «el que obtenga» la subvención o ayuda se ha planteado por la doctrina científica el interrogante si el legislador se refiere con ello a quien las solicita o a quien se beneficia de ellas, que bien podría ser una persona distinta. Es decir, no cabe duda de que sólo el que obtiene la subvención o la ayuda puede realizar la conducta de desviación de fondos, pero ¿es él también el sujeto de la conducta de obtención cuando no solicita la subvención? El artículo 11 de la Ley General de Subvenciones se refiere «al beneficiario» como destinatario de los fondos de la

²⁵ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», *op. cit.*, p. 580.

²⁶ *Vid.* CALVO VÉRGEZ, Juan: «El delito de fraude de subvenciones a través de sus distintas reformas normativas.», *op. cit.*, pp. 30-33.

²⁷ Una posición doctrinal considera que esta modalidad se configura como un delito especial y no como un delito común. En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 1048.

subvención y como persona que ha de realizar la actividad para la que se prevé la misma. En cambio, el art.23.3 de la misma norma legal, utiliza el término «solicitante» cuando explica el procedimiento de concesión, y no precisa que deba coincidir con el «beneficiario». La doctrina científica termina concluyendo que, teniendo en cuenta que no estamos ante un delito especial sino común, nada impide en considerar sujeto responsable de la infracción a quien solicita (coautor con el beneficiario, si es distinto, que interviene de modo decisivo en el fraude o autor único si éste no tiene conocimiento alguno del fraude) o a quien obtiene cuando es el único responsable de la concesión indebida²⁸.

El tipo subjetivo requiere el dolo, aun sea eventual, que debe ir referido a los hechos relevantes para la concesión de la subvención o a la aplicación de la subvención o ayuda a fines distintos a aquellos para los que fue concedida, sin que esté previsto el castigo de la modalidad imprudente.

4. Conducta típica

El artículo 308 CP se articula como tipo mixto alternativo con dos conductas típicas²⁹, aunque una posición doctrinal³⁰ las identifica como tres conductas susceptibles de estar tipificadas como conductas delictivas. La conducta tipificada como «fraude de subvenciones, entendemos que sólo se puede realizar mediante dos modalidades, con carácter cerrado: a través de la obtención de la subvención o ayuda falseando las condiciones requeridas para su concesión o a través de la obtención de una subvención o ayuda, ocultando las circunstancias que hubiesen impedido su concesión. Indudablemente, esta pretensión limitativa de las dos modalidades de conducta seguirá siendo muy criticada por parte de la doctrina porque quedan fuera de la actual descripción de la estructura típica del tipo delictivo otros supuestos de interés como por ejem-

²⁸ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», *op. cit.*, pp. 582-583.

²⁹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», *op. cit.*, p. 583. En la misma línea, SÁNCHEZ ROBERT, María José: *Estudio de derecho comparado en el delito de fraudes de subvenciones, desgravaciones y ayudas. El delito de subvenciones en los ordenamientos español y alemán*, *op. cit.*, p. 103.

³⁰ CALVO VÉRGEZ, Juan: «El delito de fraude de subvenciones a través de sus distintas reformas normativas.», *op. cit.*, pp. 24-25. El autor identifica tres tipos de conductas susceptibles de ser tipificadas como conductas delictivas del artículo 308 CP: una primera conducta sería aquella consistente en el falseamiento de las condiciones requeridas para la concesión de la subvención; una segunda conducta sería el ocultamiento de aquellas condiciones que hubiesen impedido la concesión de la subvención; una tercera conducta consistiría en el incumplimiento de las condiciones establecidas alterándose sustancialmente los fines en relación con los cuales dicha subvención hubiese sido concedida.

plo son la subvención obtenida mediante el ofrecimiento de comisiones o de otro tipo de beneficios lucrativos³¹.

En el artículo 308.1 CP se sanciona la primera modalidad típica que consiste en la obtención fraudulenta de subvenciones o ayudas de las Administraciones públicas, incluida la Unión Europea. El precepto legal dice «el que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas», por tanto, estamos ante un delito de resultado que se consuma con la obtención y no con la decisión formal de concesión, cuando ello no sea suficiente, aunque ello no implica que haya que esperar a la recepción de la cantidad obtenida. En aquellas situaciones en la que se requiera la aceptación, como exigencia de la concesión, éste será el momento de consumación del delito. Cuando esa no sea necesaria, en el momento en que se entiendan cumplimentados todos los trámites que den derecho a la obtención. Si no se exige trámite alguno se entiende que será con el acto administrativo de concesión.

Para acceder a la subvención o la ayuda de forma fraudulenta se puede hacer bien falseando las condiciones requeridas para su concesión o bien ocultando las que la hubiesen impedido. Este es el componente defraudatorio del comportamiento que ha de vincularse al perjuicio patrimonial de la Administración. La actividad de falsear (engañar, mentir) exige una alteración o simulación de las condiciones esenciales y relevantes para la obtención de la fraudulenta subvención y ello sólo se podrá realizar mediante una actividad comisiva. Este comportamiento requiere dolo y ha de incluir todos los elementos típicos y por tanto mostrar conocimiento de los términos de la subvención o ayuda que se incumplen, de la cuantía que se obtiene y de la finalidad que de antemano se conoce su imposibilidad de cumplir.

En el artículo 308.2 CP se recoge la segunda modalidad típica que consiste en el disfrute fraudulento o, en términos del Código, aplicando la subvención o ayuda a fines distintos de aquellos para los que fue concedida. Este segundo apartado del artículo 308 CP se ha venido identificando por algunos como «malversación de subvenciones», aunque el empleo de expresión ha sido criticado por una postura doctrinal al entender que se trata de una expresión demasiado genérica y por este motivo inexacta³². El precepto legal exige aplicar los fondos recibidos a fines distintos de aquellos para los que se concedieron. Por tanto, no es únicamente incumplir las condiciones requeridas en

³¹ SÁNCHEZ ROBERT, María José: *Estudio de derecho comparado en el delito de fraudes de subvenciones, desgravaciones y ayudas. El delito de subvenciones en los ordenamientos español y alemán*, op. cit., p. 106.

³² DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», op. cit., pp. 584-585.

cuanto a la forma de disfrutar la subvención o ayuda sino también destinarlas a un fin diferente. Antes se exigía una alteración «sustancial» de los fines, pero a partir de la reforma de 2012 este requisito ya no se exige siendo suficiente su aplicación a otros fines, sean estos próximos o lejanos. La conducta descrita consiste en incumplir las condiciones establecidas, es decir, frustrar la expectativa patrimonial de la Administración ya que los fondos se destinan a una actividad distinta de la establecida, por lo que se incumple el desarrollo de la actividad subvencionada.

En ambas modalidades, el hecho sólo constituye delito si el importe de la subvención o ayuda, o la cantidad que se aplica a fines distintos, supera los cien mil euros (100.000 €). En caso de que la cuantía no supere los cien mil euros, pero exceda de diez mil euros (10.000 €), tras la reforma de 2019 se aplicará un tipo privilegiado previsto por el artículo 308.4 CP³³. La cantidad establecida se refiere, según matización del artículo 308.5 CP incorporado en 2012, a todas las subvenciones y ayudas obtenidas en un año natural para el fomento de la misma actividad privada, aunque provengan de distintas entidades. Lo que no es posible es sumar prestaciones con finalidades diferentes. En caso de que la subvención sea imputable a varios años será necesario tener en cuenta ese dato.

En cuanto a la exención y atenuación por devolución de lo ilícitamente obtenido o disfrutado, en ambas modalidades del artículo 308 CP se repite la expresión «salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6», indicando con ello la falta de tipicidad en caso de regularización de la situación patrimonial ilícita. En el apartado 6 del artículo 308 CP se exige la devolución de las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió, en los plazos que señala y donde se atiende no sólo la intervención del Ministerio Fiscal y del Juez de Instrucción, sino también la del Abogado del Estado o del representante de la Administración autonómica o local que proceda.

³³ Hasta la reforma de 2019 y antes de que se mencionara expresamente en el artículo 308 CP el fraude de subvenciones a la Unión Europea, sólo era posible aplicar el artículo 306 CP. Este precepto contiene, además de la modalidad de elusión del pago de cantidades a ingresar, la de dar a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados y la de obtener indebidamente fondos falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que hubieran impedido, conductas que coinciden exactamente con las descritas en el artículo 308 1 y 2 del CP. En ambos artículos se imponen las mismas penas para los respectivos tipos básicos y privilegiados, pero las cuantías de las respectivas condiciones objetivas de penalidad son diferentes, lo cual resulta difícilmente explicable. Tras la reforma realizada por la Ley orgánica 9/2021, de 1 de julio, se ha añadido una cláusula según la cual el artículo 306 sólo es aplicable «fuera de los casos contemplados en el artículo 308». MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 1049.

Las consecuencias de la regularización se extienden a las falsedades instrumentales que hayan podido cometerse en relación con la deuda objeto de devolución, según el inciso final del artículo 308.6 CP. Igualmente se contempla una atenuación extraordinaria en el artículo 308.8 CP en caso de actuación anterior a los dos meses desde la citación judicial como investigado, siempre que haya reintegro y reconocimiento judicial de los hechos, extensible a los partícipes que colaboren en la obtención de pruebas, la captura de otros responsables, el esclarecimiento de los hechos o la averiguación del patrimonio del responsable del delito. Si tomamos en consideración que la consumación del delito no exige disfrute de la subvención, ni siquiera recepción de cantidad alguna, se puede dar la situación de que no haya nada que devolver porque a nada se ha accedido. En estos casos existe consenso, bien sea a través del artículo 308.1 y 5 CP o entendiendo que estamos aún en el ámbito de la posibilidad de desistimiento, en que será suficiente con que se rechace o no se acepte la recepción de fondos, aunque formalmente ya se hayan aceptado la subvención o ayuda. En cambio, la solución es distinta cuando se trata de la segunda modalidad ya que en esta deberá aceptarse la existencia de responsabilidad cuando, incumplándose los fines de la subvención, posteriormente se destina un dinero propio a su satisfacción. El dinero deberá destinarse a la devolución de lo ilícitamente disfrutado³⁴.

5. Trascendencia de la autoría y consumación del delito

La autoría y la participación en el delito de fraude de subvenciones se presenta como una figura delictiva en la que ya hemos visto que la modalidad de disfrute indebido de subvenciones o ayudas públicas del artículo 308.2 CP debe entenderse como un delito especial mientras que la modalidad de obtención de subvenciones o ayudas del artículo 308.1 CE hemos convenido en que trata de un delito común.

Dentro de las conductas relativas al periodo de la concesión de la subvención igualmente identificamos dos situaciones meridianamente diferenciadas: la conducta del funcionario público que concede la ayuda o la subvención y la conducta del funcionario público, cuya función consiste en comprobar la veracidad de las informaciones, antes de que se conceda o no la subvención por el

³⁴ SÁNCHEZ ROBERT, María José: *Estudio de derecho comparado en el delito de fraudes de subvenciones, desgravaciones y ayudas. El delito de subvenciones en los ordenamientos español y alemán*, op. cit., p. 110.

funcionario competente. En relación con las conductas relativas al periodo de control de dicha subvención: de una parte, tenemos la actuación de silenciar o falsear hechos que han de ser conocidos por el funcionario competente y que hubieran llevado a la revocación de la subvención, en caso de subvenciones renovables, a la no renovación y, por otra parte, la actuación del funcionario encargado de revocar la subvención que, percatado de que se dan las circunstancias para ello, omite hacerlo.

Las principales cuestiones conflictivas que se suscitan en relación con la autoría se podrían concretar en tres³⁵: la primera sería la responsabilidad en el supuesto de actuación realizada mediante representante; la segunda tendría que ver con la actuación fraudulenta de funcionarios públicos y la tercera sería la eventual consideración como partícipes del delito a quienes intervienen en la comisión de varios fraudes que, por sí solos, no alcanzan la cuantía mínima para su consideración como delictivos. En cuanto a la responsabilidad en el caso de actuación mediante representante entendemos que el representado responderá cuando sea consciente de la actividad del representante, actuando éste dentro de los límites de lo encomendado. En el caso de que el representante actuase sin conocimiento del representado sería de aplicación lo previsto por el artículo 1727.2 del Código Civil, en sede de mandato, según el cual «En lo que el mandatario se haya excedido, no quedará obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente».

En relación con la intervención de los funcionarios públicos en el presente delito, los órganos judiciales han optado por no considerar como partícipe a quien materialmente acepta como válidos unos documentos o incluso procede a cumplimentarlos, estimando que debe analizarse quien tiene la verdadera capacidad de impedir la realización de la conducta, así como la reiteración delictiva que, en su caso, pueda ser objeto de enjuiciamiento.

En cuanto a la participación, el problema que se plantea es relativo a la imputación a un sujeto de la condición de cómplice, inductor o cooperador necesario en aquellos casos en los que existen actuaciones que, desde una perspectiva objetiva, constituyen un fraude de subvenciones, aunque atendiendo a su baja cuantía aisladamente computada, no adquieren dicha consideración, interviniendo dicho partícipe en numerosas ocasiones con un fraude global superior al de la cuantía mínima. En este supuesto surgió la cuestión denominada «accesoriedad limitada» que en su día el Tribunal Supremo a través de su Sentencia de 20 de junio de 2001, afirmó que: «la cantidad de diez

³⁵ Seguimos a CALVO VÉRGEZ, Juan: «El delito de fraude de subvenciones a través de sus distintas reformas normativas.», *op. cit.*, pp. 25- 27.

millones de pesetas prevista en el texto de los artículos 350 del Código Penal de 1973 y 308 del actual no puede ser sino una condición objetiva de la punibilidad, ajena al tipo penal en sentido estricto. La norma prohíbe tanto obtener fraudulentamente una subvención de una peseta como una subvención de diez millones de pesetas o más». Actualmente, en nuestro ordenamiento normativo se aplica el criterio de la «accesoriedad limitada» según el cual toda participación presupone siempre un hecho principal típico antijurídico y doloso. Quedan excluidos los criterios de «accesoriedad extrema», que exige que el hecho principal sea culpable, o la «hiperaccesoriedad» que igualmente requeriría la punibilidad del hecho principal. En aquellos en los que concurra el presupuesto de la continuidad podrían dar lugar a situaciones en las que los autores terminaran quedando fuera del ámbito de la punibilidad, aun cuando aquel sujeto hubiese cooperado con ellos resultase condenado dada su condición de cooperador necesario³⁶.

En lo que se refiere a la determinación del instante de la consumación del delito esta dependerá de la forma mediante cual se califique el delito de fraude de subvenciones. En materia penal, un delito es susceptible de ser calificado como «de peligro», en cuyo caso el hecho constitutivo no causa un daño efectivo y directo en intereses jurídicamente protegidos, aunque sí crean para estos una situación de peligro, su consumación habría de producirse en el momento en el que el sujeto pasivo realizará una solicitud engañosa, con independencia de que obtuviese o no la subvención. Pero, un delito también es susceptible de ser calificado como delito «de resultado», en cuyo caso, una vez consumado, causa un daño directo y efectivo en intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma vulnerable, su consumación tendría lugar en el instante de la obtención de la subvención. Atendiendo a la dicción literal del artículo 308 CP

³⁶ La STS 539/2003, de 30 de abril, en su FJ 16 dice: «La acción del partícipe es punible porque contribuye decisivamente a la producción de un injusto típico y su culpabilidad completa los elementos constitutivos de delito que eventualmente faltaren, por ejemplo, el dolo del autor material o la punibilidad si ésta quedare excluida por el error en que el mismo se encontrare. E inevitable es, en el contexto de esta respuesta al recurso del Ministerio fiscal, hacer referencia a la posibilidad de que, en un delito especial propio como el delito contra la Hacienda Pública, el “extraneus”, esto es, el sujeto en que no concurre la cualificación necesaria para realizar la acción típica sea inductor o cooperador necesario del “intraeus”. Y citando jurisprudencia señala que: ««la ley no impide la punibilidad del “extraneus” como partícipe en el delito propio del “intraeus”. Esta solución tiene una clara fundamentación normativa: el partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de la participación que amplían el tipo penal. Todas las explicaciones del fundamento de la participación conducen sin ninguna fricción a esta solución. Si este fundamento se ve en la participación en la ilicitud evidente que la ilicitud del hecho del autor es el resultado de la conducta del partícipe que en forma mediata ataca el mismo bien jurídico; si el fundamento de la punibilidad del partícipe se viera en la causación del ilícito, la situación no sería en modo alguno diferente, pues el partícipe contribuye a la producción del acto ilícito»».

entendemos que el delito de fraude de subvenciones queda configurado como un delito de resultado. Y, en este sentido, en el apartado de conducta típica hemos visto cuando se estima que se obtiene la subvención distinguiendo al respecto el momento en el que se dicta el acto administrativo de concesión, cuando se acepta la subvención o ayuda, cuando el beneficiario recibe el patrimonio subvencional o cuando puede disponer de él.

Al calificarse el fraude de subvenciones como un delito de resultado conlleva la posibilidad de que se produzca en grado de tentativa. Tradicionalmente se han exigido la concurrencia de tres requisitos para poder apreciar la existencia del grado de tentativa: la intención de cometer un delito determinado; que se haya dado un principio de ejecución del delito y que la ejecución se interrumpa por una causa independiente de la voluntad del agente. Al amparo de la vigente redacción del artículo 308 del CP podrán constituir supuestos de tentativa tanto el relativo a la presentación de la solicitud que contiene la falsedad u ocultamiento como el referente al descubrimiento del engaño, una vez dictado el acto concesional pero con anterioridad a la producción del pago, sin llegar el autor a alcanzar la disponibilidad del dinero o la ventaja económica en la que pudiese consistir la subvención, aunque esto ocurría siempre y cuando se admita que la consumación se produce en el instante de la percepción del monto económico³⁷.

6. La pena prevista para el delito de fraude de subvenciones

Antes de la modificación realizada por la reforma de 2019, la pena del delito de fraude de subvenciones suponía la privación de libertad de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la cuantía obtenida mediante la subvención o ayuda, acompañada de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a obtener beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social de tres a seis años. En la primera redacción del precepto, la pena privativa de libertad a imponer iba de uno a cuatro años, elevándose a un máximo de cinco años por medio de la reforma de 2010.

En la regulación actual dada por la reforma de 2019 a través de la cual se transponen las Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financieros y de terrorismo y aborda cuestiones de índole internacional, en relación con las diferentes penas de los apartados del artículo 308 CP, se mantiene en los dos

³⁷ CALVO VÉRGEZ, Juan: «El delito de fraude de subvenciones a través de sus distintas reformas normativas.», *op. cit.*, p. 30.

primeros apartados la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe, pero se añade «*salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6*». Téngase en cuenta que se trata de una pena idéntica a la prevista para el delito fiscal y aunque representa una cuestión de política criminal, algunos sectores de la doctrina se han mostrado críticos en tanto que a través de esta figura delictiva no sólo se produce un quebranto patrimonial a las Administraciones Públicas, sino que además se frustra la consecución de los fines fomentados mediante la subvención. Por otra parte, también se advierte de que su penalidad resulta inferior a la de la estafa, lo que en principio podría resultar extraño teniendo en cuenta que en el fraude de subvenciones no sólo se origina una lesión patrimonial sino, como ya se ha señalado, se frustra la consecución de determinados fines y, por ende, la correcta aplicación del gasto público³⁸.

Además de las consecuencias punitivas señaladas, en el artículo 308.3 CP se continúan manteniendo las anteriores penas para el responsable, al que se le puede imponer la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de tres a seis años. En relación con estas penas accesorias hay que mencionar que no se contempla la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas aun cuando es consabido que nuestra legislación administrativa prevé dicha consecuencia en el supuesto de que existiese una infracción en materia de subvenciones. Tras la condena penal no cabría proceder a la fijación de esta sanción accesoria sobre la base del principio *non bis in idem*.

El artículo 308.4 CP hace referencia a la cuantía obtenida, defraudada o aplicada indebidamente, en el supuesto de que no superará los cien mil euros pero excediere de diez mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6. Además, en el artículo 308.8 CP se añade que los jueces y tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como investigado, lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6 y reconozca judicialmente los hechos. A este mismo apartado se suma un párrafo que hace referencia a la pena, pero teniendo en cuenta otros tipos de autoría o participación, especificando que

³⁸ *Ibidem*, p. 35.

esa misma pena será aplicable también de otros partícipes en el delito distintos del obligado al reintegro o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado o del responsable del delito.

En el actual artículo 308.5 CP de forma muy genérica y escueta se alude a los efectos de determinar la cuantía a que se refiere el presente artículo, estableciendo que se atenderá al total de lo obtenido, defraudado o indebidamente aplicado, con independencia de si procede de una o de diversas Administraciones Públicas conjuntamente. Antes de la reforma de 2019, el apartado cuatro del precepto estipulaba pautas específicas para la determinación de la cantidad defraudada tales como que se tenía en cuenta el año natural, que se trataba de subvenciones obtenidas para el fomento de la misma actividad privada subvencionable, aunque su procedencia era de diferentes administraciones o entidades públicas. Esas pautas se han eliminado en la vigente regulación y entendemos que quedarán en manos de la estimación judicial³⁹.

Finalmente, nada impediría la aplicación de las penas atenuantes previstas con carácter general en el Código Penal.

7. El reintegro de la subvención o ayuda previsto por el artículo 308.6 CP exime de responsabilidad penal

La Administración tiene derecho a que la subvención o ayuda sea reintegrada, bien cuando se malversa o bien cuando el beneficiario deja de cumplir los requisitos para su mantenimiento. El reintegro aparece actualmente recogido dentro del artículo 308.6 CP. Al amparo de la antigua regulación el artículo 308.4 estableció dicha regularización como causa que excluía la responsabilidad criminal. Dicha excusa absoluta tenía su origen en la reforma aplicada en su día en el artículo 350 del antiguo Código Penal de 1973 por la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio.

Para aplicar la regularización del artículo 308.6 CP, es necesario reintegrar las sumas recibidas, las cuales aumentarán en un interés anual equivalente al interés legal del dinero, incrementado en dos puntos porcentuales desde el momento en que se recibieron. El reintegro deberá realizarse antes de que se

³⁹ SÁNCHEZ ROBERT, María José: *Estudio de derecho comparado en el delito de fraudes de subvenciones, desgravaciones y ayudas. El delito de subvenciones en los ordenamientos español y alemán*, op. cit., p. 113.

haya informado al responsable sobre el inicio de las actuaciones de inspección o de control en relación con la obtención de dichas subvenciones o ayudas. Además, es importante destacar que en el caso de que tales actuaciones no se llevarán a cabo, la responsabilidad criminal no surgiría si el reintegro ocurriera antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local interpusiera querrela o denuncia dirigida contra quien obtuvo los fondos.

De modo que, si hubieran llegado a realizarse actuaciones de inspección o de control en vía administrativa, aunque todavía no existiese proceso penal en curso, la regularización que durante el transcurso del mismo pudiera llegar a producirse exigiría que el reintegro se hubiese efectuado con anterioridad a la notificación del inicio de aquellas, lo cual pone de manifiesto el carácter voluntario y espontáneo del reintegro y de que sea limitado en el tiempo. A falta del desarrollo de actuaciones de inspección en vía administrativa, la práctica de la regularización sólo operaría cuando el reintegro se produjese antes de la interposición de la querrela o denuncia contra quien hubiese percibido los fondos. Sin embargo, el legislador sigue sin especificar qué debe entenderse por diligencias, lo cual entendemos que el concepto abarca tanto el proceso penal como las diligencias de investigación que puedan abrirse en Fiscalía.

En el artículo 308.6 *in fine* CP se prevé que el reintegro, y en consecuencia la exención de responsabilidad impedirá que se persiga al sujeto «por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación». La mención a la imperseguibilidad de estos delitos alcanza a las personas físicas de los mismos. Si se entiende que el alcance de esta imperseguibilidad sólo afecta al sujeto que haya regularizado su situación, podría entenderse en los supuestos en que el deudor es una persona jurídica, que los administradores de la misma no quedarían protegidos, lo cual no resulta muy congruente con la finalidad de esta. Quienes tampoco quedan amparados por exención de responsabilidad en relación con las falsedades instrumentales son los terceros partícipes, cómplices, cooperadores necesarios o inductores, ya que ninguno de ellos puede participar en la regularización, la cual sólo se establece para el beneficiario de la subvención⁴⁰.

La existencia de un procedimiento penal por alguna de las dos actuaciones delictivas indicadas con anterioridad no impediría que la Administración competente exigiese el reintegro por vía administrativa de las subvenciones o ayudas indebidamente aplicadas. El importe que hubiera de ser reintegrado se

⁴⁰ *Ibidem*, p.120.

entendería fijado provisionalmente por la Administración y se ajustaría después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal.

Adicionalmente, el procedimiento penal que se desarrollase al efecto tampoco paralizaría la acción de cobro de la Administración, que podría iniciar las actuaciones dirigidas al cobro salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución previa prestación de garantía. En caso de que no se pueda prestar garantía en todo o en parte, el juez, con carácter excepcional, podría acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciará que la ejecución podría ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

Al amparo de la vigente regulación aprobada, se permite la apreciación de una atenuación de la pena en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, llevase a cabo el reintegro y reconociera judicialmente los hechos. De otra parte, esta posibilidad de atenuación de la pena se extiende a los otros partícipes en el delito distintos del obligado al reintegro o del autor del delito, cuando colaborasen de forma activa para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado o del responsable del delito. De este modo, se configura una atenuante dirigida tanto a abreviar la duración del proceso penal como a garantizar la reparación del daño. Para aquellos supuestos en que estas conductas se produzcan con posterioridad al plazo de dos meses, sería de aplicación la atenuante recogida en el artículo 21. 5 del CP de reparación del daño.

8. Responsabilidad civil derivada del delito de fraude de subvenciones

Es consabido que toda persona que resulta responsable desde un punto de vista penal debido a la comisión de un delito o de una falta lo es también civilmente, siempre y cuando del hecho delictivo se derivasen daños o perjuicios, de acuerdo con lo previsto por el artículo 116 CP. Los artículos 117 a 122 del CP se refieren a supuestos específicos de responsabilidad civil directa y subsidiaria que alcanzan incluso a quien, a título lucrativo, hubiese participado en los efectos derivados de la comisión del delito o falta en cuestión. En lo que a nosotros nos interesa, ello supone que el beneficio derivado de la subvención indebidamente obtenida podría alcanzar a personas distintas a aquella que la obtuviese, sin perjuicio de la cuota de responsabilidad correspondiente a cada uno de ellos, que habría de señalarse judicialmente.

Para poder fijar la responsabilidad civil será esencial determinar el perjuicio que se haya ocasionado y no la cuantía de la subvención otorgada. La distinción entre perjuicio y cuantía de la subvención se estableció jurisprudencialmente declarándose al respecto que en el delito del artículo 308 CP no se requiere, para su perfección, la causación de un efectivo perjuicio patrimonial⁴¹, ya que el injusto legal se pueda dar sin haberse realizado un efectivo desplazamiento patrimonial a favor del interesado. Pero, en la práctica esa labor de cuantificar el perjuicio producido puede llegar a generar diversas situaciones conflictivas. En cualquier caso, la imposibilidad de determinar en vía penal el importe exacto de las cantidades defraudadas no ha de afectar a la responsabilidad penal, pudiendo incluso reservarse en dichos supuestos a la vía civil el ejercicio de las acciones oportunas en reclamación de dichas cantidades. Nos referimos a la responsabilidad civil subsidiaria que, de acuerdo con el artículo 121 CP, podría alcanzar también a los entes públicos. Con carácter general, la responsabilidad civil habrá de determinarse de manera individual respecto de cada uno de los responsables, siendo en este caso esencial la relación de causalidad entre las acciones del individuo y los daños efectivamente producidos. Con independencia de lo manifestado anteriormente en relación con la determinación de la responsabilidad civil en sede penal, esta responsabilidad civil se determinará, en aquellos casos en los que se trate sólo de una responsabilidad contable, por el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de sus funciones⁴².

III. LAS DISPOSICIONES COMUNES AL TÍTULO XIV PREVISTAS POR EL ARTÍCULO 308 BIS CÓDIGO PENAL

El artículo 308 bis CP fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico mediante la reforma de 2015. El tenor literal del artículo 308 bis del CP prevé: «1. La suspensión de la ejecución de las penas impuestas por alguno de los delitos regulados en este Título se regirá por las disposiciones contenidas en el Capítulo III del Título III del Libro I de este Código, completadas por las siguientes reglas:

1.^a La suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta requerirá, además del cumplimiento de los requisitos regulados en el artículo 80,

⁴¹ CALVO VÉRGEZ, Juan: «El delito de fraude de subvenciones a través de sus distintas reformas normativas.», *op. cit.*, p. 41.

⁴² *Vid.* de forma más detallada sobre la responsabilidad contable, CALVO VÉRGEZ, Juan: «El delito de fraude de subvenciones a través de sus distintas reformas normativas.», *op. cit.*, pp. 42- 44.

que el penado haya abonado la deuda tributaria o con la Seguridad Social, o que haya procedido al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer la deuda tributaria, la deuda frente a la Seguridad Social o de proceder al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas y las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido. La suspensión no se concederá cuando conste que el penado ha facilitado información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio.

La resolución por la que el juez o tribunal concedan la suspensión de la ejecución de la pena será comunicada a la representación procesal de la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o foral, de la Seguridad Social o de la Administración que hubiera concedido la subvención o ayuda.

2.^a El juez o tribunal revocarán la suspensión y ordenarán la ejecución de la pena, además de en los supuestos del artículo 86, cuando el penado no dé cumplimiento al compromiso de pago de la deuda tributaria o con la Seguridad Social, al de reintegro de las subvenciones y ayudas indebidamente recibidas o utilizadas, o al de pago de las responsabilidades civiles, siempre que tuviera capacidad económica para ello, o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio. En estos casos, el juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la concesión de la libertad condicional.

2. En el supuesto del artículo 125, el juez o tribunal oirán previamente a la representación procesal de la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o foral, de la Seguridad Social o de la Administración que hubiera concedido la subvención o ayuda, al objeto de que aporte informe patrimonial de los responsables del delito en el que se analizará la capacidad económica y patrimonial real de los responsables y se podrá incluir una propuesta de fraccionamiento acorde con dicha capacidad y con la normativa tributaria, de la Seguridad Social o de subvenciones.»

Por consiguiente, el artículo 308 bis 1 CP recoge unas reglas especiales relativas a la concesión y revocación de la suspensión de la ejecución de las penas impuestas por alguno de los delitos previstos en el presente Título. En concreto, las previsiones sobre suspensión de la ejecución de la pena del artículo 308.bis se aplican también al delito del artículo 308, apuntando con carácter específico la regla 1.^a de su apartado primero al «reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas» y a la participación de

«representación procesal (...) de la Administración que hubiera concedido la subvención o ayuda» en el expediente de concesión de la suspensión.

En su apartado segundo se refiere al caso en que los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer las responsabilidades pecuniarias, incluyendo específicamente la posibilidad de fraccionamiento del pago.

IV. CONCLUSIONES

En el estudio del delito de fraude de subvenciones y la «malversación» de subvenciones en el contexto laboral nos lleva a destacar unas ideas claves sobre la naturaleza, el impacto y las regulaciones de estos delitos. En primer lugar, el delito de fraude de subvenciones afecta directamente al patrimonio de las Administraciones Públicas, con un impacto significativo en el uso equitativo y eficiente de los recursos destinados a satisfacer necesidades sociales y económicas. La protección del bien jurídico se fundamenta en la equidad de la distribución de recursos públicos, la transparencia en la gestión de fondos y la confianza en las instituciones públicas. En segundo lugar, las recientes reformas en materia penal han sido cruciales para adaptar la legislación estatal a las nuevas formas de fraude y malversación de subvenciones o ayudas. Las novedades legislativas consisten en el incremento de las penas, se han redefinido los umbrales de cuantía para considerar este tipo delictivo y se han establecidos nuevos mecanismos de regularización y reintegro de las subvenciones y ayudas que buscan prevenir y sancionar de forma efectiva estas conductas.

En tercer lugar, el artículo 308 del CP español define de manera precisa los comportamientos que constituyen fraude de subvenciones, abarcando tanto la obtención fraudulenta de subvenciones como su aplicación a fines distintos a los previstos. Las penas establecidas, que incluyen prisión, multas y la pérdida de beneficios fiscales y subvenciones futuras, subrayan la gravedad de estos delitos y la necesidad de un cumplimiento riguroso de las condiciones de concesión. A través del mecanismo de regularización que permite evitar la persecución penal mediante el reintegro de las cantidades defraudadas antes de la notificación de actuaciones de comprobación o control, se busca incentivar la corrección voluntaria de las conductas ilícitas. Este mecanismo no solo permite recuperar los fondos indebidamente obtenidos, sino que también promueve una cultura de cumplimiento y rectificación.

En cuarto lugar, en el ámbito laboral, el delito de fraude de subvenciones afecta especialmente a las ayudas y subvenciones destinadas a fomentar el empleo. Las ayudas para la contratación, tanto temporales como indefinidas,

se han convertido en una herramienta esencial para las políticas de empleo. La defraudación en este contexto no solo perjudica a las finanzas públicas, sino que también socava los objetivos de creación y mantenimiento de empleo, impactando negativamente en el mercado laboral.

A pesar de los avances legislativos, persisten desafíos en la detección y persecución de estos delitos. En esta tónica, resulta decisivo mejorar los mecanismos de control y supervisión de las subvenciones, así como fomentar una mayor colaboración entre las distintas Administraciones Públicas y organismos internacionales. Además, la educación y concienciación sobre la legalidad y las consecuencias del fraude de subvenciones deben ser pilares fundamentales para prevenir estas conductas desde el origen. A modo de conclusión, es necesario insistir y persistir en la lucha contra el fraude de subvenciones o de ayudas públicas con una perspectiva integral que combine reformas legislativas, mecanismos efectivos de control y una fuerte cultura de legalidad y responsabilidad en la gestión de los fondos públicos.

BIBLIOGRAFÍA

- BAYLOS GRAU, Antonio, y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Derecho penal del trabajo*, Trotta, Madrid, 1997.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «El delito de fraude de subvenciones a través de sus distintas formas normativas.», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.1, 2020, BIB 2019\10893.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en VV. AA., *Derecho penal y Económico de la Empresa*, Dykinson, Madrid, 2018.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen: *El fraude de subvenciones*, 2.^a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 25.^a Edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LL. OO. 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 y 4/2023, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.
- SÁNCHEZ ROBERT, María José: *Estudio de derecho comparado en el delito de fraudes de subvenciones, desgravaciones y ayudas. El delito de subvenciones en los ordenamientos español y alemán*, Aranzadi, Navarra, 2020.

LA EMPRESA COMO SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO LABORAL

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, SUS ADMINISTRADORES Y ENCARGADOS POR DELITOS LABORALES (CP ART. 318)¹

CARLOS DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA

Profesor Permanente. Universidad Complutense de Madrid
Investigador en el Instituto Complutense de Ciencia de la Administración

SUMARIO: I. Introducción. II. La Regulación del artículo 318 del Código Penal. 1. La hermenéutica del precepto. 2. La conexión del 318 CP con otros artículos. 3. La aplicación por la jurisprudencia. III. La responsabilidad en los delitos del título decimoquinto del Código Penal atribuidos a la persona jurídica. 1. Responden penalmente administradores y encargados del servicio. 2. La aplicación jurisprudencial. 3. ¿Existe non bis in idem con las sanciones administrativas? IV. La responsabilidad de la persona jurídica en los delitos laborales regulados fuera del título XV del Código Penal. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es determinar la responsabilidad de las personas jurídicas, o bien de sus administradores o encargados, ante los delitos

¹ Trabajo incluido en el Grupo de Investigación «El futuro del trabajo: transformaciones y retos», Universidad Complutense de Madrid, Ref. 970922.

contra las personas trabajadoras², como medio de protección de los derechos laborales a través del Derecho Penal. La importancia del asunto deviene, en primer término, de la necesidad de ahondar en la salvaguardia penal de las normas laborales pues, como sabemos, éstas «requieren un sistema reforzado de sanciones para prevenir su ineficacia»³. Pero, más aún, dado que los sujetos económicos actúan de modo muy generalizado bajo la forma de personas jurídicas⁴, se trata de analizar hasta qué punto éstas pueden responder de los delitos contra los sujetos de un contrato de trabajo que puedan darse en sus organizaciones. De primeras y como se verá en estas páginas, debemos afirmar que se trata de un asunto que no está bien resuelto legislativamente y sobre el que existe consenso de la necesidad de una reforma legal.

Como se ha dicho por la doctrina penalista, la introducción de la responsabilidad en el ámbito penal de las personas jurídicas «ha emergido como una abrumadora corriente a nivel mundial en los últimos veinte años, que ha alcanzado a todos los países de derecho continental» y ha supuesto «la transformación más significativa que ha experimentado el derecho penal en los últimos cincuenta años»⁵. Este asunto es singularmente relevante en el ámbito del Derecho penal del trabajo puesto que el sujeto activo prototípico del delito es el empresario.

Hemos dividido el estudio en tres partes. En primer término, analizaremos el artículo 318 del Código Penal (CP), encargado de regular qué consecuencias tiene que los delitos contra los derechos de los trabajadores recogidos en el título decimoquinto del libro segundo del citado código se atribuyan como sujeto activo a la persona jurídica. Sobre este precepto revisaremos su redacción actual, las pretéritas, el momento en el que se reguló y su conexión

² En este trabajo se utilizará el masculino como género inclusivo que, por tanto, incluye tanto a varones como a mujeres. No obstante, por motivos de redacción, en ocasiones se usarán las expresiones personas trabajadoras, personas administradoras, personas encargadas del servicio, etc.

³ DESDENTADO BONETE, Aurelio: «Prólogo» en BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS, Juan, *Derecho penal del trabajo*, Editorial Trotta, Madrid, 1991, p. 8.

⁴ JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis: *La reforma penal de 2015*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 46, indican «La cada vez mayor importancia de las empresas, cuya complejidad es también creciente, a través de las cuales se llevan a cabo la mayor parte de las actividades, hace que muchos delitos económicos tengan que ver con empresas, sus empresarios y sus actividades», lo que llevó a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con las reformas de 2010 y la de 2015.

⁵ Ambas rotundas expresiones se encuentran en MONGILLO, Vincenzo: «Estructura y función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: notas metodológicas, político-criminales y dogmáticas», en VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, et. al. (Edit.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal humanista*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Volumen I, Madrid, 2021, p. 433, citando a su vez a otro autor italiano. Por su parte, ZÁRATE CONDE, Antonio: «La responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos cometidos por los administradores en la empresa», en CAMACHO DE LOS RÍOS, Francisco Javier et. al. (Dir.), *La Administración de las Sociedades de Capital desde una Perspectiva Multidisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 967, lo califica de «auténtico giro copernicano en un Derecho Penal construido sobre bases antropomórficas».

con otros artículos promulgados y modificados por las reformas penales desde 2010 que han introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

A continuación, estudiaremos quién responde y cómo de los delitos laborales cuando los hechos se imputen a la persona jurídica, diferenciando los recogidos en el título decimoquinto del Código Penal (apartado tercero del trabajo) y aquellos no recogidos en dicho título (acoso, acoso sexual y contra la intimidad, allanamiento informático y otros delitos informáticos) [apartado cuarto]. El capítulo terminará con las conclusiones atesoradas durante todo el análisis.

II. LA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL

1. La hermenéutica del precepto

El artículo 318 del Código Penal que cierra y se aplica a todos los preceptos del Título XV del Libro segundo del mismo, se encarga de dar las directrices sobre las consecuencias jurídicas de la imputación a las personas jurídicas de los delitos contra los derechos laborales. Las reglas que encierra este mandato son dos y, aparentemente, no son complejas:

Por un lado, indica que la pena se impondrá, bien a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los hechos que se imputen a la persona jurídica, bien a las personas que conociendo dichos sucesos y pudiéndolos remediar no hubieran adoptado las medidas para ello, en el buen entendimiento que puede hacerse a ambas figuras a la vez o sólo a alguna de ellas (primera regla).

Por otro, que la autoridad judicial podrá decretar, además de las penas previstas a las personas incluidas en el párrafo anterior, una o más de las medidas previstas en el artículo 129 CP, precepto que está incluido en el Título VI, del Libro I de dicha compilación, encargado de regular las consecuencias accesorias a los delitos. Este artículo se remite para determinar las posibles consecuencias concretas a las letras c) a g) del apartado séptimo del artículo 33 CP⁶ (segunda regla).

⁶ En concreto, las medidas contempladas son las cuatro siguientes: c) suspensión de sus actividades (por plazo no superior a cinco años); d) clausura de locales y establecimientos (por mismo plazo que la letra anterior); e) prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito (por tiempo no superior a 15 años o definitiva); f) inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de Seguridad Social (por plazo que no podrá exceder de quince años); y g) intervención judicial (de la totalidad de la organización o de alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de

Este precepto reproduce sin variaciones sustanciales la redacción contenida en el último párrafo del artículo 499 bis de la legislación penal previa al CP de 1995, introducido por la reforma de 1971⁷. Por tanto, podemos afirmar que es tradición en nuestro Derecho que quien responda de los delitos que pudieran imputarse a las empresas fueran sus administradores o encargados de servicio que los hubieran cometido o que tuvieran conocimiento de los hechos y pudiéndolos evitar, no hubieran llevado actuaciones para remediarlos.

Aunque las reglas que se acaban de explicar parecen sencillas, son dos las cuestiones que deben abordarse, una por cada regla antes indicada.

En primer término, la última redacción de este artículo está vigente desde 1 de octubre de 2003⁸ y, lo más relevante, es que no ha sufrido modificación por las reformas del Código Penal de 2010, 2012 y 2015 que introdujeron y modificaron la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por tanto, pese a que desde la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 se pueden imponer penas a éstas, de forma autónoma y paralela a las responsabilidades de las personas administradoras⁹, no se han incluido dentro del catálogo de ilícitos penales aplicables a las personas jurídicas, los delitos contra los derechos de los trabajadores. Por tanto, cuando los delitos laborales recogidos en el título decimo-

negocio), para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores (por tiempo que no podrá exceder de cinco años).

⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 7.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1092. En efecto, el tenor literal del último párrafo del pretérito artículo 499 bis del CP decía así: «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 hubieren adoptado medidas para remediarlos. En su caso procederá la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa». Este precepto fue introducido por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código Penal (BOE de 16 de noviembre de 1971), en cuya exposición de motivos se decía «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».

Sobre la evolución normativa del Derecho Penal Económico, véase sucintamente, CEÑOS SUÁREZ, Ángeles: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 253, 2022, pp. 81-83.

⁸ La reforma llevada a cabo por la LO 11/2003 se limitó a añadir el inciso final con la posibilidad de decretar algunas de las medidas accesorias previstas en el artículo 129 CP. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, citado, pp. 1092-1093.

⁹ En efecto, tal como indica RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción: «Cuestiones clave de las once primeras sentencias del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista de Derecho y proceso penal*, ISSN 1575-4022, 50, 2018, p. 307. «Es posible la responsabilidad penal acumulativa de la persona física con la responsabilidad penal de la persona jurídica, pudiéndose dar ambas responsabilidades simultáneamente». La jurisprudencia lo indica así: «la responsabilidad penal de la persona jurídica no condicionaría la de la persona física, ni viceversa conforme a los (arts. 31 bis y ter) CP» (STS, sala 2.ª, de 23/02/2017, sentencia n.º 121/2017, fundamento jurídico segundo).

quinto del CP se atribuyan o imputen a las personas jurídicas seguirán considerándose autores de los mismos, «sin razón que lo avale»¹⁰, las personas administradoras o encargadas del servicio. En el siguiente apartado realizaremos un mayor análisis de estas reglas para desentrañar la responsabilidad de estas personas. Como excepción que cumple la regla, existen una serie de delitos laborales que no están contenidos dentro del citado Título XV del CP, pero sí están incluidos en el elenco de los que sí pueden ser cometidos por personas jurídicas ex artículo 31 bis. 1 CP, a saber, acoso (art. 173 CP), acoso sexual (art. 184 CP) y contra la intimidad, allanamiento informático y otros delitos informáticos (art. 197 CP) y, por tanto, sí podrían sufrirlas los trabajadores, aplicándose en este caso las reglas del artículo 31 bis CP que luego estudiaremos en el apartado cuarto de este trabajo.

En segundo lugar, por lo que respecta al segundo inciso del artículo 318 CP que, como antes se indicó, se remite al artículo 129 CP, hemos de resaltar que dicho precepto –al contrario del 318 CP– sí fue modificado por la reforma de la LO 5/2010 y exclusivamente hace referencia a entes sin personalidad. En efecto, este artículo 129 CP indica que «en caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, *por carecer de personalidad jurídica*, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita» (la cursiva es nuestra). Por consiguiente, desde la reforma penal del año 2010 las medidas accesorias que actualmente prevé el artículo 318 CP no son imponibles ya a personas jurídicas, sino a entes colectivos sin personalidad. El legislador penal de 2010, que sí modificó el artículo 129 CP, olvidó enmendar a su vez el artículo 318 del mismo cuerpo legal, omisión que provoca que la segunda regla de este precepto sea, según la doctrina, «de imposible aplicación»¹¹ a las empresas con personalidad jurídica.

¹⁰ TERRADILLOS BASOCO, Juan María: «De lo insólito a lo errático: protección de los derechos laborales por medio del Derecho Penal», en AA. VV. (DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario et al., Edit.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal humanista*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Volumen II, Madrid, 2021, p. 1.756.

¹¹ RAMÓN RIBA, Eduardo: «Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?», en AA. VV., *Liber Amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan M.ª TERRADILLOS Basoc*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 995-997. Seguimos a este autor en lo relativo a la falta de aplicación de la segunda regla del artículo 318 CP, en su conexión con el artículo 129 CP.

El iter legislativo del artículo 129 CP es el siguiente: antes de su modificación en 2010 este precepto preveía una serie de consecuencias (denominadas accesorias), aplicables a las personas jurídicas puesto que éstas aún no tenían reconocida su capacidad criminal. Dado que no podrían sufrir la imposición de penas, el artículo 129 CP permitía asignar otras medidas preventivas con la finalidad de conjurar que las personas jurídicas fueran utilizadas para la comisión de delitos. Una vez reconocida por la ya referida reforma penal de 2010 la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis CP), a las que se aparejaba un conjunto de penas a ellas aplicables, se determinó que el artículo 129 CP resultaba del todo innecesario, de ahí que se modificara por el legislador. La redacción actual de este precepto se centra ya no en las personas jurídicas, sino en las entidades colectivas sin personalidad jurídica¹². Éstas no tienen reconocida capacidad criminal, no pueden perpetrar delitos, pero a su través o gracias a ellas, sí puede cometerse actividad criminal que trata de evitarse con la puesta en marcha de medidas accesorias preventivas. El problema es que el artículo 318 CP que remitía (y remite) al 129 CP quedó intacto y al no haber sido modificado o derogado, lo cierto es que no puede ser de aplicación puesto que llama para aplicar a las personas jurídicas unas medidas previstas para los entes sin personalidad. Para más inri, debemos constatar que el legislador penal no sólo no modificó el artículo 318 CP en la reforma de 2010, sino tampoco en la Ley Orgánica 1/2015 que enmendó, a su vez, las reglas de la capacidad criminal de las corporaciones. Tal como indicó la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2011¹³, en esta materia, se produce «una antinomia normativa a resultas de la cual, es posible en estos casos soslayar la aplicación del artículo 31 bis del Código Penal –y, por consiguiente, sus requisitos materiales– de modo que, sin bien las respectivas normas sí contemplan la responsabilidad de las personas jurídicas, las medidas a imponer son las del artículo 129, sin que esté prevista su extensión concreta en cada supuesto y resultando su imposición facultativa». Y, en definitiva, «[s]alvo que sea debido a un problema de sistemática interna, no se adivinan qué otras razones pueden justificar esta diferencia de trato en unos [que se adjudique el

Por su parte, MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 25.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 382, tilda de «olvido (injustificable) del legislador» que no se haya modificado el artículo 318 CP cuando sí lo ha hecho el 129 CP pues éste ya no contiene consecuencias accesorias para personas jurídicas sino para entes sin personalidad jurídica.

¹² El tenor literal del artículo como antes se vio reza así: «empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código».

¹³ BOE de 1 de junio de 2011, accesible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2011-00001>, p. 23.

régimen jurídico del artículo 129 CP] y otros casos [que se aplique el artículo 31 bis CP], y por tanto, esta normativa debería ser objeto de corrección por parte del legislador». En fin, forma políticamente correcta de hacer alusión a una deficiente técnica legislativa¹⁴.

2. La conexión del 318 CP con otros artículos

Para culminar la interpretación del mandato que estamos analizando, debemos efectuar la conexión de la primera regla del citado artículo 318 CP con otros preceptos de la parte general del mismo cuerpo legal. Recordemos que en la primera parte del 318 CP se comprenden dos supuestos que se pueden diferenciar perfectamente, a saber: de un lado, la actuación en nombre de una persona jurídica (que debemos conectar con las reglas de los artículos 31 y 31 bis CP, incluidos dentro del capítulo segundo del Libro primero, correspondiente a las personas criminalmente responsables de los delitos); de otro, la responsabilidad en comisión por omisión (que debemos relacionar con el artículo 11 CP).

A) LA ACTUACIÓN EN NOMBRE DE PERSONA JURÍDICA

Comenzando con la comparativa del artículo 318 y del 31 CP, observamos que son cláusulas de tenor similar. Este último pretende extender la responsabilidad de la autoría de los delitos de las personas jurídicas a determinadas personas físicas (administradores de hecho o de derecho) «aunque no concurren en [ellos] las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo» en aquellos supuestos que las circunstancias específicas exigidas por el tipo delictivo para ser declarado autor concurren en las corporaciones o entidades jurídicas a quien representa o en cuyo nombre actúa. Tal como ha explicado la doctrina, ello se hace para eliminar o reducir las posibles «lagunas de punibilidad, si quien realizó el comportamiento típico no reúna las características

¹⁴ Tras la Ley Orgánica 1/2015 que modifica la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas, la Circular de la Fiscalía 1/2016 es aún más clara sobre este tema cuando indica:

«Los criterios por los que el Legislador asigna uno u otro régimen a determinados delitos no siempre resultan claros. La Circular 1/2011 (IV) ya reprochaba la defectuosa construcción jurídica de esta doble vía sancionadora de los artículos 31 bis y 129 CP, refiriéndose, entre otros, a los supuestos de los artículos 262, 386, 294 y 318, que mantienen tras la reforma las mismas deficiencias entonces ya advertidas».

requeridas por la ley para el sujeto activo»¹⁵. Por tanto, insistimos, en el contenido ambos preceptos tienen una conexión temática evidente. No obstante, podemos hacer algunas puntualizaciones. En primer término, debemos partir de la consideración de normativa especial del artículo 318 CP frente al 31 CP lo que provoca su aplicación preferente para casos de los delitos incardinados en el título XV contra los derechos de los trabajadores¹⁶. A continuación, debemos indicar que existen dos diferencias entre un artículo y otro. De un lado, en el artículo 318 CP no se contempla que el representante actúe en nombre de una persona física. En estos casos, debe aplicarse la regla general del artículo 31 CP¹⁷. De otro, el artículo 318 CP no sólo menciona a los administradores (expresión que comprende a los que sean de hecho y de derecho¹⁸) sino también a los «encargados de servicio» por lo que amplía de forma relevante el ámbito subjetivo del delito y, con ello, le dota de sentido propio para no suprimirlo¹⁹. En el apartado tercero realizaremos un análisis de esta regla.

Por su parte, como antes indicamos, la primera regla del artículo 318 CP que estamos comentando, en su conexión con el artículo 31 bis.1 CP no permi-

¹⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan María y BOZA MARTÍNEZ, Diego: *El Derecho Penal aplicable a las Relaciones Laborales. Lecciones*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, p. 40. Para RAMÓN RIBAS, Eduardo, «Delitos contra los derechos de los trabajadores, ¿responsabilidad de la empresa?», citado, p. 994, citando a doctrina penalista, «esta primera previsión del artículo 318 tiene como finalidad permitir hacer responsable penalmente a una persona física no cualificada en delitos especiales previstos en el Título XV del Libro II del CP, en los que el autor en principio sólo puede serlo el empresario, y con ello solventar el escollo que representa hacer responder al «extraenus» por un delito especial en el que la cualificación correspondía a una persona jurídica».

¹⁶ Así lo ha entendido la STS, Sala 2.ª, de 29/07/2002, recurso 3551/2000, FJ primero, cuando indica: «Es cierto que en la sentencia se efectúan unas referencias en el Fundamento Jurídico tercero en los párrafos segundo y quinto al artículo 318, pero dicho artículo no establece una tipificación autónoma e independiente del tipo delictivo básico ya sea en la modalidad dolosa o culposa, sino que simplemente resuelve el tema de la autoría en supuestos de personas jurídicas, de suerte que viene a ser una norma especial de concreción de la autoría de aplicación preferente a la norma genérica prevista en el artículo 31». También lo sostiene la doctrina MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, citado, p. 1094. También, RAMÓN RIBAS, Eduardo, «Delitos contra los derechos de los trabajadores, ¿responsabilidad de la empresa?», citado, p. 994, considera al artículo 318 como una regla específica, excepción distorsionadora de la regla general del artículo 15 bis CP de 1973 reformado en 1983, por lo que –citando a VILLACAMPA ESTIARTE y SALTA PAISAL– «quizá hubiera sido mejor que el legislador de 1995 no hubiera contemplado esa regla específica, remitiendo al artículo 31 CP la solución de los casos en los que en él se incluyen».

¹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, citado, p. 1094, para quien supone una «sorprendente conclusión de que en este último supuesto haya que recurrir al artículo 31 para solucionar el problema de falta de tipicidad para la autoría del representante, a pesar de que en principio el artículo 318 fue configurado como ley especial con relación al artículo 31».

¹⁸ TERRADILLOS BASOCO, Juan María: «La responsabilidad penal de los administradores», en PULIDO BEGINES, Juan Luis (Dir.), *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 349. También MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, citado, p. 1094.

¹⁹ Como se adujo expresamente en el debate parlamentario del texto. En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, citado, p. 1095.

te atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica por delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en el Título XV CP, pues no están incluidos en el listado de figuras delictivas que así lo permiten²⁰. Por este motivo, no se podrá conectar el 318 CP ni con el artículo 31 bis CP, ni con las medidas del 66 bis CP que establecen las reglas para la responsabilidad penal de las personas jurídicas y para la aplicación de las penas en estos casos, respectivamente. Ahora bien, este precepto sí lo tendremos que tener en cuenta para aquellos delitos contra personas trabajadoras que, como antes se dijo, sí pueden ser cometidos por personas jurídicas (acoso, acoso sexual y delito contra la intimidad informática).

B) LA COMISIÓN POR OMISIÓN

Por lo que respecta al segundo inciso de la primera regla del art. 318 CP que, recordemos, regula un supuesto de comisión por omisión pues imputa como autores a quienes conociendo los hechos no adopten medidas para impedir que el hecho delictivo sea ejecutado por otras personas, debemos conectar dicho precepto con el artículo 11 CP que recoge las reglas generales sobre esta materia. Eso sí, para que sea aplicable este precepto lo más importante es que estas personas puedan, efectivamente, evitarlos (por su función dentro de la empresa) y no lo hagan.

Como explica la doctrina penalista²¹, aunque la acción y la omisión son, por esencia, diferentes, la ley penal los hace equivalentes siempre que concurren ciertas condiciones. Se equiparan, por tanto, el hacer activo y la omisión de una acción esperada siempre que exista infracción de un deber de actuar. Por consiguiente, los elementos fundamentales son tres: de un lado, el conoci-

²⁰ En efecto, el apartado primero del artículo 31 bis CP indica «En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma» (el subrayado es nuestro). Dado que no se han incluido los delitos del Título XV, la persona jurídica no será penalmente responsable y, por ello, seguirán respondiendo en el ámbito penal las personas físicas que administren, de derecho o de facto, o se encarguen del servicio. En este sentido, véase el análisis posterior que luego realizaremos de la aplicación judicial y, también, la STS, sala 2.ª, de 25 de enero de 2023 (sentencia número 34/2023) que imputa responsabilidad al administrador societario, aunque no lleve a cabo labores de gerencia efectiva, punto 14 de los Fundamentos de Derecho.

²¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María y BOZA MARTÍNEZ, Diego: *El Derecho Penal aplicable a las Relaciones Laborales. Lecciones*, citado, pp. 39-40.

miento de la situación típica²²; de otro, las posibilidades de actuación del sujeto, en el buen entendimiento que, si no puede actuar, no cabría hablar de infracción y, en tercer término, la voluntad de sustraerse a la obligación (responsabilidad por dolo o culpa, a través de criterios que permitan imputar objetivamente el resultado al no hacer del autor)²³. La clave está, pues, en que el sujeto tenga el deber jurídico de actuar y, al no haberlo hecho, ello supone un comportamiento que permite que el delito se perfeccione. Esa ausencia de proceder del que está legalmente obligado a llevarlo a cabo, genera un riesgo para el bien jurídico protegido y provoca que la ley impute la comisión del delito a quien sólo ha omitido realizar actuaciones que pudieran haberlo evitado. Por consiguiente, hay un criterio restrictivo para atribuir al sujeto omitente la responsabilidad por el hecho cometido. No sólo se trata de que alguien que conozca la existencia del delito pueda hacer actuaciones para evitarlo, sino que tenga el deber, por ley o por contrato, de actuar.

Entendida así la regla general del artículo 11 CP, se restringe la imputación de responsabilidad en la comisión por omisión del artículo 318 CP exclusivamente «a aquellos órganos directivos o superiores jerárquicos en la organización empresarial por no haber evitado que el hecho delictivo hubiese sido realizado por parte de sus subordinados, siempre y cuando aquellos sujetos se encontrasen en el ejercicio de una concreta situación de competencia específica que les obligaba a controlar todos sus factores derivados de la misma y, consecuentemente, a evitar la realización de delitos por sus subordinados en la cadena jerárquica de la empresa»²⁴. ¿Qué virtualidad entonces tiene el mandato del 318 CP? Según esta misma doctrina sería poder incluir como autores – y no como meros partícipes–, los supuestos de delegación de competencias, muy frecuentes en la empresa, en los que un directivo infringe su especial deber de garantía de la evitación de actuaciones delictivas. Con las reglas generales, la infracción de los deberes del delegante fundamentaría una responsabilidad de

²² De interés para el conocimiento por la empresa de los delitos que puedan cometerse en el interior de su organización es la conexión con el canal de denuncias regulado en nuestro país por la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de la lucha contra la corrupción que no desarrollamos en este capítulo. En este sentido, indicar la estimación sobre que en dichos canales de denuncia la mitad de las denuncias versan sobre cuestiones laborales y de acoso, WEBINAR ARANZADI. Cómo gestionar el canal de denuncias en supuestos de acoso, 22 de mayo de 2024.

²³ En casos como el de los técnicos de prevención, su responsabilidad derivará de la acreditación o prueba de su imprudencia profesional, al haber incumplido de forma clara y patente las labores profesionales cuando tenía la suficiente información, formación y medios materiales para la realización de su actividad. En este sentido, ÁLVAREZ SACRISTÁN, Isidoro: «Una supuesta responsabilidad de los técnicos de prevención en los accidentes de trabajo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 754, 2008, pp. 13-16.

²⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, citado, p. 1097.

participación en comisión por omisión y no la autoría propiamente dicha²⁵. Es reseñable la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de diciembre de 2015²⁶ quien critica abiertamente –y de forma a nuestro juicio sorprendente–, la «redacción hiperextensiva» del artículo 318 CP porque a su parecer imputa la autoría de los delitos, bien a sujetos que carecen de competencia para evitar o remediar el peligro, bien considera autores a quienes en realidad son partícipes del mismo. Por tanto, da la razón a la doctrina citada en la correcta exégesis del precepto.

3. La aplicación por la jurisprudencia

Tras realizar la exégesis del artículo 318 CP, resta ahora por conocer cómo está siendo aplicado este precepto por los tribunales. Para ello, analizamos de primeras, la STS (sala 2.ª) de 29 de septiembre de 2022 (resolución número 792) que en su Fundamento Jurídico (FJ) tercero resuelve la parte del recurso de casación interpuesta por la persona jurídica. Se trata de un supuesto en el que se condena a los administradores por un delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 311 CP por dar ocupación a personas trabajadoras sin darlas de alta en la Seguridad Social. Por esta causa en instancia se condena a dos años de cárcel a cada uno de los administradores y se acuerda imponer como medida cautelar al amparo de los artículos 129.3 y 33.7.c) del CP la suspensión de la actividad del club de alterne por tiempo de dos años. El recurso es rechazado por un defecto formal y es que la empresa no recurre en apelación por los motivos por los cuales ahora impugna en casación. Pero, a mayor abundamiento, el Tribunal Supremo realiza unas consideraciones de interés para el objeto de nuestro estudio aplicando la doctrina sentada en su anterior STS 162/2019 de 26 de marzo y recuerda que «... el tipo penal contemplado en el artículo 311 CP no puede dar lugar a la responsabilidad penal de la persona

²⁵ Ídem, p. 1098-1100, con relevante cita de la discusión doctrinal. Incluyendo también los supuestos de delegación de competencias, AA. VV. (GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, 7.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 592.

²⁶ Sentencia Audiencia Provincial de Madrid de 22 de diciembre de 2015, número 862/2015, FJ tercero, literalmente dice así: «La cláusula prevista en el penúltimo inciso del artículo 318 es incorrecta por dos motivos: porque se imputa la autoría de los delitos a sujetos que carecen de competencia para evitar y remediar el peligro; y en segundo lugar porque sanciona como autoría supuestos que en realidad son de participación». En este caso, no se imputa responsabilidad ni a los representantes legales de los trabajadores como delegados de prevención, ni a los inspectores de trabajo, ni a los coordinadores en materia de seguridad y salud en el trabajo, ni a los integrantes de la dirección facultativa en el ámbito de la construcción (arquitectos técnicos y superiores), porque, según la sentencia, carecen de dominio funcional suficiente para adoptar medidas de seguridad y por lo tanto para evitar la puesta en peligro.

jurídica titular del establecimiento, dado que esa eventualidad no se prevé expresamente, conforme a lo que exige el artículo 31 bis. Esta exclusión ha sido criticada doctrinalmente, pero, al margen de las opiniones que se puedan tener sobre la misma, es inquestionable.

El artículo 318 CP prevé una consecuencia singular para los delitos contra los derechos de los trabajadores. Cuando los hechos sean realizados en el ámbito de actuación de una persona jurídica responderán penalmente los administradores o encargados del servicio y no la propia sociedad, tal y como ha ocurrido en este caso».

Por consiguiente, confirma la tesis de la inexistencia de responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos laborales, por falta de tipificación expresa conforme al artículo 31 bis CP y en estos casos responden las personas administradoras. En el resto del fundamento, el Alto Tribunal se encarga de valorar la idoneidad de la suspensión de dos años como medida cautelar impuesta a la empresa y entiende que todo se hizo correctamente pues no causa indefensión a la sociedad titular porque pudo ejercitar plenamente su derecho de defensa²⁷.

Antes de esta resolución, la Sala Segunda del Tribunal Supremo había llegado a la misma conclusión de la imposibilidad de acusar a la entidad jurídica por falta de tipificación penal expresa en la STS de su sala 2.^a, de 23 de febrero de 2017 (sentencia n.º 121/2017, fundamento jurídico segundo)²⁸, por

²⁷ El tenor literal del final del FJ tercero de la STS de 29 de septiembre de 2022, número de resolución 792/2022, que estamos comentando es el siguiente: «podrá decretarse, además, alguna o algunas de las consecuencias accesorias del artículo 129CP, entre las que se encuentran la suspensión de actividades por tiempo que no exceda de 5 años (artículo 33. 37 C). Para acordar esta suspensión no se exige que exista una previa declaración de responsabilidad penal de la sociedad titular del establecimiento, que no es posible, sino que la actividad delictiva se desarrolle en el ámbito de actividad de la empresa y que se haya declarado la responsabilidad penal del administrador o del encargado del servicio que hayan sido responsables del hecho y que, conociendo la situación, no hayan adoptado medidas para remediarla. Así se ha procedido en este caso, sin que la medida adoptada cause ningún género de indefensión porque la sociedad titular del establecimiento y a quien afecta de forma directa la decisión de suspensión fue citada a juicio y pudo ejercitar con plenitud su derecho de defensa. No ha habido lesión del principio acusatorio porque la consecuencia accesoria había sido oportunamente solicitada en las conclusiones provisionales y definitivas del Ministerio Fiscal (folio 355 vuelto) y tampoco ha habido lesión del derecho de defensa porque la sociedad titular del establecimiento fue parte procesal en el juicio y pudo ejercitar dicho derecho con plenitud».

²⁸ El Tribunal Supremo en este FJ sostiene «Además, la entidad Paradela SL. no puede ser acusada por este delito a tenor del artículo 31 bis CP. El artículo 318 no se remite al artículo 31 bis. Lo que hace -mediante una cláusula que está vigente desde la LO 11/2003 y por ello con anterioridad a que se implantase la responsabilidad penal de las personas jurídicas por Lo 5/2010- es permitir la atribución de la pena en tales casos a los administradores y que quepa imponer alguna de las medidas del artículo 129 CP a la persona jurídica; pero ésta no puede ser acusada como responsable penal. (...) De hecho, ha sido frecuente la crítica doctrinal sobre la no inclusión de los delitos contra los derechos de los trabajadores en el listado de delitos en los que cabe opere el artículo 31 bis. La sentencia sí que resuelve esta cuestión. Condena al recurrente y ello pese a que nadie acusó a la persona jurídica. Además, -como apunta el Ministerio

lo que ya es jurisprudencia consolidada que es seguida en recientes resoluciones de las Audiencias Provinciales (AP), como son la SAP (Madrid), de 3 de diciembre de 2019²⁹ o la SAP (Cáceres), de 15 de junio de 2023³⁰.

III. LA RESPONSABILIDAD EN LOS DELITOS DEL TÍTULO DECIMOQUINTO DEL CÓDIGO PENAL ATRIBUIDOS A LA PERSONA JURÍDICA

Tal como antes se indicó, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se contempla en el caso de los delitos contra los derechos de los trabajadores recogidos en el artículo Título XV del CP. En efecto, desde la reforma de 2010, como dispone el artículo 31 bis.1 CP sólo hay tal tipo de deudas para los supuestos previstos expresamente en el Código Penal³¹ (sistema de «numerus clausus») y el artículo 318 CP no fue modificado por la Ley Orgánica 5/2010, ni tampoco por las posteriores reformas que enmendaron el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Efectivamente, ni la Ley Orgánica 7/2012, que introdujo la responsabilidad de los partidos políticos y

Fiscal- la responsabilidad penal de la persona jurídica no condicionaría la de la persona física, ni viceversa conforme a los (arts. 31 bis y ter) CP» (STS, sala 2.ª, de 23/02/2017, sentencia n.º 121/2017, fundamento jurídico segundo).

²⁹ Sentencia número 804/2019, FJ primero punto 6 es ilustrativa al indicar que «el delito contra la seguridad de los trabajadores del artículo 316, ni el del artículo 318 del Código Penal, es susceptible de condena por la comisión por personas jurídicas. Por ello, nunca cabría la condena como responsables penales de las entidades acusadas, y solo cabría su condena como responsables civiles subsidiarias como consecuencia del posible delito contra la seguridad de los trabajadores o del delito de lesiones imprudentes de condenarse a una persona física por alguno de esos delitos y de concurrir algún supuesto de responsabilidad civil subsidiaria *ex art. 120 del Código Penal*».

³⁰ Sentencia número 430/2023, FJ segundo es muy clara cuando señala: «si la imputación de la persona jurídica parece derivarse de la presunta falta de adopción de las medidas encaminadas a evitar los riesgos laborales, ha de tenerse en cuenta que el artículo 318 del Código Penal (...) supone una previsión singular para los delitos contra los derechos de los trabajadores en materia de responsabilidad de la persona jurídica de modo que cuando tales delitos sean realizados en el ámbito de actuación de una persona jurídica, responderán penalmente los administradores o encargados del servicio, pero no la sociedad, y así lo recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo 162/2019, de 26 de marzo. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 121/17, de 23 de febrero, indica que « el artículo 318 no se remite al artículo 31 bis. Lo que hace mediante una cláusula que está vigente desde la LO 11/2003 y por ello con anterioridad a que se implantase la responsabilidad penal de las personas jurídicas por Lo 5/2010 - es permitir la atribución de la pena en tales casos a los administradores y que quepa imponer alguna de las medidas del artículo 129 del Código Penal a la persona jurídica; pero ésta no puede ser acusada como responsable penal». Y es que cuando el artículo 31 bis establece que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es exigible «en los supuestos previstos en este Código», lo que indica es que no todos los delitos pueden dar lugar a este tipo de responsabilidad penal, sino solo en los casos en que el Código Penal tenga prevista la extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas. (...) La responsabilidad penal que establece el art 318 es personal del administrador o encargados del servicio...».

³¹ Y en la Ley Orgánica 12/1995 de Represión del Contrabando (artículos 2.6 y 3.3).

sindicatos no contemplados en la inicial regulación de 2010, ni la Ley Orgánica 1/2015 que completó el sistema legal de obligaciones penales con la regulación de los modelos de organización y gestión (programas de cumplimiento, más conocido por el anglicismo *compliance programs* o sistemas de *compliance*) cuyo correcto funcionamiento puede determinar la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica, incluso si el delito hubiese sido cometido por un administrador o representante³², como decimos, ni una ni otra ley han incluido los delitos contra los derechos de los trabajadores dentro del elenco por el que puede ser penalmente responsable la persona jurídica. Esto significa que quien responde en estos casos son los administradores o encargados de servicio. Desentrañemos de forma sucinta las claves de este mandato legal previsto en el artículo 318 CP.

Además de lo indicado en el punto anterior, en este momento revisaremos el ámbito de las personas físicas que pueden responder de los delitos. Es decir, qué se entiende por administrador de la sociedad y por encargado de servicio. Veremos cómo se está aplicando en la práctica a través de soluciones jurisprudenciales y, en fin, a continuación, analizaremos su conexión con el «non bis in idem» con las sanciones administrativas.

1. Responden penalmente administradores y encargados del servicio

De los delitos contra los derechos de los trabajadores que pueda llevar a cabo una empresa van a responder, por decisión legal (art. 318 CP), sus administradores y/o los encargados de servicio. Como ya vimos es la solución tradicional en nuestro Derecho. La doctrina penalista se ha encargado de descifrar el concepto jurídico-penal de administrador, que abarca al de derecho y al de hecho. El primero parece que no presenta especiales problemas, dado que es el sujeto que reúne todas las exigencias (formales y sustanciales) recogidas en la normativa mercantil, con su correspondiente y necesaria formalización de nombramiento y su posterior inscripción en el Registro Mercantil³³. En

³² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: «Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la española», en AA. VV., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Fiscalía General del Estado, Madrid, 2018, p. 151, «Puede responder una persona física por un delito cometido en beneficio de una persona jurídica, pero no ésta si no se constata su responsabilidad».

³³ GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa: «La responsabilidad penal del administrador derivada de los delitos societarios y conductas afines», en CAMACHO DE LOS RÍOS, Francisco Javier et. al. (Dir.), *La Administración de las Sociedades de Capital desde una Perspectiva Multidisciplinar*, citado, p. 1074, quien cita a Martínez Buján.

cambio, la figura del administrador de hecho necesita mayores aclaraciones que a continuación realizaremos. Por su parte, los encargados del servicio parece que tampoco requieren excesivo detenimiento pues deben entenderse, según asevera la doctrina, con una connotación más fáctica que jurídica³⁴ y, como luego veremos, la aplicación por los tribunales no está siendo contestada. Para su imputación es imprescindible que tengan encomendadas las funciones que podrían hacer evitar el perfeccionamiento del delito.

Por lo que respecta al administrador de hecho³⁵, de primeras, es aquel que, sin reunir los requisitos materiales y formales exigidos en la normativa mercantil para el administrador de una sociedad, sin embargo desempeña de facto las mismas funciones. Por consiguiente, hay dos elementos esenciales: uno negativo, carecer de la designación formal de administrador y otro positivo, llevar a cabo unas determinadas funciones. En esta línea estarían los apartados tercero y cuarto del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital³⁶, que extienden la responsabilidad de los administradores legales a los que son de hecho («persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuida las facultades de más alta dirección de la sociedad»). Así lo ha entendido también la jurisprudencia de la sala de lo Civil del Tribunal Supremo³⁷ que con respecto a las funciones a realizar indica: 1) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; 2) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada (intensidad cuantitativa y cualitativa) y 3) ha de prestarse de forma independiente, con poder autónomo de decisión y con respaldo de la sociedad. Por tanto, se ha apostado por una lectura amplia y poco formalista para evitar que con interpretaciones excesivamente rígidas las personas que concentran el poder de una organización puedan quedar al abrigo de la responsabilidad penal, provocando espacios de impunidad. En la práctica pueden ser diversas las figuras que po-

³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 24.ª edición Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 372.

³⁵ Seguimos en esta parte a TERRADILLOS BASOCO, Juan María: «La responsabilidad penal de los administradores», en PULIDO BEGINES, Juan Luis (Dir.), *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, citado, pp. 349-351.

³⁶ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

³⁷ STS, Sala 1.ª, de 22/07/2015, número de resolución 421/2015, FJ 16. Por su parte, GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa: «La responsabilidad penal del administrador derivada de los delitos societarios y conductas afines», citado, pp. 1.075-1.076, cita sentencias anteriores de nuestro Alto Tribunal en las que queda evidenciado que en relación con la concepción de administrador de hecho «no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo al a respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización del material de funciones dirección» (STS 26/01/2007, resolución 59/2007 y otras posteriores).

drían asimilarse a esta condición (apoderado general que en la práctica ostenta la representación de la sociedad, hacia el exterior y al interior de la entidad; el socio de control comisionado por la junta general para revisar la gestión de los administradores o, en sociedades que estén en concurso, el administrador judicial o el liquidador de la misma).

Por consiguiente, la clave está en que el administrador de hecho (sea cual fuera su figura jurídica), al atesorar las competencias fácticas y jurídicas del que tenga el reconocimiento legal (la realización material de las funciones de dirección y del poder de decisión de la sociedad), es capaz de realizar las conductas de los diferentes preceptos penales y de ahí que deba responder por ellas.

2. La aplicación jurisprudencial

No son muchas las resoluciones judiciales que versan sobre esta materia por lo que parece que no es asunto polémico, si bien aportan matices interesantes. En concreto, son cinco las sentencias revisadas. La más reciente, la STS, sala 2.^a, de 25 enero de 2023³⁸, imputa la responsabilidad al administrador societario, aunque no lleve a cabo labores de gerencia efectiva, puesto que «[a] demás de conocer el estado reiterado de incumplimiento normativo, disponía, situacionalmente, en su condición de administrador, de posibilidades reales, fácticas y jurídicas, para procurar cumplir el deber que le incumbía –«pudiendo remediarlo», como precisa el artículo 318 CP–. En modo alguno, dadas las circunstancias del caso, el recurrente puede situarse como «extraneus» al ámbito del deber exigido y, en consecuencia, puede ser tenido como irresponsable por su incumplimiento. Conocía tanto el deber normativo exigible como los presupuestos fácticos de activación y, pese a ello, omitió cumplirlo, compro-

³⁸ La STS, sala 2.^a, de 25 de enero de 2023 (sentencia número 34/2023), FJ 14 dice, «En el caso, los hechos que se declaran probados neutralizan el argumento esgrimido por el recurrente de que en su condición de administrador social se limitó a ejecutar una suerte de serie de actos neutrales –interponer recursos contra las distintas sanciones impuestas por incumplir el deber de dar de alta en la Seguridad Social a los trabajadores que desarrollaban sus actividades en el Hotel Las Marismas–. Y que, como tales, por su naturaleza socialmente adecuada, en modo alguno implicaban que conociera la realidad descrita en la sentencia recurrida y que, por tanto, infringiera dolosamente el deber que se identifica como fuente normativa de la responsabilidad penal. Lejos de ello, resulta evidente que el recurrente, como administrador de la mercantil propietaria del negocio desde 2012, asumió una posición de garante no solo por razones formales sino también, como con acierto destaca el Tribunal Superior, materiales. Además de conocer el estado reiterado de incumplimiento normativo, disponía, situacionalmente, en su condición de administrador, de posibilidades reales, fácticas y jurídicas, para procurar cumplir el deber que le incumbía –«pudiendo remediarlo», como precisa el artículo 318 CP–. En modo alguno, dadas las circunstancias del caso, el recurrente puede situarse como «extraneus» al ámbito del deber exigido y, en consecuencia, puede ser tenido como irresponsable por su incumplimiento. Conocía tanto el deber normativo exigible como los presupuestos fácticos de activación y, pese a ello, omitió cumplirlo, comprometiendo así los fines de protección a los que responde el tipo».

metiendo así los fines de protección a los que responde el tipo». Por tanto, el administrador legal está en condiciones de impedir los hechos delictivos y, como tal, responde de ellos al imputarse a la persona jurídica.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de diciembre de 2019³⁹, en un delito contra la seguridad de los trabajadores, de carácter culposo y no en su faceta de comisión imprudente, se pretende imputar al jefe de almacén la no facilitación de los medios necesarios para la prevención de los riesgos laborales (art. 316 CP). En el supuesto de hecho se caen unas vigas apiladas irregularmente, un peligro no previsto en la evaluación de riesgos. La persona imputada, como encargada que podría evitar el peligro es persona ajena al Departamento de Seguridad Laboral, queda probado que no había llegado al lugar de los hechos y no tenía la obligación por no tener encomendada esa función, según el plan de prevención vigente. Por todo ello, la imputación resulta infructuosa.

Diferente solución se da en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 24 de enero de 2019⁴⁰, también en un caso de omisión de las medidas de seguridad adecuadas para la evitación de riesgos laborales. En este caso se imputan los hechos al jefe de seguridad y el tribunal confirma la autoría pues tiene la posibilidad fáctica de evitar la situación de peligro, está jurídicamente obligado a ello y no lo hace.

De interés es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de diciembre de 2015⁴¹ en la que no se imputa responsabilidad ni a los representantes legales de los trabajadores como delegados de prevención, ni a los coordinadores en materia de seguridad y salud en el trabajo, ni a los integrantes de la dirección facultativa en el ámbito de la construcción (arquitectos técnicos y superiores), porque carecen de dominio funcional suficiente para adoptar medidas de seguridad y por lo tanto para evitar la puesta en peligro de los trabajadores.

³⁹ SAP Madrid, 03/12/2019 (número de recurso 804/2019), FJ 1.º, punto 5.

⁴⁰ SAP Ciudad Real, 24/01/2019 (número 16/2019), FJ 4.º, que dice: «la condición de sujeto activo del tipo previsto en el artículo 318 C. P, concurre en el apelante. Sujeto activo del delito no solo son los empresarios o titulares de la empresa, también lo son los administradores o encargados a que se refiere el artículo 318 C. P, es decir, aquellas personas que dentro de la organización empresarial tengan atribuidas las funciones de facilitar los medios necesarios para la seguridad del trabajador en la realización de la tarea de que se trate, ya sean mandos superiores, intermedios, subalternos o incluso de hecho: quien tiene posibilidad fáctica de evitar la situación de peligro y estando jurídico-laboralmente obligado a hacerlo, no lo hace, es autor. Y ello porque la previsión normativa le atribuye una posición de garante, de que el resultado lesivo no se produzca, y lo hace a quien la normativa laboral de prevención de riesgos obliga a actuar en relación a su neutralización. En el caso, y por delegación de funciones, al recurrente. Por lo que no se aprecia la indebida aplicación del precepto alegada en el recurso».

⁴¹ Sentencia Audiencia Provincial de Madrid de 22 de diciembre de 2015, número 862/2015, FJ tercero.

Por último, revisamos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 13 de mayo de 2013⁴², de nuevo en un delito por falta de medidas de seguridad. Se trata de una resolución que hace un meritorio y extenso resumen de la doctrina judicial aplicable al caso. En la instancia se condenó al administrador de la subcontratista y al encargado jefe de obra, de esta misma empresa, como responsable del plan de seguridad. No obstante, se absolvió a los administradores de la promotora y ante el recurso del Ministerio Fiscal, la Audiencia confirma su absolución dado que «cumplieron sus obligaciones desde la perspectiva del derecho penal con el encargo a un profesional del plan y estudio de seguridad», con el nombramiento de un coordinador y tras asegurarse de la designación de un supervisor con un contratista. Por tanto, la contratación de profesionales específicos para el control y vigilancia de la obra y la existencia de un contratista a través del cual los administradores denunciados se habían asegurado la cautela necesaria, impidieron que fueran declarados responsables, sin perjuicio de la posible responsabilidad administrativa. En este caso, sólo fueron condenados el administrador y el arquitecto técnico de la contratista.

En resumidas cuentas, debemos partir de la entidad en donde se llevan a cabo los hechos que están tipificados en el código penal («que hayan sido responsables de los mismos» dice el 318 CP), no de otras empresas vinculadas como contratistas, subcontratistas o promotoras. A partir de ahí, responderá bien el administrador legal (aunque no lleve a cabo labores de gerencia efectiva), pues tiene la posibilidad y responsabilidad de evitar las conductas delictivas, bien el administrador de hecho, bien el encargado del servicio, o las personas que teniendo las tareas o funciones encomendadas y teniendo el dominio funcional suficiente para evitar el delito, no hayan hecho la actuación necesaria para lograrlo. Y, en fin, de estas resoluciones estudiadas sacamos en claro que, en casos con diversas empresas presentes, los administradores que responden son los de la entidad que tenían la responsabilidad efectiva de los hechos, no los promotores o contratistas principales de una obra, siempre que éstos hayan asegurado las cautelas necesarias para impedir que sean ellos declarados responsables.

3. **¿Existe non bis in ídem con las sanciones administrativas?**

El hecho de que el artículo 318 CP asigne la pena a los administradores o encargados del servicio cuando los hechos delictivos del Título XV del CP

⁴² Sentencia Audiencia Provincial de Almería, de 13 de mayo de 2013, número 126/2013, FJ tercero.

se atribuyan a la persona jurídica y que, por tanto, sea una persona física la castigada, tiene un derrotero interesante en aquellos casos en los que la empresa sea encausada por una infracción administrativa por los mismos actos. Estamos hablando de la aplicación o no del principio *non bis in idem*, que pese a no venir expresamente reconocido en nuestra Constitución tiene un evidente anclaje constitucional, según ha reconocido el Tribunal Constitucional⁴³. Más explícita es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que lo recoge en su artículo 50, en concordancia con otras normas internacionales⁴⁴. Por las dimensiones del estudio prescindiremos de adentrarnos en cuestiones terminológicas o de su naturaleza jurídica⁴⁵. Como se sabe, este principio es una institución básica del sistema punitivo del Estado que ha sido definida como «un principio general del Derecho, que sobre la base de los principios de proporcionalidad y cosa juzgada prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procesos o procedimientos, sea en uno o más órdenes jurídicos sancionadores, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamento –de sujetos, objeto o causa material y de acción o razón de pedir, si nos referimos a la perspectiva procesal–, y siempre que no exista una relación de supremacía especial de la Administración respecto al sujeto en cuestión»⁴⁶. La finalidad que se persigue con esta institución es evitar la imposición por el Estado de dos o más sanciones a un

⁴³ Lo que se debate es si está incardinado en el artículo 25.1 CE (principio de legalidad en materia penal y sancionador), en el 24 CE (procedimiento sancionador sustanciado con todas las garantías como límite al poder punitivo del Estado) o en el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de proporcionalidad. Al respecto, GÓMEZ TOMILLO, Manuel: «Non bis in idem en los casos de procedimiento penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH», *Revista InDret*, número 2, 2020, DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.14, p. 424 y nota al pie 10. También, NAVAS-PAREJO ALONSO, Marta: «La aplicación del principio *non bis in idem* en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», *Temas Laborales*, número 124, 2014, pp. 66-69. Más escueto, ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 10.ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 159-161.

⁴⁴ El artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dice así: «Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley». Otras normas internacionales que recogen el principio son el artículo 14.7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 («Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país») y el artículo 4 del Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, BOE de 15 de octubre de 2009 («Nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado»).

⁴⁵ Aspectos tratados en los trabajos citados en la nota 43.

⁴⁶ DEL REY GUANTER, Salvador: *Potestad sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social*, Editorial Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, p. 111, citado por NAVAS-PAREJO ALONSO, Marta: «La aplicación del principio *non bis in idem* en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», citado, p. 67.

determinado sujeto, por unos mismos hechos que ya hayan sido encausados, basados en el mismo fundamento jurídico. Por consiguiente, si se da la triple identidad (sujeto, hechos y fundamento), no podría recaer una nueva sanción. Lo que a nosotros nos interesa ahora es la duplicidad de procedimientos penal y administrativo por unos mismos hechos que estén tipificados en alguno de los artículos del Título XV CP (arts. 311-317). Como se sabe y se ha estudiado en otros capítulos de la presente obra, existen algunas infracciones incardinadas en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS)⁴⁷ que tienen gran coincidencia temática con los delitos laborales (infracciones de relaciones laborales individuales y colectivas, de prevención de riesgos laborales, de seguridad social).

Esta situación ha sido abordada en resoluciones de la Sala Cuarta de nuestro Tribunal Supremo, partiendo de la sentencia del Pleno de 18/06/2020⁴⁸, seguida en otras posteriores llegando a ser jurisprudencia⁴⁹.

La cuestión que resuelve esta sentencia es si debe aplicarse el principio non bis in idem para impedir que se pueda imponer a una empresa una sanción administrativa por infracción de las normas sobre prevención de riesgos laborales contempladas en la LISOS, derivada del mismo accidente de trabajo por el que ya fue condenado en vía penal el encargado de la obra en la que prestaba servicios el trabajador accidentado. El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia de junio de 2020 para resolver el asunto se basa en la doctrina del Tribunal Constitucional, especialmente en la STC 70/2012, de 16 de mayo, que dirime un asunto sustancialmente idéntico en el que se impone a la sociedad mercantil una determinada sanción administrativa, cuando por los mismos hechos se estaba instruyendo una causa criminal en la que aparece como imputada la persona física que desempeñaba el cargo de administrador mancomunado de la misma. Según esta sentencia del TC⁵⁰ «no cabe apreciar la concurrencia de una identidad subjetiva en los procesos administrativo y penal que pudiera dar lugar a la infracción del principio non bis in idem» y lo sustenta, por un lado, «en la falta de identidad subjetiva, porque el proceso sancionatorio administrativo se dirige contra la persona jurídica y el penal contra una persona física» y, por otro, en la «imposibilidad de sancionar en vía penal a la persona jurídica (...) pues, aunque ya

⁴⁷ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁴⁸ STS, Sala cuarta, de 18 de junio de 2020, número de resolución 469/2020.

⁴⁹ Entre otras, STS, Sala cuarta, 19/1/2021, recurso de casación para la unificación de doctrina 3070/2018 y STS 27/09/2022, Sala cuarta, resolución número 771/2022.

⁵⁰ FJ 4.º de la STS de 18 de junio de 2020.

hubiere entrado en vigor la reforma del Código Penal que permite condenar en algunos casos a las personas jurídicas, el delito contra la seguridad de los trabajadores por el que fue condenado el encargado de la empresa, es uno de los que está expresamente excluido de la responsabilidad penal de la persona jurídica (STS Sala II 23 de febrero de 2017, rec. 1916/2016)». Aplicando esta doctrina el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de junio de 2020, FJ sexto, tampoco estima vulneración del citado principio del Derecho Sancionador. En efecto, la Sala Cuarta concluye:

«Que en el caso de autos se condena en vía penal a la persona física que desempeñaba las funciones de encargado a pie de la obra en la que tuvo lugar el accidente de trabajo, mientras que la sanción administrativa se ha impuesto a la sociedad mercantil que como persona jurídica ostenta la titularidad de la empresa.

Lo que a su vez determina que la sentencia penal valore únicamente la conducta de ese encargado consistente en ordenar al trabajador accidentado la realización de tareas de limpieza en el entorno de la cinta transportadora, mientras que la sanción administrativa impuesta a la empresa se sustenta en las deficientes condiciones de conservación y mantenimiento de la cinta y su entorno, así como en la inadecuada formación del trabajador y la ausencia de un plan de prevención.

Aplicar en estas condiciones el principio non bis in ídem supondría exonerar injustificadamente a la persona jurídica de toda clase de responsabilidad penal o administrativa, ponerla a salvo de las infracciones en las que había incurrido y resultaron relevantes en la producción del accidente, al margen y con independencia de la actuación punible que le ha sido imputada el encargado» (FJ 6.º).

Como antes se comentó, esta sentencia ha sido seguida entre otras, por la de 27 de septiembre de 2022⁵¹ en la que se cuestiona si debe aplicarse el principio non bis in ídem para dejar sin efecto una sanción administrativa impuesta a la empresa recurrente por infracción de las normas sobre prevención de riesgos laborales, derivada del mismo accidente de trabajo por el que han sido condenados en vía penal dos trabajadores de empresas subcontratadas. Para el Alto Tribunal «[n]o opera en cambio ese principio cuando la sentencia penal condena exclusivamente a determinadas personas físicas como responsables penales del accidente, ya sean trabajadores de la empresa o de terceras subcontratadas» (FJ 3.º). Y concluye como en su sentencia de junio de 2020, que no debe aplicarse el principio non bis in ídem cuando:

⁵¹ STS de 27 de septiembre de 2022, Sala cuarta, resolución número 771/2022.

«se condena en vía penal a dos concretos trabajadores de las empresas subcontratadas, mientras que la sanción administrativa se ha impuesto a la sociedad mercantil que como persona jurídica ostenta la titularidad de la empresa.

Lo que a su vez determina que la sentencia penal se limite únicamente a enjuiciar la concreta conducta de esos dos trabajadores condenados, que nada tiene que ver con la actuación de la empresa y su responsabilidad en orden al cumplimiento de las obligaciones que le impone la normativa legal de prevención de riesgos laborales, que ha quedado imprejuzgada en el proceso penal y es la que se valora y sanciona en la resolución administrativa» (FJ 4.º).

Desde un punto de vista formal estas resoluciones son impecables. Existe un sujeto distinto en la causa penal (persona física) y en la sanción administrativa (la empresa o persona jurídica). Si ello es así, no hay cabida a la identidad subjetiva necesaria para aplicar el principio del non bis in idem. Ahora bien, como hemos visto en estas páginas, cuando se aplica el artículo 318 CP, no en otros casos, los hechos se atribuyen a la persona jurídica y, por tanto, sería en esencia el sujeto del delito. No obstante, por decisión legal, quien va responder no es la entidad jurídica, sino las personas físicas responsables de los hechos (administradores o encargados del servicio) o bien las personas físicas que conociendo los hechos y pudiéndolos evitar, no lo hubieran logrado impedir.

En los casos que se aplique el artículo 318 CP, los hechos son atribuidos a la persona jurídica, con independencia de quién responda de los mismos y a quién se imponga la pena. Si ello es así, habría una identificación entre el sujeto a quien se atribuyen los hechos delictivos y el ente subjetivo al que se impone la infracción administrativa. Entendido así el precepto, que es como consideramos que debe interpretarse la expresión «Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas», habría identidad fáctica y subjetiva. La persona jurídica en uno y otro caso sería el sujeto de ambas actuaciones del ius puniendi del Estado, lo que ocurre es que, en un caso, por decisión del legislador, se impone la pena a personas físicas y, en el otro, la sanción administrativa recae sobre la empresa. Pero ello no es obstáculo para entender que se está sancionando dos veces por un mismo hecho al empleador cuando éste es una persona jurídica, por mucho que a quien se imponga el castigo penal sea a las personas físicas que administran o se encargan. Quizá sea éste el motivo por el cual el legislador no ha modificado el artículo 318 CP y no lo ha incluido dentro de los que se puede imponer la pena directamente a la persona jurídica. En resumidas cuentas, desde nuestro punto de vista, se sortea la aplicación del principio del non bis in idem sólo desde un punto de

vista formal pero no material, como acabamos de argumentar y, por tanto, otra podría ser la solución al dilema jurídico planteado en sentencias similares.

Otra cosa es que pueda ocurrir que el fundamento jurídico de cualquiera de los concretos delitos tipificados en el Título XV CP y las infracciones administrativas recogidas en la LISOS sea distinto. Como se sabe, aquél se vincula con el interés o el bien jurídico protegido⁵² y la doctrina (penalista y laboralista) considera que el fundamento de la tipificación es diferente entre, por ejemplo, «el artículo 316 CP que castiga la puesta en peligro grave del bien jurídico de la vida y salud de los trabajadores por no facilitar los medios de prevención y en el artículo 13.7 LISOS, que considera infracción muy grave la no adopción de medidas preventivas en el marco de actividades reglamentariamente peligrosas. La diversidad de fundamento autoriza, en su caso, la concurrencia de pena y sanción administrativa»⁵³. Y en esta lógica es en la que se entiende la conclusión de las SSTs de 18/06/2020 y de 27/09/2022. Dado el diverso fundamento, la sentencia penal se limita a enjuiciar únicamente la concreta conducta de los administradores o encargados y no se adentra en analizar la actuación de la empresa y su responsabilidad en relación con las obligaciones de la normativa de seguridad y salud laboral. Por consiguiente, la solución jurisprudencial de la Sala Cuarta debe mantenerse si bien por otro motivo al utilizado. En efecto, cuando se aplica el artículo 318 CP debe entenderse que consta identidad subjetiva, pero, por el contrario, puede no existir identidad de fundamento entre la norma penal y la LISOS, permitiendo en esos casos el doble enjuiciamiento y sanción, una penal y otra administrativa.

IV. LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA EN LOS DELITOS LABORALES REGULADOS FUERA DEL TÍTULO XV DEL CÓDIGO PENAL

Como antes se indicó, existen unos delitos laborales que se encuentran ubicados sistemáticamente fuera del Título XV CP. En concreto, encontramos el acoso laboral (art. 173 CP), el acoso sexual (art. 184 CP) y el delito contra intimidad, allanamiento informático y otros delitos informáticos (art. 197 CP).

⁵² Tal como indica NAVAS-PAREJO ALONSO, Marta: «La aplicación del principio «non bis in idem» en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», citado, p. 74, así es como hay que entender la identidad de fundamento del principio non bis in idem.

⁵³ Por la doctrina penal, TERRADILLOS BASOCO, Juan María y BOZA MARTÍNEZ, Diego: *El Derecho Penal aplicable a las Relaciones Laborales. Lecciones*, citado, p. 31. Por la doctrina laboralista, GIL PLANA, Juan: «La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo», en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, número 138, 2018, pp. 436-437.

En este último, se persiguen los hechos por los cuales se desvelan secretos o se vulnera la intimidad de un trabajador, sin su consentimiento, accediendo a sus correos electrónicos, ficheros o soportes informáticos, telecomunicaciones, grabaciones de sonido o imagen. A diferencia de los delitos recogidos en el Título XV CP, estos tres sí están tipificados en el elenco de los que pueden ser cometidos por personas jurídicas *ex art.* 31 bis. 1 CP. En efecto, tanto el último párrafo del artículo 173.1⁵⁴, como el artículo 184.5⁵⁵, ambos introducidos por la LO 10/2022, como, por su parte, el artículo 197 quinquies⁵⁶, introducido en 2015, los tres permiten imponer la pena de multa a la persona jurídica de seis meses a dos años cuando sea responsable de sendos delitos, sanción que debe ponerse en relación con el artículo 50.4 CP para conocer su cuantía. En estos casos, se administran las reglas de aplicación de las penas previstas en el artículo 66 bis CP y a estas penas se podrán añadir las sanciones previstas en las letras b) a g) del artículo 33.7 CP que antes vimos. No obstante, no entraremos a desentrañar los entresijos de estos delitos que se realiza en otras partes de esta obra.

Las reglas básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas están recogidas en los artículo 31 bis, ter, quater y quinquies y, esquemáticamente, son las siguientes⁵⁷. Tal como indica el artículo 31 bis.1 CP, la persona jurídica será penalmente responsable en dos supuestos diferenciados:

De un lado, de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas y en su beneficio (directo o indirecto) por sus representantes legales o por las personas que sean integrantes de los órganos de la persona jurídica que estén autorizados para tomar decisiones en nombre de ésta, o detenten facultades de organización y control.

⁵⁴ El último párrafo del artículo 173.1 dice: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los tres párrafos anteriores, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

⁵⁵ El artículo 184.5 establece: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

⁵⁶ El artículo 197 quinquies CP dice: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los artículos 197, 197 bis y 197 ter, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

⁵⁷ Sobre este tema, véase, extensamente AA. VV., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, citado.

De otro, de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y beneficio de las mismas (sea éste directo o indirecto), por empleados subordinados de las personas mencionadas en el párrafo anterior que han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad que sobre ellos llevan a cabo las personas antes referidas.

No obstante, siguiendo las directrices del artículo 31 ter CP, aunque tiene que haberse cometido el delito por uno de estos sujetos, la persona jurídica será responsable incluso cuando la persona física responsable no haya podido ser identificada o no haya podido dirigirse el procedimiento penal contra ella por alguna razón (apartado primero de este precepto). Por ello, las obligaciones de las personas físicas y la jurídica son autónomas⁵⁸, de ahí que las circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes de la responsabilidad de los individuos, o incluso el hecho de que pudieran haber fallecido, no excluyen ni modifican la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 31 ter.2 CP), existiendo, además, unos atenuantes propios para éstas (art. 31 quater). Con todo, para el caso de que se imponga multa tanto a la persona física como a la jurídica por los mismos hechos, la ley plantea que los jueces «modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad» de los hechos (art. 31 ter.1 CP, in fine).

Por otro lado, se prevé la exención de responsabilidad para el Estado, Administraciones públicas territoriales e institucionales y otros órganos análogos (art. 31 quinquies.1 CP) y, en fin, existen unas reglas especiales para las Sociedades mercantiles públicas que ejecutan políticas públicas o prestan servicios de interés económico general (art. 31 quinquies.2 CP).

Por último, la clave de la responsabilidad penal de las personas jurídicas está, sobre todo a partir de la reforma de 2015, en el *compliance* (que, en nuestro caso, podría ser el *compliance* laboral), esto es, término anglosajón con el que se conoce lo que la normativa denomina «modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos (...) o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión» (art. 31 bis.2 CP) que son desarrollados en los apartados siguientes del artículo 31 bis. Estos sistemas de cumplimiento normativo o mecanismos internos de las empresas para la prevención, control y gestión de los riesgos derivados de los incumplimientos legales en general y, en particular, de la comisión de delitos en el interior de las organizaciones, son esenciales para demostrar la

⁵⁸ FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo: «Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la española», citado, p. 150.

existencia de una «cultura de cumplimiento» que evite «defectos de organización»⁵⁹ y pueden eximir de responsabilidad al ente corporativo.

En definitiva, para que haya responsabilidad penal de la persona jurídica:

1. Debe haber unos hechos delictivos cometidos por alguna de las siguientes personas:

i. Representantes legales o personas integrantes de los órganos de gestión de la persona jurídica, que toman decisiones por la persona jurídica o que ejerzan facultades de organización y control (para facilitar su enunciado, nos referiremos posteriormente a estas personas como responsables de la persona jurídica).

ii. Subordinados de estas personas en el ejercicio de su actividad laboral. En estos casos, es necesario que los actos se hayan podido realizar por falta de supervisión, vigilancia o control.

2. Tales actos deben hacerse en beneficio, directo o indirecto, de la persona jurídica. Aspecto muy relevante que puede hacer que no exista responsabilidad penal del empleador en algunos casos, como luego veremos.

3. Las personas físicas y jurídicas responden por sus propios actos respecto de los hechos delictivos. Si no se constata la responsabilidad de la persona jurídica en el delito, no tendrá que responder. «Pero también puede responder una persona jurídica, aunque no se haya podido averiguar qué persona física puede ser hecha responsable. En el ordenamiento español no hace falta condenar o constatar la culpabilidad de una persona física concreta para condenar a una persona jurídica»⁶⁰.

4. Las eximentes y atenuantes son peculiares para cada persona responsable (física o jurídica). Respecto a estas últimas, resultan determinantes los sistemas de cumplimiento normativo o compliance que pueden hacer, incluso, que la persona jurídica no tenga responsabilidad.

Aplicadas estas reglas a los delitos laborales que estamos analizando (acoso laboral y sexual y contra la intimidad y otros delitos informáticos que comete la empresa frente a un trabajador), nos fijamos en primer término, hasta qué punto pueden hacerse en beneficio, directo o indirecto, de la persona jurídica. Y aquí tendríamos que diferenciar, por un lado, el acoso sexual que

⁵⁹ Ambas expresiones en FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo: «Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la española», citado, pp. 156-157.

⁶⁰ FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo: «Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la española», citado, p. 151.

nos parece difícil que pueda argumentarse que pueda hacerse en alguna medida en provecho de la entidad, del acoso laboral y los delitos del artículo 197 CP en los que sí vemos plausible que pueda haber alguna utilidad para la organización empresarial. Si ello es así, vemos complejo la atribución de responsabilidad penal en casos de acoso sexual, tanto si quien lo comete es un responsable de la persona jurídica como si lo lleva a cabo un subordinado. Si la ley exige en el artículo 31 bis. 1 que las personas físicas cometan los actos delictivos en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, y si el artículo 184.5 asume tal condición al indicar «Cuando de acuerdo con el artículo 31 bis» una persona jurídica sea responsable del delito de acoso sexual se le impondrá la pena de seis meses a dos años de multa. Si no hay tal utilidad, no puede hablarse de responsabilidad penal de la persona jurídica por este delito y lo que tocaría sería modificar la norma para no exigir beneficio alguno para que la empresa pudiera responder de un acoso sexual que se diera en su organización. No obstante, no hemos visto ninguna aplicación jurisprudencial de este precepto, lógico por el escaso lapso temporal que ha transcurrido desde la entrada en vigor de la modificación normativa, por lo que nos quedamos a la espera de la interpretación de los jueces.

Por su parte, sí entendemos que puede haber beneficio en las otras dos infracciones estudiadas (acoso laboral y algún delito de vulneración de la intimidad o revelación de secretos informático que pueda llevar a cabo la empresa contra un empleado). No obstante, si se demostrara que la persona física que lleva a cabo los actos delictivos (persona responsable de la persona jurídica o subordinados de estas personas) lo hace en exclusivo beneficio propio, sin utilidad o provecho para la empresa, tampoco habría responsabilidad penal de la empresa en estos casos.

Para los casos de acoso laboral y delitos *ex art.* 197 CP en los que se demuestre que sí puede haber algún tipo de beneficio, directo o indirecto, para la organización empresarial, en estos casos, además, habrá que comprobar si la entidad tenía o no sistemas de prevención de delitos o *compliance* laboral. Si se comprueba que la empresa 1) los tiene debidamente implantados; 2) con carácter previo a la comisión de los hechos ilícitos; 3) con órganos de supervisión del funcionamiento corporativo dotados de poderes autónomos de iniciativa y control; 4) que dichos órganos han ejercido en el caso concreto su actuación inspectora, pero 5) que para la comisión del delito, los autores han sorteado fraudulentamente dichos sistemas de vigilancia y control, en estos casos, la empresa estaría eximida de responsabilidad penal. Por consiguiente, los programas de cumplimiento normativo laboral tienen una importancia capital para lograr afrontar las obligaciones penales de las empresas, bien sea

eximiendo completamente de responsabilidad, bien sirviendo de atenuantes para la imposición de penas por los delitos laborales analizados.

V. CONCLUSIONES

A modo de síntesis, recogemos las seis principales conclusiones esbozadas durante el trabajo, que son las siguientes:

1. El artículo 318 del Código Penal no ha sido modificado por las reformas legislativas que promulgaron la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por consiguiente, cuando los delitos contra los derechos de los trabajadores recogidos en el Título XV del Libro II del CP son atribuidos a éstas, siguen respondiendo sus administradores y encargados de servicio que los hubieran cometido o quienes tuvieran conocimiento de los hechos y pudieran evitarlos, ello por falta de tipificación expresa conforme al artículo 31 bis CP. Es decir, como el legislador no ha querido incluirlos dentro de los delitos por los que puede responder la persona jurídica, se sigue aplicando la solución tradicional de nuestro Derecho, pues este precepto reproduce sin variaciones sustanciales la redacción contenida en el último párrafo del artículo 499 bis de la legislación penal previa al CP de 1995, introducido por la reforma de 1971.

2. Existe una evidente falta de técnica legislativa respecto al segundo inciso del artículo 318 CP que remite al artículo 129 CP. Este último precepto –al contrario del 318 CP– sí fue modificado por la reforma de la LO 5/2010 y exclusivamente hace referencia a entes sin personalidad. Por consiguiente, desde la reforma penal del año 2010 las medidas accesorias que actualmente prevé el artículo 318 CP no son imponibles ya a personas jurídicas, sino a entes colectivos sin personalidad. El legislador penal de 2010, que sí modificó el artículo 129 CP, olvidó enmendar a su vez el artículo 318 del mismo cuerpo legal, omisión que provoca que la segunda regla de este precepto sea, según la doctrina, «de imposible aplicación»⁶¹ a las empresas con personalidad jurídica.

3. El concepto jurídico-penal de administrador, quien responde de los delitos del Título XV CP cuando los hechos se atribuyan a la persona jurídica, abarca al de derecho y al de hecho. El primero no presenta especiales problemas, dado que es el sujeto que reúne todas las exigencias (formales y sustan-

⁶¹ RAMÓN RIBA, Eduardo: «Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?», citado, pp. 995-997.

ciales) recogidas en la normativa mercantil, con su correspondiente y necesaria formalización de nombramiento y su posterior inscripción en el Registro Mercantil. Por su parte, respecto al administrador de hecho se ha apostado por una lectura amplia y poco formalista para evitar que con interpretaciones excesivamente rígidas las personas que concentran el poder de una organización puedan quedar fuera de la responsabilidad penal, provocando espacios de impunidad.

4. Por lo que respecta a los encargados del servicio, que también pueden responder de los delitos contra los derechos de los trabajadores, no han tenido excesiva atención ni doctrinal ni jurisprudencial. Para su imputación es imprescindible que tengan encomendadas las funciones que podrían hacer evitar el perfeccionamiento del delito.

5. En el Derecho punitivo del Estado coexisten normas sancionadoras penales y administrativas. Esto ocurre en los delitos contra los derechos de los trabajadores y el ámbito administrativo sancionador del Orden Social (LISOS). Dado que el artículo 318 CP asigna la pena a una persona física, hay que analizar si debe aplicarse el principio *non bis in idem* cuando en el procedimiento administrativo se ha impuesto la sanción a la empresa (persona jurídica). La jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 18 de junio de 2020⁶² no estima vulneración del citado principio del Derecho Sancionador porque no hay identidad de sujeto entre un procedimiento y otro. Nuestra opinión es que la solución jurisprudencial de la Sala Cuarta debe mantenerse si bien por otro motivo al utilizado. Cuando se aplica el artículo 318 CP debe entenderse que consta identidad subjetiva, pero, por el contrario, puede no existir identidad de fundamento entre la norma penal y la LISOS, permitiendo en esos casos el doble enjuiciamiento y sanción, una penal y otra administrativa.

6. Existen unos delitos laborales que se encuentran ubicados sistemáticamente fuera del Título XV CP. En concreto, encontramos el acoso laboral (art. 173 CP), el acoso sexual (art. 184 CP) y el delito contra intimidad, allanamiento informático y otros delitos informáticos (art. 197 CP). En este último, se persiguen los hechos por los cuales se desvelan secretos o se vulnera la intimidad de un trabajador, sin su consentimiento, accediendo a sus correos electrónicos, ficheros o soportes informáticos, telecomunicaciones, grabaciones de sonido o imagen. A diferencia de los delitos contra los derechos de los trabajadores, estos tres sí están tipificados en el elenco de los que pueden ser cometidos por personas jurídicas *ex art. 31 bis. 1 CP*. Se han estudiado los requisitos

⁶² STS, Sala cuarta, de 18 de junio de 2020, número de resolución 469/2020.

para que haya responsabilidad penal de la persona jurídica siendo uno de ellos que los hechos delictivos se hagan en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica. Nos parece que en el delito de acoso sexual es difícil que pueda argumentarse que pueda hacerse en alguna medida en provecho de la entidad, por lo que será difícil la imputación efectiva de la empresa. Lo que tocaría sería modificar la norma para no exigir beneficio alguno para que la empresa pudiera responder de un acoso sexual que se diera en su organización. No obstante, habrá que estar pendiente de la solución jurisprudencial al respecto que hasta ahora no se ha producido. Por su parte, sí entendemos que puede haber beneficio empresarial en las otras dos infracciones estudiadas (acoso laboral y algún delito de vulneración de la intimidad o revelación de secretos informático que pueda llevar a cabo la empresa contra un empleado). No obstante, si se demostrara que la persona física que lleva a cabo los actos delictivos (persona responsable de la persona jurídica o subordinados de estas personas) lo hace en exclusivo beneficio propio, sin utilidad o provecho para la empresa, tampoco habría responsabilidad penal de la empresa en estos casos. En fin, para los casos de acoso laboral y delitos ex artículo 197 CP en los que se demuestre que sí puede haber algún tipo de beneficio, directo o indirecto para la organización empresarial, en estos casos, además, habrá que comprobar si la entidad tiene o no sistemas de prevención de delitos, pudiendo llegar a atenuar o, incluso a eximir por completo la responsabilidad penal de la persona jurídica, de ahí la importancia del *compliance* laboral.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. (GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, 7.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- ÁLVAREZ SACRISTÁN, Isidoro: «Una supuesta responsabilidad de los técnicos de prevención en los accidentes de trabajo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 754, 2008.
- CEÍÑOS SUÁREZ, Ángeles: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 253, 2022.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio: «Prólogo» en BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS, Juan, *Derecho penal del trabajo*, Editorial Trotta, Madrid, 1991.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: «Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la española», en AA. VV., *La responsabilidad penal de las*

- personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Fiscalía General del Estado, Madrid, 2018.
- Fiscalía General del Estado: *Circular 1/2011*, BOE de 1 de junio de /2011, accesible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2011-00001>.
- *Circular 1/2016*, BOE de 22 de enero de 2016, accesible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001>
- GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa: «La responsabilidad penal del administrador derivada de los delitos societarios y conductas afines», en CAMACHO DE LOS RÍOS, Francisco Javier *et al.* (Dir.), *La Administración de las Sociedades de Capital desde una Perspectiva Multidisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.
- GIL PLANA, Juan: «La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo», en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, número 138, 2018.
- GÓMEZ TOMLLO, Manuel: «Non bis in ídem en los casos de procedimiento penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH», *Revista InDret*, número 2, 2020, DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.14.
- JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis: *La reforma penal de 2015*, Dykinson, Madrid, 2015.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 7.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- MONGILLO, Vincenzo: «Estructura y función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: notas metodológicas, político-criminales y dogmáticas», en VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *et al.* (Edit.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal humanista*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Volumen I, Madrid, 2021.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 25.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- *Derecho Penal. Parte Especial*, 24.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- NAVAS-PAREJO ALONSO, Marta: «La aplicación del principio non bis in ídem en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», *Temas Laborales*, número 124, 2014.
- ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 10.^a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- RAMÓN RIBA, Eduardo: «Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?», en AA. VV., *Liber Amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan M.^a Terradillos Basoc*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción: «Cuestiones clave de las once primeras sentencias del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista de Derecho y proceso penal*, ISSN 1575-4022, 50, 2018.

■ LOS DELITOS LABORALES

- TERRADILLOS BASOCO, Juan María: «De lo insólito a lo errático: protección de los derechos laborales por medio del Derecho Penal», en AA. VV. (DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario *et al.*, Edit.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal humanista*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Volumen II, Madrid, 2021.
- «La responsabilidad penal de los administradores», en PULIDO BEGINES, Juan Luis (Dir.), *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2019.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María y BOZA MARTÍNEZ, Diego: *El Derecho Penal aplicable a las Relaciones Laborales. Lecciones*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017.
- ZÁRATE CONDE, Antonio: «La responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos cometidos por los administradores en la empresa», en CAMACHO DE LOS RÍOS, Francisco Javier *et al.* (Dir.), *La Administración de las Sociedades de Capital desde una Perspectiva Multidisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE EMPRESAS (CP ART. 252)

ARTURO VALDÉS TRAPOTE
Magistrado de lo Penal

SUMARIO: I. Introducción. II. Objeto. 1. Delito de administración desleal (CP art. 252). A) Precepto. B) Elementos del delito de administración desleal. Deslinde del delito de apropiación indebida. C) Cuestiones relevantes para identificar este delito.

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 ha supuesto un cambio significativo en el tratamiento normativo de la apropiación indebida y la administración desleal.

El delito de administración desleal del artículo 295 regulado dentro de los delitos societarios quedó suprimido, mientras que dentro el Capítulo VI «De las defraudaciones» se introdujo la Sección Segunda «De la administración desleal» con un único artículo, es decir, el 252 objeto de análisis. Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal (arts. 253 y 254 del Código Penal), lo que hace necesaria una revisión de su regulación, que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas mue-

bles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia, como es el caso de la apropiación de cosa perdida no susceptible de ocupación, en donde se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, y el caso de la apropiación de cosas recibidas por error.

Los contornos de la nueva regulación viene marcados por la exposición de motivos de la citada LO 1/2015 «la reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida, con una diferencia en el tratamiento del delito de malversación, con un apartado relativo a la prueba de estos delitos. A tratar de aportar cierta claridad y exponer los últimos pronunciamientos jurisprudenciales. se dedicará el presente artículo.

II. OBJETO

1. Delito de administración desleal (art. 252 CP)

A) PRECEPTO

1. El artículo 252 del CP tipifica que «1. Serán castigados con las penas del artículo 248 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.»¹.

¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

B) ELEMENTOS DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL. DESLINDE DEL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

A diferencia de la práctica habitual de otros textos doctrinales, en este caso el examen de los elementos que configuran el delito de administración desleal se hará por exclusión, es decir, en la descripción de los aspectos que diferencian dicha figura del delito de apropiación indebida. Ello servirá para tener una idea clara de los matices de este tipo penal en sus sutiles diferencias con la apropiación indebida, sin olvidar, como examinaremos, que la aplicación de uno u otro delito tiene implicaciones penales y constitucionales. Veamos:

1. Ubicación de los delitos: Antes la apropiación indebida se ubica dentro de los delitos contra el patrimonio, mientras que la administración desleal estaba en el ámbito de los delitos societarios. Ahora están ambos tipos penales dentro de los delitos contra el patrimonio, dentro del capítulo relativo a las defraudaciones, pero como hemos apuntado, en secciones diferentes.

2. Conductas diferentes: En el artículo 252 del CP (administración desleal), las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal. En el artículo 253 del CP (apropiación indebida), el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, pues en el delito de administración desleal el sujeto activo, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado. En definitiva, en la administración desleal, los actos abusivos no implican apropiación, sino un incumplimiento de la obligación de administrar. En cambio, la apropiación indebida implica un acto fáctico que excede los límites jurídicos del título posesorio.

3. Bien jurídico protegido: Mientras que en la apropiación indebida del artículo 253 del CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del artículo 252, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el in-

terés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular.

4. Disposición definitiva de bienes: El criterio sustancial que sigue la jurisprudencia mayoritaria en casación para delimitar el tipo penal de la apropiación indebida en su modalidad de gestión desleal por distracción de dinero y el delito societario de administración desleal es el de la disposición definitiva de los bienes del patrimonio de la víctima, en este caso del dinero. De forma que si el acusado incorpora de modo definitivo el dinero que administra a su propio patrimonio o se lo entrega definitivamente a un tercero, es claro que, al hallarnos ante una disposición o incumplimiento definitivos, ha de operar el tipo penal de apropiación indebida. En cambio, si el administrador incurre en un abuso fraudulento de sus obligaciones por darle un destino al dinero distinto al que correspondía pero sin el ánimo de disponer de forma definitiva en perjuicio de la sociedad, de modo que cuenta con un retorno que después no se produce, estaríamos ante el tipo penal de la administración desleal del artículo 295 del CP. Por tanto, la disposición definitiva del bien sin intención ni posibilidad de retorno al patrimonio de la entidad siempre sería un delito de apropiación indebida y no un delito de administración desleal. Si bien la punibilidad de la conducta es similar, será necesario deslindar a que tipo penal se refiere uno u otro tipo de conducta.

5. Punto sin retorno: El concepto de «punto sin retorno» es crucial para determinar la apropiación indebida. Incorporar definitivamente un bien al patrimonio propio, superando este punto, configura este delito. La distracción del dinero. El «punto sin retorno» en la apropiación indebida es la conducta consistente en incorporar con vocación definitiva al propio patrimonio el objeto recibido, con vocación definitiva, será un delito de apropiación indebida (SSTS 973/2009, de 6 de octubre; 271/2010, de 30 marzo; 776/2010, de 21 de septiembre, entre otras). Pues en todos estos casos concurre el llamado «animus rem sibi habendi», ánimo que acompaña a la conducta de quien actúa como dueño absoluto sobre un determinado bien aunque no tenga derecho a serlo en esa medida, y aunque su finalidad sea beneficiar a un tercero (STS 537/2014).

En este sentido, la STS de 20 de julio de 2023 aclara que «tras numerosos matices diferenciales en el distingo de los delitos de administración desleal y apropiación indebida, la jurisprudencia, de modo prácticamente unánime, siempre ha entendido que constituirán delito de apropiación indebida los actos ejecutados sobre los bienes recibidos por alguno de los títulos típicos, que tengan significado o valor apropiativo, mientras que constituirán delito de ad-

ministración desleal aquellos otros que supongan un uso inadecuado de los bienes sobre los que se tienen facultades para administrar, mediante un exceso en el ejercicio de las facultades otorgadas que cause un perjuicio al patrimonio administrado».

Esta resolución cita la STS 906/2016, de 30 de noviembre, según la cual en el delito de administración desleal «el exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 252, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador.»

Cierto es que puede parecer una cuestión baladí al admitir la jurisprudencia de manera pacífica la homogeneidad predicada entre apropiación indebida y administración desleal (STS 56/2021, de 20 de enero); de modo que, de manera tajante, la STS 10/2024, de 11 de enero, en relación a la duda consistente en calificar los hechos como constitutivos de un delito de administración desleal del artículo 252 o un delito de apropiación indebida del artículo 253 del CP, señalaba que la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, se presenta «...como un muy poderoso argumento para justificar su homogeneidad y, en consecuencia, concluir que en la legislación anterior a 2015 nada impedía convertir una acusación por apropiación indebida en una condena por administración desleal. Ahora ocurre lo propio» (SSTS 721/2022, 56/2021, 27 de enero; 14 de julio, 627/2016, de 13 de julio y ATS 6 julio 2023).

No obstante, la homogeneidad descrita no lo es solo a criterios formales o sistemáticos sujetos al campo propio de la dogmática técnico-penal pues atendemos con frecuencia, en paralelo con la jurisprudencia constitucional. Así, para la determinación de la homogeneidad delictiva en ambos tipos penales, se ha de atender al criterio de proscripción de la indefensión. En la distinción entre una y otra conducta lo relevante es que el hecho que configure el tipo penal sea sustancialmente el mismo y que el acusado haya tenido ocasión de defenderse de todos los elementos, fácticos y normativos, que integran el tipo delictivo objeto de condena, de ahí la necesidad de deslindar entre ambos

■ LOS DELITOS LABORALES

delitos. Ello determina, en conclusión, que pese al parecido de los tipos penales o a la hora de aplicar un tipo penal u otro tras la regulación otorgada por la reforma de 2015 se extraigan estas consecuencias:

1. La necesidad de establecer como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes, incluido el dinero, con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular, pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal).

2. La homogeneidad de ambos tipos penales y que se pueda acusar o condenar por uno u otro delito con independencia de que se formule acusación por uno u otro siempre, claro está, que la persona o personas contra las que se dirija el proceso penal tengan conocimiento de todos los hechos propios de ambas figuras penales.

C) CUESTIONES RELEVANTES PARA IDENTIFICAR ESTE DELITO

a) *Concepto de administrador y responsabilidad de los administradores.*

Castiga el artículo 252 del Código Penal a «los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado». Por tanto, en la descripción del comportamiento del sujeto activo del delito de administración desleal, se abarcarían dos conductas diferentes:

a) La disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador.

b) La causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante negocios jurídicos, estipulados también con abuso de la condición de administrador.

Precisamente, la Ley 31/2014 redactó el artículo 228 fijando las conocidas como obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad del administrador mediante una exposición secuenciada de cómo se traducían ese conocido como «deber de lealtad» que deben tener los administradores con respecto a su

empresa, deber de lealtad, entre cuyos estos deberes está, en lo que en este artículo nos atañe y que pueden ser extendidas a la administración de cualquier patrimonio:

c) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

Por lo tanto, no se trata solamente de una administración o gestión desleal, es decir, de la conducta de un administrador que administra o gestiona el patrimonio de un tercero causándole dolosamente un perjuicio. Es algo más, diferente y, en principio, de mayor gravedad, pues aunque se incurra también en deslealtad, la conducta del administrador o del gestor consiste aquí en abusar de su cargo para hacer suyo con vocación definitiva lo que pertenece al titular del patrimonio que administra o gestiona. En estos casos hay que hablar legalmente de apropiación indebida, y de la modalidad de distracción cuando se trata de dinero u otros bienes de fungibilidad similar.

En la administración desleal más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Encerraría, así pues, un dinamismo, orientado hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador. Por tanto, cuando se ejecutan actos ilícitos en el marco propio de las atribuciones encomendadas al administrador -exceso intensivo- operaría el tipo penal de administración desleal (SSTS 462/2009, de 12 de mayo; 623/2009, de 19 de mayo; 47/2010, de 2 de febrero; y 707/2012, de 20 de septiembre, entre otras).

En términos de la sentencia del Tribunal Supremo 729/2021 de 29 de septiembre de 2021, «lo característico del delito de administración desleal viene representado por el ejercicio de las facultades de administración en un modo no adecuado a los fines para los que aquéllas fueron conferidas, vale decir por el ejercicio de aquellas facultades con infracción del deber asumido de velar por los intereses patrimoniales administrados, siendo su resultado típico el perjuicio efectivamente producido a éste. Elementos, todos ellos, que aparecen suficientemente descritos en el factum de la resolución impugnada».

Ha de tenerse en cuenta que en este tipo de delitos de «fraude en la gestión de patrimonios» como los delitos societarios, la falsedad contable o la administración desleal, son delitos de infracción de deber, que se atribuyen a aquellas personas que por su posición de organigrama societario o patrimonial, tienen un específico deber de lealtad y transparencia en relación a la sociedad que representan o el patrimonio que gestionan, con la precisión de que, en nuestra doctrina casacional, para determinar la autoría en este tipo de delitos no basta con la infracción del deber sino que también se requiere el dominio del hecho.

Otras veces el alcance de la extralimitación de un administrador en la utilización de un poder ha servido a la Sala Segunda para ubicar las conductas punibles en el ámbito específico del delito de apropiación indebida o en el tipo societario de administración fraudulenta; de tal modo que si el administrador actúa ilícitamente fuera del perímetro competencial de los poderes concedidos –exceso extensivo– estaríamos ante un posible delito de apropiación indebida, y cuando se ejecutan actos ilícitos en el marco propio de las atribuciones encomendadas al administrador –exceso intensivo– operaría el tipo penal del artículo 252.

En consecuencia, estos delitos tienen un sujeto activo especial que es el que dirige la actividad societaria o patrimonial, bien en virtud del oportuno nombramiento de administrador (administrador de derecho) o bien careciendo de nombramiento formal, pero ejerciendo de hecho las mismas funciones (administrador de hecho). En definitiva, cualquier persona que por ley, negocio jurídico, resolución judicial o administrativa ejerza funciones de gestión de un patrimonio.

b) *Fondos públicos versus fondos privados.*

Ciertamente no existe un concepto legal de «fondos, caudales o efectos públicos, a diferencia de otros ordenamientos como el francés singularmente (*deniers publics*). La progresiva ampliación del sector público con la aparición en su seno de entidades que vienen a prestar servicios de responsabilidad pública o sencillamente a desplegar actividades económicas, ni uno y otro caso en régimen de Derecho privado, acrecienta la dificultad.

Con carácter general son efectos públicos los dineros de titularidad estatal, autónoma, local, institutos autónomos o los depositados por particulares en entidades públicas (STS 874/2006 de 18.9). Y cuando los entes públicos afrontan los gastos de una entidad, aunque figure constituida como privada, y el

capital por ella manejado pertenece al ente público matriz, los fondos de aquella son fondos públicos.

También este matiz nos sirve para diferenciar el delito de administración desleal del delito de malversación de caudales públicos previsto en el artículo 432 del Código Penal que castiga a «la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas». Por tanto, el artículo 432.1 no exige tampoco como elemento del tipo delictivo el lucro personal del funcionario (o autoridad) sustractor, sino su actuación con ánimo de lucro. Tampoco es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales y efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al organismo al que pertenezca, sino que basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realizase el sujeto como elemento integrante del órgano público. Es posible, por tanto, que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos, incluso en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso de la practica administrativa dentro de aquella estructura.

Hay que recordar también que a la hora de la comisión de este delito del artículo 432 CP se incluía antes de la LO 1/2015 la referencia a los caudales públicos y con esta Ley a patrimonio público, al igual que con la LO 14/2022 se refiere al que se apropie del patrimonio público. Sea como fuere los saldos habidos en una cuenta abierta de entidad pública son caudales públicos y patrimonio público.

Hemos señalado que el artículo 432.1 (de malversación de caudales públicos) no exige como elemento del tipo delictivo el lucro personal del funcionario (o autoridad) sustractor, sino su actuación con ánimo de lucro» Y es evidente tal ánimo cuando se realiza un trasvase de fondos públicos en cuenta pública (donde solo hay saldo público) a una cuenta privada. No hace falta una mayor interpretación deductiva. En consecuencia, este delito se consume con la sola realidad dispositiva de los caudales públicos (STS310/2003, de 7 de marzo).

Respecto al origen y naturaleza pública del dinero disponible por entidades públicas a los efectos del tipo penal recordar la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 627/2014 de 7 octubre 2014 en la que se expone que «ciertamente no existe un concepto legal de “fondos, caudales o efectos públicos”, a diferencia de otros ordenamientos como el francés singularmente (derniers publics). La progresiva ampliación del sector público con la aparición en su seno de entidades que vienen a prestar servicios de res-

pensabilidad pública o sencillamente a desplegar actividades económicas, ni uno y otro caso en régimen de Derecho privado, acrecienta la dificultad».

Por tanto, con carácter general son efectos públicos los dineros de titularidad estatal, autónoma, local, institutos autónomos o los depositados por particulares en entidades públicas. Y cuando los entes públicos afrontan los gastos de una entidad, aunque figure constituida como privada, y el capital por ella manejado pertenece al ente público matriz, los fondos de aquella son fondos públicos.

c) *Prueba del delito de administración desleal.*

Hecha la distinción entre los delitos de apropiación indebida y de administración desleal, resulta de nuclear importancia la prueba de su comisión, pues en la administración desleal, además de existir infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el artículo 252 del Código penal la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que él mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su «status».

Por tanto, en lo que concierne a la modalidad de apropiación consistente en la administración desleal, que es la que ahora nos interesa el elemento específico, radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el artículo 252 del Código penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad (STS 16 de septiembre de 2003), y el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que él mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su «status».

Como se dijo literalmente en la sentencia de la Sala 224/98 de 26 de febrero, la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo –aunque tampoco quepa descartarla– la concurrencia del «animus rem sibi hahendi» sino solo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

Aunque aparece una inversión de la carga de la prueba, evidentemente proscrita en la jurisdicción penal, su fundamento radica en la propia descripción del tipo penal.

La STS 841/2006 de 17 de julio (jubilaciones millonarias a altos directivos BSCH), si bien analizó la conducta desde la perspectiva de la posible aplicación del tipo de administración desleal societario, recuerda que todos los delitos societarios requieren como elemento integrante del tipo la existencia de perjuicio. En consecuencia, si no hay perjuicio no hay delito.

En segundo lugar, recuerda el carácter subsidiario o fragmentario del derecho penal. En efecto, los daños causados por acciones u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos sociales, o los realizados por los administradores incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, producirán el nacimiento de una responsabilidad civil, cuyos contornos se dibujan en la correspondiente legislación civil o mercantil. Será, pues, ordinariamente dicha jurisdicción la que tendrá que enjuiciar la responsabilidad de los administradores sociales.

Y, en tercer lugar, analizaba el problema de las retribuciones, premios o gratificaciones y estableciendo tres criterios ineludibles: (i) conocimiento y aprobación por los órganos de gobierno de la sociedad; (ii) adecuada fiscalización por los órganos de control, internos o externos; (iii) e, ineludible, aprobación por la junta general de accionistas como máximo órgano de gobierno de toda sociedad. Ese tercer criterio no deja de ser la utilización de fondos administrados, en definitiva «transparencia y aprobación son elementos que impedirán la actuación del derecho penal.

En suma, en esta materia (como en muchas otras), lo ético, lo lícito y lo punible son puntos concéntricos de todo enjuiciamiento criminal. El Tribunal penal no puede traspasar los límites del círculo más pequeño, cualquiera que sea su opinión personal al respecto.

Consecuentemente, la expresión «distraer dinero» debe ser entendida en el sentido tradicional de la noción de abuso de poderes otorgados por ley o por un negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno. La ley requiere de esta manera que el administrador haya excedido los límites de su poder de disposición. En este sentido la doctrina de principios del siglo xx ya definía el delito de administración desleal de la misma forma y en términos aplicables en el derecho vigente, diciendo que «el tipo de la administración desleal puede ser definido, de la manera más amplia posible, como todo el que por disposición de la ley o por un negocio jurídico está llamado a disponer sobre un patrimonio ajeno, será culpable de administración desleal, cuando esta disposición lesione dolosamente los derechos del titular». De allí que la acción típica se concebía como «perjudicar antijurídicamente el patrimonio ajeno (...) y ello precisamente por medio del abuso de poder que le ha sido acordado».

Desde un punto de vista práctico, en la administración de patrimonios ajenos, por ejemplo, generalmente no hay entrega material de nada al adminis-

trador, sino el reconocimiento de facultades jurídicas sobre el mismo, mediante la concesión de los oportunos poderes, autorizaciones, firmas, etc. Por tanto, no será relevante postular una mezcla de conceptos y fondos en cuentas administradas y fondos privados del sujeto activo, o que haya que ha habido una alteración y falsedad de documentos presentados, por cuanto que lo relevante será acreditar que existieron trasvases de fondos de cuentas administradas o a otras, autorizadas por el administrador, que por su facilidad operativa con respecto a las primeras eran controladas y gestionadas por el sujeto activo. Esto supone distracción de fondos patrimoniales e integra el tipo penal objeto de condena.

Por ello, el delito de apropiación indebida se comete aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, bastando con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado por efecto de aquella gestión desleal y vulneración de la fidelidad debida (SSTS. 224/98 de 26 de febrero, 359/98 de 17 de octubre, 1586/2005 de 19 de diciembre y 954/2005 de 28 de junio) que precisa que la distracción es una gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que el mismo ha quedado incorporado a su patrimonio sino únicamente el perjuicio patrimonial del administrado como consecuencia de la gestión desleal; por ello, en Lourdes González se estima que infringió los deberes de inherentes a su función, es decir, es decir, conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal.

TEXTOS LEGALES

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.
- 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.

PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

- Todas las sentencias y autos citados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de las diferentes Audiencias Provinciales se han obtenido del centro de Documentación Judicial (Cendoj), órgano técnico del Consejo General del Poder Judicial.

INSOLVENCIA PUNIBLE (CP ART. 259 SS.)

JOSÉ MARÍA RÍOS MESTRE

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. Reciente evolución histórica de la insolvencia punible. II. La comparación entre la regulación antes y tras de la Reforma de 2015. III. El bien jurídico protegido en las insolvencias punibles. IV. El artículo 259 CP. V. Evolución del concepto de insolvencia e idea actual de la misma. VI. Igualdad sustancial entre delito de alzamiento e insolvencia punible. VII. Características y elementos del vaciamiento patrimonial y ocultación de bienes. VIII. Varios ocultamientos, un solo delito. IX. Concurrencia estafa con vaciamiento patrimonial y ocultación de bienes. X. Falseamiento o falta de llevanza de contabilidad. XI. Autoría en ocultación de bienes y concurso punible.–XII. La formación de la convicción fáctica en las insolvencias punibles. XIII. Requisito de perseguibilidad. XIV. Independencia de la jurisdicción penal. XV. Condena en costas como disuasión a los afectados civiles. XVI. Responsabilidad civil en vaciamiento patrimonial, ocultación de bienes y posterior insolvencia punible. Bibliografía.

I. RECIENTE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INSOLVENCIA PUNIBLE

El artículo 260 del Código Penal, en su redacción dada por la LO 10/1995 de 23 de noviembre, regulaba el delito de insolvencia punible declarando que:

1. «El que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos será castigado con las penas de prisión de dos a seis años y multa de ocho a vein-

ticuatro meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.

2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.

3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal.»

El artículo 260.1.º del Código Penal castigaba al declarado en concurso cuando la situación de crisis económica o la insolvencia estaba causada o agravada dolosamente por el deudor o la persona que actúe en su nombre.

Este artículo fue modificado por reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (RCL 2003, 2744; RCL 2004, 695 y 903) y posteriormente por la LO 1/2015 de 31 de marzo (RCL 2015, 439, 868), que reforzó la autonomía de la jurisdicción penal en relación con las actuaciones civiles en el juicio concursal y sus posibles derivaciones respecto de la calificación de la conducta del concursado. La voluntad del legislador ha de entenderse en el sentido de integrar en el tipo aquellos actos que exterioricen un ánimo dirigido a perjudicar a los acreedores. El núcleo del delito está constituido por una o varias acciones que de manera maliciosa e intencionada estén encaminadas a provocar una situación de crisis o insolvencia. Surge debate de si es una conducta que se consuma en sí misma como un delito de peligro que quedaría impune si no ocasiona perjuicios ya que uno de los elementos del tipo es la crisis económica o la insolvencia y la situación de crisis económica indefectiblemente lleva aparejados una serie de resultados que no necesariamente deben ser cuantificados en cifras contables sino que pueden ser de otra índole como regulaciones de empleo, despidos, demoras en los pagos y un sin fin de consecuencias derivadas de una situación de crisis económica o insolvencia¹.

Desde un punto de vista objetivo es preciso que la conducta del autor sea la causa de una situación de crisis o insolvencia del deudor, resultado que pueda imputársele a aquél, porque haya dado lugar ilícitamente al ries-

¹ SAP de Madrid (Sección 15.ª) 429/2016 de 20 julio, recurso de apelación 1340/2015 (JUR\2016\254615).

go de tal situación con el perjuicio derivado para las posibilidades de satisfacción del crédito de terceros contra el deudor, tanto si determina ese resultado, como si el producido meramente agrava la crisis o insolvencia de otro origen. Y subjetivamente se requiere que la imputación derive del actuar doloso del sujeto. Un dolo que puede mostrarse genéricamente como consciencia y voluntad referidas al resultado de la crisis o insolvencia y no solamente a otro resultado inmediato del acto. La relación entre ese elemento subjetivo y el perjuicio de los acreedores no ha de manifestarse necesariamente como directamente encaminado a la causación de éste, pues nada impide que el incremento del riesgo se deba a un dolo eventual². Pero, ya como directo, ya como eventual, el dolo ha de referirse a la producción de la insolvencia y a su consecuencia, el fracaso de las pretensiones de cobro por los acreedores. Es decir, el elemento subjetivo, doloso, ha de abarcar lo que se puede considerar un doble resultado: insolvencia del deudor y perjuicio del acreedor³.

La jurisprudencia señalaba respecto de la regulación anterior que en el delito de insolvencia era necesario que el autor haya realizado actos con entidad para producir la insolvencia de una manera verdaderamente injustificable desde el punto de vista de la racionalidad mercantil⁴. En la medida en la que el texto legal entonces vigente, a diferencia de los modelos del derecho europeo, carecía de precisión respecto de los actos concretos que podrían configurar el tipo objetivo, era necesaria una interpretación del mismo que tenga en cuenta, ya en el tipo objetivo, la exclusión de la «prisión por deudas» y el efecto de irradiación del artículo 3 CE, que garantiza la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. De acuerdo con esta hermenéutica, el tipo objetivo del delito no podía ser reducido a la simple insolvencia, sino que requería una reducción teleológica a los supuestos de insolvencia con contenido criminal⁵. En este sentido, la producción de la situación de insolvencia debía provenir de negocios cuya reprobación jurídica sea claramente establecida, produciéndose cuando el patrimonio de una sociedad es transferido a otra, produciendo su descapitalización⁶. Y desde el punto de vista subjetivo no requiere un propósito de defraudar diverso del dolo en sí mismo, dado que el

² STS 756/2014, de 28 de octubre (RJ 2015, 863).

³ SAP de Madrid (Sección 15.ª) 429/2016 de 20 julio, recurso de apelación 1340/2015 (JUR\2016\254615).

⁴ STS de S-3-2002, n.º 4S2/2002 (RJ 2002, 4931).

⁵ SAP de Valencia (Sección 5.ª) 245/2020, de 28 enero, procedimiento abreviado 42/2019 (JUR\2023\382820).

⁶ STS de 19-12-2001, n.º 2403/2001 (RJ 2002, 3240) y STS, de 17 de junio de 2003, n.º 902/03.

autor que conoce los elementos del tipo objetivo ya tiene todo el conocimiento necesario para comprender que produce un daño a sus acreedores⁷.

II. LA COMPARACIÓN ENTRE LA REGULACIÓN ANTES Y TRAS DE LA REFORMA DE 2015

La comparación de la regulación anterior y posterior a 1 de julio de 2015, desde luego, en cuanto a su descripción típica resulta muy distinta, pues, pues mientras en el antiguo artículo 260 se limita a castigar a quien, declarado en concurso, «dolosamente» cause o agrave la situación de crisis económica o insolvencia, el nuevo artículo 259 castiga a quien, en situación de insolvencia actual o inminente, realice una serie de conductas que se describen con gran detalle en un intento de describir todas las posibles actuaciones que el deudor lleve a cabo para provocar o agravar aquélla situación⁸.

La jurisprudencia recaída interpretando el antiguo artículo 260 se esforzó en describir las conductas que daban lugar a la sanción penal, tratando de precisar los supuestos de insolvencia con contenido criminal, puesto que no bastaba lógicamente la mera situación de insolvencia, exigiéndose que a tal situación se haya llegado por actuaciones del deudor graves e intencionadas, excluyéndose, por ejemplo, la actuación delictiva por la simple no llevanza de contabilidad⁹ si no se acredita su eficacia causal en la insolvencia concreta, o en situaciones de gestión empresarial arriesgada si no se acredita que tuviera el propósito de perjudicar a sus acreedores¹⁰.

El Tribunal Supremo exigía en la regulación anterior a la reforma de 2015 la concurrencia de un dolo directo por parte del deudor acusado, es decir, con el propósito reflexivamente formado de ocasionar el resultado descrito en la norma, que consiste en perjudicar a los acreedores porque lo buscado es en exclusiva el propio beneficio del que gestiona, no bastando haber realizado operaciones económicas de riesgo, sino que lo requerido es que el aludido efecto perjudicial se halle necesaria y conocidamente asociado al «modus operandi» de que se trate¹¹.

⁷ STS 1013, de 22 de junio de 1999 (RJ 1999, 5830).

⁸ SAP de Barcelona (Sección 21.ª) 297/2022 de 27 octubre, procedimiento abreviado 113/2020 (JUR/2023/218255).

⁹ STS de 18 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 10059).

¹⁰ STS 15 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4931).

¹¹ STS 13 de abril de 2.005 (RJ 2005, 8956).

Este elemento subjetivo del tipo penal es el elemento caracterizador del tipo penal destinado a impedir una tipicidad basada en la prisión por deudas, caracterizando la conducta típica por su realización con el propósito de declararse en insolvencia y con ánimo de incumplir las obligaciones contraídas¹².

Se llegó a entender que el conocimiento no era suficiente, y la aceptación, o al menos la indiferencia, respecto de la posibilidad de que determinadas actividades puedan conducir a la ruina económica, o a serias dificultades de esa clase, y con ello a la insolvencia, sino que es preciso el dolo directo (excluyéndose, por tanto, el dolo eventual), de forma que la conducta se dirija precisamente a provocar la situación de insolvencia y con ella al perjuicio a los acreedores mediante la imposibilidad de satisfacción de sus créditos¹³. Más específicamente, haciendo referencia a la exclusión típica de las conductas imprudentes, y la distinción del dolo penal respecto del mero «dolo civil»¹⁴.

Basta examinar la descripción típica del nuevo artículo 259 para concluir fácilmente que la intención del legislador ha sido integrar en el delito de insolvencia concursal punible amplias conductas, que, en su propia expresión, pueden englobar tanto el dolo directo como el eventual, previéndose incluso las conductas imprudentes. Interpretados en tales términos los ámbitos objetivo y subjetivo de la antigua figura delictiva, y su comparación con la nueva, ello nos lleva obviamente a la conclusión de que la primera es mucho más favorable que la segunda para los acusados. En todo caso, no es la gravedad ni las características de la lesión las que deben determinar la calificación penal, puesto que el eje del injusto reside en la conducta que causa o agrava dolosamente la insolvencia o la crisis económica, hasta el punto de que la actual redacción del artículo 259 del CP que sustituye al tipo del artículo 260 CP, lo que describe son una serie de conductas realizadas en una situación de insolvencia actual o inminente. El nuevo tipo penal castiga por un lado la relación de estas conductas por sí mismas de forma específica e introduce en el núm. 9 del artículo 259 una general que expresa «realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio del cual se oculte la situación real del deudor o su actividad empresarial»¹⁵.

¹² SAP de Barcelona (Sección 21.ª) 297/2022 de 27 octubre, procedimiento abreviado 113/2020 (JUR\2023\218255).

¹³ STS 11 de noviembre de 2005, de 6 de junio (RJ 2006, 5355) y 18 de julio de 2006 (RJ 2006, 6301).

¹⁴ SSTs 25 de enero de 2008 (RJ 2008, 1714) y 14 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5739).

¹⁵ SAP de Barcelona (Sección 21.ª) 297/2022 de 27 octubre, procedimiento abreviado 113/2020 (JUR\2023\218255).

Además de las conductas enumeradas en el artículo 259.1 y la cláusula general del núm. 9.º el capítulo cuenta con unos subtipos agravados regulados en art 259 bis:

«Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1.^a Cuando se produzca o pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica.

2.^a Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros.

3.^a Cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública, sea esta estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social.»

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES

Respecto a las conductas que podrían causar o agravar la insolvencia, nuestro código optó hasta la reforma de 2015 por una tipicidad abierta, lo que demanda de pautas que colmen la exigencia de certeza. En ese sentido la jurisprudencia señalaba la necesidad de identificar actos con entidad suficiente para producir la insolvencia y que resulten injustificables desde el punto de vista de la racionalidad mercantil. Por lo tanto, quedarían fuera del tipo la simple mala gestión del patrimonio o de los negocios ¹⁶.

En los artículos 259 a 261 se trata de proteger el proceso concursal y se pretende impedir maquinaciones del deudor con los acreedores, para evitar que el deudor defraude a éstos o a los órganos auxiliares de Juez. El bien jurídico protegido, en el delito de insolvencia, se halla constituido por los derechos de los acreedores a la satisfacción de sus créditos con el patrimonio del deudor, y el contenido del injusto radicaré, por tanto, en el peligro o en el daño que tales derechos puedan sufrir a consecuencia de la causación de insolvencia por parte del deudor. Se identifica la insolvencia como estado de hecho, donde el importe de las obligaciones exigibles supera al de los bienes y derechos realizables, y se distingue de la falta de liquidez, para concluir que la cesación en los pagos será el me-

¹⁶ SAN (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) 22/2016, de 27 julio, rollo de Sala n.º 6/2013 Sumario n.º 2/2013 (ARP\2016\848).

dio normal de manifestación de la insolvencia, aunque no la demostración suficiente, pues un deudor solvente puede dejar de pagar sus obligaciones vencidas¹⁷.

En sentido similar se ha entendido que el único bien jurídico protegido es el derecho de crédito de los acreedores en el sentido que les confiere el artículo 1911 del Código Civil en el que se recoge que «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros». Se trata, por tanto, de un delito estrictamente patrimonial porque lo que se protege es que el acreedor no vea menguado su patrimonio por la comisión del hecho delictivo. Dicho de otro modo, la reducción del patrimonio del acreedor es un resultado necesario de las insolvencias punibles¹⁸.

También se ha considerado que el bien jurídicamente protegido en este delito es el patrimonio de acreedor, violentándose este derecho desde el momento en que el deudor hace uso de sus bienes, sin que quede la posibilidad de cobro para el acreedor, mediante la simulación de venta del bien o cuando estos son puestos a nombre de terceros¹⁹.

Para excluir la tipicidad de la simple insolvencia, ha de exigirse que la situación de crisis provenga de negocios cuya reprobación jurídica fuere clara. En relación con el contenido del injusto, la doctrina jurisprudencial observó que una administración inadecuada al fin económico, calificable de gestión arriesgada, sería suficiente para rellenar el tipo, pero no el plan para adquirir una posición determinada en el mercado, basado en un cálculo económico y financiero erróneo, conducta que debería entenderse insuficiente²⁰.

Es clave que la conducta del acusado cause o agrave causalmente la situación de crisis o de insolvencia, por la que pueda imputarse objetivamente el resultado, la insolvencia, a la conducta del sujeto que generó un riesgo relevante, prohibido por la norma y que se materializó en la insolvencia. El tipo describe una situación de crisis económica o de insolvencia, un concepto jurídico descrito en las leyes mercantiles como aquel estado en que el pasivo de la sociedad supera a su activo lo que determina el sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor, de forma generalizada, y de naturaleza estructural²¹.

¹⁷ GÓMEZ MARTÍN, *Insolvencias punibles y Ley Concursal, Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Vol. 53, n.º 1, 2005, p. 2.

¹⁸ FRANCÉS LECUMBERRI, *El delito de insolvencia punible documental (art. 259.1, aps. 6.º a 8.º), Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2019, p. 7.

¹⁹ VALVERDE AMORES, FLORES VALERO, ALBUJA MORA, AGAMA CHICO, *La responsabilidad empresarial ante la insolvencia fraudulenta, Journal of Science and Research: Revista Ciencia e Investigación*, Vol. 5, n.º Extra 2, 2020, p. 121.

²⁰ STS 452/2002 (RJ 2002, 4931).

²¹ SAN (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) 22/2016 de 27 julio, rollo de Sala n.º 6/2013 Sumario n.º 2/2013 (ARP\2016\848).

El perjuicio a los acreedores es una consecuencia de la insolvencia, insolvencia que en sentido estricto es el resultado previsto. Como delito de lesión que es, no hay bancarrota sin insolvencia. A pesar de que el perjuicio no se encuentra descrito en el tipo, la jurisprudencia había integrado dicho elemento asumiendo que se trata de un delito de resultado, que por ello pide la causación de una crisis económica o de una situación de insolvencia generalizada, como se deriva del propio concepto de concurso, que normalmente significa la existencia de un pasivo mayor que el activo, y de la dicción del precepto que menciona el perjuicio inferido a los acreedores a la hora de establecer pautas para graduar la pena, lo que significa dar por supuesta la exigencia de un perjuicio²².

Pero la lesión del bien jurídico es independiente del perjuicio patrimonial. Por ello, señala la jurisprudencia que no se pide la determinación ni la concreción exhaustiva de cada uno de los créditos o deudas, no siendo necesaria su individualización, porque no hay que trasladar necesariamente al juicio penal las relaciones del procedimiento concursal, bastando que se encuentre justificada la causación o el agravamiento doloso imputable a conductas del deudor de aquella situación patrimonial de crisis²³.

El bien jurídico protegido son las garantías de las que disponen los acreedores frente al deudor, el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus deudas. El desvalor del ilícito contempla la actuación del deudor para desencadenar la situación de insolvencia, la incapacidad de saldar sus obligaciones. Pero, no puede olvidarse, el tipo de la insolvencia dolosamente causada protege también el orden económico en la medida que la crisis de la empresa provoca consecuencias en cascada²⁴.

IV. EL ARTÍCULO 259 CP

La situación de insolvencia descrita en la que se encuentre el deudor, de forma actual o inminente, o que cause el propio deudor ha de producirse mediante una serie de conductas que se describen en el tipo penal, de modo que el legislador satisface el principio de taxatividad, frente a lo impreciso y abierto de la regulación anterior, reseñando una tipología muy amplia que termina con una fórmula general y también abierta, es decir, si el deudor rea-

²² STS 1757/02, de 25 octubre, recurso de casación núm. 802/2001 (RJ 2002, 10850)..

²³ STS 116/2009, de 4 febrero, recurso de casación núm. 429/200 (RJ 2009, 1538)

²⁴ SAN (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) 22/2016, de 27 julio, rollo de Sala n.º 6/2013 Sumario n.º 2/2013 (ARP\2016\848).

liza «cualquier otra conducta activa u omisiva» que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial, que es otra manera de exigir una situación de insolvencia culpable, conductas que se refieren ya a la destrucción o desaparición del activo, material o jurídico, como al aumento figurado y ficticio o mendaz del pasivo, o, incluso, a la falta de llevanza de contabilidad o instrumentos documentales exigidos mercantilmente²⁵.

No parece que el precepto formule aquí una nueva conducta independiente de las anteriores, sino que la referencia final a cualquier otra conducta que suponga una infracción grave del deber de diligencia funciona como cláusula de cierre que toma como antecedente el catálogo de conductas que la preceden con las que comparte esa característica general²⁶.

El tipo penal es un delito especial propio cuyos elementos esenciales son: a) Su autoría solamente se puede predicar de un sujeto con condiciones específicas: ser deudor declarado en concurso, o que haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles; b) el resultado que ha de constatarse es una situación de crisis económica en la empresa, que implique un perjuicio para los acreedores, cuya entidad se erige en canon de referencia para determinar la pena; c) la situación de crisis de la persona insolvente, o su agravación, ha de relacionarse con alguna de las causas del artículo 259 CP; d) subjetivamente, esos actos causales han de ejecutarse con dolo, es decir con la voluntad de tal efectividad, de la que el sujeto ha de ser consciente cuando lleva a cabo dichos actos. Lo que hace atípica la insolvencia o agravación de ésta fruto de actuaciones imputables a título de negligencia. Por lo tanto, el relato fáctico debe señalar, de una parte, la situación de insolvencia y, de otra, el incumplimiento de los deberes de buen gobierno del artículo 259 CP²⁷.

En cuanto al aspecto subjetivo, el artículo 259.3 CP permite la comisión por imprudencia de las insolvencias punibles disponiendo el precepto que «Cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses».

²⁵ SAP de Barcelona (Sección 21.ª) 297/2022, de 27 octubre, procedimiento abreviado 113/2020 (JUR\2023\218255).

²⁶ PAVÍA CARDELL, La reforma de la insolvencia concursal punible (art. 259 CP), *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 1, 2016, p. 214.

²⁷ STS (Pleno) 358/2020 de 1 julio, recurso de casación 3658/2019 (RJ\2020\2720) y STS 730/2017, de 13 de noviembre (RJ 2017, 5340).

La conducta típica contemplada en el antiguo artículo 260.1, consistía en que un sujeto que ha sido declarado en concurso causa o agrava dolosamente la situación de crisis económica o la insolvencia que ha sido objeto de declaración concursal (en el tipo se encuentra implícita una vinculación entre la insolvencia y el auto de declaración concursal) y con independencia de que el delito concursal se encuentre configurado como un delito de lesión patrimonial, no es la gravedad ni las características de la lesión las que deben determinar la calificación penal, puesto que el eje del injusto reside en la conducta que causa o agrava dolosamente la insolvencia o la crisis económica, hasta el punto que la actual redacción del artículo 259 del CP que sustituye al tipo del artículo 260 CP lo que describe son una serie de conductas realizadas en una situación de insolvencia actual o inminente²⁸. El nuevo tipo penal castiga por un lado la relación de estas conductas por sí mismas de forma específica e introduce en el núm. 9 del artículo 259 una general que expresa «realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio del cual se oculte la situación real del deudor o su actividad empresarial».

En el delito de insolvencia punible la declaración del concurso es el hito cronológico final, es decir, es la meta del concurrir comisivo que tipifica²⁹. La progresión delictiva de actos que pueden integrar el mismo (sustancialmente actos de vaciamiento patrimonial en perjuicio de acreedores) dirigidos todos ellos a una insolvencia generalizada del deudor, que se causa o agrava dolosamente, concluye precisamente con la declaración de concurso de acreedores declarado judicialmente³⁰. En el plano objetivo del injusto la acción del deudor, encaminada a la defraudación de los acreedores, puede producirse en un escenario preconcursal³¹.

Objetivamente se requiere que el comportamiento del autor sea la causa de una situación de crisis o insolvencia del deudor, resultado que pueda imputarse a aquél, porque haya dado lugar ilícitamente al riesgo de tal situación con derivado perjuicio para las posibilidades de satisfacción del crédito de terceros contra el deudor, tanto si se determina ese resultado, como si el producido meramente agrava la crisis o insolvencia de otro origen³².

²⁸ STS 589/2020, de 10 noviembre, recurso de casación 285/2019 (RJ 2020, 5271).

²⁹ STS 760/2015, de 3 de diciembre, recurso de casación 412/2015 (RJ 2015, 5256).

³⁰ STS 40/2008, de 25 de enero, recurso 994/2007 (RJ 2008, 1714).

³¹ STS 494/2014, de 18 de junio, recurso 54/2014 (RJ 2014, 4377).

³² STSJ de Asturias, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) 4/2021, de 26 enero, recurso de apelación 28/2020 (ARP/2021/596).

Subjetivamente se requiere que la imputación derive del actuar doloso del sujeto, un dolo que puede mostrarse genéricamente como consciencia y voluntad referidas al resultado de la crisis o insolvencia y no solamente a otro resultado inmediato del acto. La relación entre ese elemento subjetivo y el perjuicio de los acreedores no ha de manifestarse necesariamente como directamente encaminado a la causación de éste, pues nada impide que el incremento del riesgo se deba a un dolo eventual. Pero, ya como directo, ya como eventual, el dolo ha de referirse a la producción de la insolvencia y a su consecuencia, el fracaso de las pretensiones de cobro por los acreedores. Es decir, el elemento subjetivo, doloso, ha de abarcar lo que se puede considerar un doble resultado: insolvencia del deudor y perjuicio del acreedor, sin que aparezca exigible un específico elemento subjetivo tendencial de causar perjuicio a los acreedores³³. Aunque como se ha referido más arriba en cuanto al aspecto subjetivo, el artículo 259.3 CP permite la comisión por imprudencia en este delito disponiendo citado artículo que «Cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.»

V. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE INSOLVENCIA E IDEA ACTUAL DE LA MISMA

En la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo ser liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual³⁴.

La contabilidad societaria puede arrojar un indicio de la situación de insolvencia, pero no es determinante en absoluto de dicha situación que, en su caso, deberá ser acreditada por medios accesorios a los propios documentos contables para lograr la convicción del Juzgador³⁵.

³³ STS (Sección 1.ª) 756/2014, de 28 de octubre, recurso 672/2014 (RJ 2015, 863).

³⁴ STS 122/2014, de 1 de abril, recurso de casación núm. 541/2012 (RJ 2014, 2159).

³⁵ SJM de Girona 123/2016, de 13 abril, procedimiento 931/2013 (AC/2016/1531).

La Ley Concursal acoge así la noción económica de insolvencia, equiparándola a impotencia de pago, normalmente nacida de la falta de crédito del deudor y, sobre todo, de su situación de neto patrimonial negativo (más deudas que bienes y créditos). Paralelamente, se distancia el legislador relativamente de la noción jurídica de insolvencia-impago, vinculada a la iliquidez económica, artículo 874 CCom (LEG 1885, 21) derogado, que definía la quiebra como cese en los pagos, como falta general de pago o cese en la atención de los créditos. El CCom, en efecto, no atendía en sede conceptual, como la Ley Concursal, al origen o causa de la insolvencia para configurar o estructurar el presupuesto objetivo, aunque luego también regía un sistema indiciario o de señales para probar aquélla, análogo al de los indicios de insolvencia que hoy contempla el artículo 2.4 LC, sede más correcta para ubicar el incumplimiento generalizado, que debe constituir señal o indicio, no causa, de la insolvencia. La causa de la insolvencia sólo puede ser el «Uberschuldung», la sobredimensión del pasivo, unida a la falta de crédito, al imposible rehinchado de la financiación externa. El sobreendeudamiento que regula la Ley Concursal (art. 2.3) no es estático, sino dinámico, pues la insolvencia prevista como inmediata se equipara a la actual, ajustándose mejor así los empresarios, principales sujetos en bancarrota, al timing idóneo para proveer la declaración voluntaria de concurso, en beneficio propio y también de la masa pasiva conformada por los acreedores³⁶.

El actual tenor del artículo 2.º LC, intitulado «Presupuesto objetivo» es:

«1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor.

2. La solicitud de declaración de concurso presentada por el deudor deberá fundarse en que se encuentra en estado de insolvencia.

3. La insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

4. La solicitud de declaración de concurso presentada por cualquier acreedor deberá fundarse en alguno de los siguientes hechos externos reveladores del estado de insolvencia:

1.º La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme.

³⁶ AAP de Lleida (Sección 2.ª) 83/2012, de 6 julio, recurso de apelación 390/2012 (JUR/2012/291175).

2.º La existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago.

3.º La existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

4.º El sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

5.º El sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

6.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.»

Respecto del sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, los tribunales, siguiendo las líneas trazadas por la jurisprudencia para la antigua quiebra, han declarado que el sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor debe ser actual y generalizado, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, sino a definitivo, general y completo, debiendo implicar, exteriorizar, una imposibilidad absoluta de pagar³⁷, pues en efecto, la negativa de una persona al cumplimiento de una obligación, no constituye conducta de significación unívoca ni necesariamente denotativa de insolvencia, pues bien pudiera revelar la existencia de profundas discrepancias en torno a la existencia, certeza y exigibilidad del derecho de crédito; de manera que lo característico del sobreseimiento generalizado al que se refiere el artículo 2.º LC, es que el deudor se halle en una situación en la que, con independencia de la causa que lo motive, no pueda atender por medios normales el cumplimiento de sus obligaciones frente a una pluralidad de acreedores insatisfechos³⁸.

VI. IGUALDAD SUSTANCIAL ENTRE DELITO DE ALZAMIENTO E INSOLVENCIA PUNIBLE

La sustancial igualdad entre el delito de insolvencia punible y el de alzamiento resulta de especial interés por la utilidad que proporciona a la hora de

³⁷ AAP Barcelona, 27-01-2006 (PROV 2009, 176685) y 24 de marzo de 2006 (AC 2006, 1557).

³⁸ AAP de Islas Baleares (Sección 5.ª) 7/2010, de 27 enero, recurso de apelación 537/2009 (JUR/2010/101507).

poder guiarse por la jurisprudencia sobre el delito de alzamiento dado que las sentencias sobre insolvencia punible son muchas menos, especialmente si se tiene en consideración que en la actualidad interesan en particular las posteriores a la reforma de 2015.

El delito de insolvencia punible no se distingue sustancialmente del delito de alzamiento de bienes. La única diferencia reside en el plano formal, a saber, en el dato de que el delito de insolvencia punible requiere la declaración civil de insolvencia. Este elemento constituye una condición objetiva de punibilidad, en virtud de la cual la declaración civil de concurso transforme el estado fáctico de la insolvencia en condición jurídica de concursado³⁹.

Nuestro vigente texto punitivo ha mantenido una clara distinción entre las modalidades de alzamiento de bienes y las de delito concursal. Es en el artículo 260 donde aparece regulado el tradicional delito de quiebra que vino a sustituir a los artículos 520, 521, 523 y 524 de nuestro anterior CP equiparando los conceptos de quiebra, concurso y suspensión de pagos. La existencia de un procedimiento concursal adquiere gran relevancia en el Derecho Penal español ya que ésta es la única condición objetiva que se mantiene en el actual delito del artículo 260 sin estar sometido a condición ulterior alguna ni de punibilidad ni de perseguibilidad. Ha sido mucha la doctrina que se ha cuestionado el motivo del mantenimiento de esta figura delictiva. La doctrina entiende que, considerando que el delito concursal se configura de *lege lata* como un delito de naturaleza patrimonial individual sustancialmente equiparable al delito de alzamiento. Por lo que, en consecuencia, no puede explicarse satisfactoriamente la supervivencia de una regulación separada entre alzamiento e insolvencias punibles⁴⁰.

Aunque parte de la doctrina tiene una opinión diversa, ya que la insolvencia punible está constituida por conductas realizadas en una situación de insolvencia actual o inminente que pueden perjudicar a los acreedores. En cambio, los alzamientos de bienes son conductas dirigidas a provocar intencionalmente una situación de insolvencia no existente ni amenazante en el momento en que el autor actúa. La diferencia entre el alzamiento dirigido a provocar la propia insolvencia (art. 257.1.1.º) y la insolvencia punible que causa la insolvencia estriba en que mientras el primer delito tipifica la acción de situarse en insolvencia, el segundo tipifica la causación de la insolvencia (que, si no se produce, hace atípico al comportamiento)⁴¹.

³⁹ STS 589/2020, de 10 de noviembre (RJ 2020, 5271).

⁴⁰ ALONSO FERRERAS, La insolvencia en el derecho penal concursal y el concepto de crisis económica como complemento a la misma, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 27, 2013, p. 79.

⁴¹ CUELLO CONTRERAS, La intencionalidad como criterio de distinción entre la estafa y el ilícito civil, *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2019, p. 27.

El delito del actual artículo 259 –antiguo 260.1– puede ser cometido tanto por aquel que provoca o agrava la insolvencia que preexiste y determina la declaración del concurso, como por quien, una vez declarado el concurso, ejecuta actos en fraude de acreedores que intensifican la situación de insolvencia que está siendo objeto de tratamiento jurisdiccional en el ámbito civil. Dicho con otras palabras, la acción del deudor, encaminada a la defraudación de los acreedores, puede producirse en un escenario preconcursal. Pero también puede adquirir un carácter intraconcursal o postconcursal⁴².

La conducta típica contemplada en el antiguo artículo 260.1, consistía en que un sujeto que ha sido declarado en concurso causa o agrava dolosamente la situación de crisis económica o la insolvencia que ha sido objeto de declaración concursal (en el tipo se encuentra implícita una vinculación entre la insolvencia y el auto de declaración concursal) y con independencia de que el delito concursal se encuentre configurado como un delito de lesión patrimonial, no es la gravedad ni las características de la lesión las que deben determinar la calificación penal, puesto que el eje del injusto reside en la conducta que causa o agrava dolosamente la insolvencia o la crisis económica, hasta el punto que la actual redacción del artículo 259 del CP que sustituye al tipo del artículo 260 CP, lo que describe son una serie de conductas realizadas en una situación de insolvencia actual o inminente. El nuevo tipo penal castiga por un lado la relación de estas conductas por sí mismas de forma específica e introduce en el núm. 9 del artículo 259 una general que expresa «realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio del cual se oculte la situación real del deudor o su actividad empresarial»⁴³.

En el delito de insolvencia punible la declaración del concurso es el hito cronológico final, es decir, es la meta del discurrir comisivo que tipifica⁴⁴. De ahí que se afirme que la progresión delictiva de actos que pueden integrar el mismo (sustancialmente actos de vaciamiento patrimonial en perjuicio de acreedores) dirigidos todos ellos a una insolvencia generalizada del deudor, que se causa o agrava dolosamente, concluye precisamente con la declaración de quiebra (actualmente concurso) declarado judicialmente⁴⁵. En el plano ob-

⁴² STS 494/2014, de 18 de julio (RJ 2014, 4377).

⁴³ SAP de Vizcaya (Sección 1.ª) 67/2022 de 20 de octubre, procedimiento abreviado 56/2021 (JUR\2023\39100).

⁴⁴ STS 760/2015, de 3 de diciembre (RJ 2015, 5256).

⁴⁵ STS 40/2008, de 25-1 (RJ 2008, 1714).

jetivo del injusto la acción del deudor, encaminada a la defraudación de los acreedores, puede producirse en un escenario preconcursal⁴⁶.

El delito de insolvencia punible constituye una modalidad de las insolvencias que, como delito especial propio, requiere en el autor la condición de deudor, por más que se extienda a quien actúa «en nombre de éste». En ambos casos, bien el autor, bien quien actúa en su nombre, debe ostentar y actuar en el ejercicio del dominio social, lo que no ocurrirá si sus actos los lleva a cabo exclusivamente en su propio y personal interés, en cuyo caso serán otras las figuras penales cuya comisión ha de considerarse⁴⁷.

Tanto el delito de alzamiento de bienes como el concurso punible representan un claro ejemplo de lo que se ha de entender por delito especial propio, en que la calidad del sujeto activo es tan determinante para la configuración del injusto que si la misma desaparece el hecho sería atípico. En estos delitos el sujeto activo solo puede ser quien posee la calidad de deudor. En el caso del concurso punible además el deudor debe poseer la idoneidad necesaria para ser potencialmente declarado en concurso o, de lo contrario, la condición objetiva de punibilidad nunca se podría verificar⁴⁸.

Objetivamente se requiere que el comportamiento del autor sea la causa de una situación de crisis o insolvencia del deudor, resultado que pueda imputársele a aquél, porque haya dado lugar ilícitamente al riesgo de tal situación con derivado perjuicio para las posibilidades de satisfacción del crédito de terceros contra el deudor, tanto si se determina ese resultado, como si el producido meramente agrava la crisis o insolvencia de otro origen⁴⁹.

Subjetivamente se requiere que la imputación derive del actuar doloso del sujeto, un dolo que puede mostrarse genéricamente como consciencia y voluntad referidas al resultado de la crisis o insolvencia y no solamente a otro resultado inmediato del acto. La relación entre ese elemento subjetivo y el perjuicio de los acreedores no ha de manifestarse necesariamente como directamente encaminado a la causación de éste, pues nada impide que el incremento del riesgo se deba a un dolo eventual. Pero, ya como directo, ya como eventual, el dolo ha de referirse a la producción de la insolvencia y a su consecuencia, el fracaso de las pretensiones de cobro por los acreedores. Es decir, el elemento subjetivo, doloso, ha de abarcar lo que se puede considerar un

⁴⁶ STS 494/2014, de 18 de julio.

⁴⁷ STS 756/2014, de 28 de octubre (RJ 2015, 863).

⁴⁸ CABALLERO BRUN, Algunos problemas de autoría y participación en las denominadas insolvencias punibles, *Revista penal*, n.º 21, 2008, p. 54.

⁴⁹ SAP de Vizcaya (Sección 1.ª) 67/2022, de 20 octubre, procedimiento abreviado 56/2021 (JUR/2023/39100).

doble resultado: insolvencia del deudor y perjuicio del acreedor, sin que aparezca exigible un específico elemento subjetivo tendencial de causar perjuicio a los acreedores⁵⁰.

VII. CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS DEL VACIAMIENTO PATRIMONIAL Y OCULTACIÓN DE BIENES

Las conductas descritas en el Capítulo VII Bis «De las insolvencias punibles» que asemejándose al alzamiento en algunos supuestos constituyen vaciamiento patrimonial y alzamiento de bienes son:

(Art. 259.1.) 1.^a Oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.

2.^a Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.

3.^a Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.

4.^a Simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios.

5.^a Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

(Art. 260.1). Será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión o multa de ocho a veinticuatro meses, el deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial.

⁵⁰ STS 756/2014, de 28 de octubre (RJ 2015, 863).

2. Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto.

El vaciamiento patrimonial constituye una infracción del deber de mantener íntegro el propio patrimonio como garantía universal en beneficio de cualquier acreedor y, por ello, equivale a la ocultación o sustracción que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentra dificultades para hallar bienes con los que poder cobrarse, y el requisito del perjuicio de acreedores al cual los actos de ocultación o disposición del patrimonio debe dirigirse ha de ser entendido como fruto de la correlativa intención del deudor de salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna persona allegada, obstaculizando la vía de la ejecución que podrían seguir sus acreedores⁵¹.

Los elementos de este delito son: 1.º- Existencia previa de un crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencido, líquido y exigible, aunque también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, porque nada impide que, ante la perspectiva de un crédito, ya nacido pero todavía no ejercitable, el deudor realice un verdadero y propio vaciamiento patrimonial. 2.º- Un elemento dinámico consistente en una destrucción u ocultación, real o ficticia, de sus activos por el deudor, acción delictiva de estructura abierta ya que la norma tipifica realizar actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones, castigando la exclusión de algún elemento patrimonial de las posibilidades de satisfacción de los créditos. 3.º- El resultado de la insolvencia, bien total, bien parcial con disminución del patrimonio del deudor, que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido. 4.º- Un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos, que se traduce en el propósito del deudor de salvar, para sí o en beneficio de alguna otra persona allegada, algún bien o todo su patrimonio de una posible ejecución⁵².

Estos delitos constituyen un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad uni-

⁵¹ STS 13 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1293).

⁵² STS 3 de marzo de 2011 (PROV 2011, 94054).

versal, y de otro el interés colectivo con el buen funcionamiento del sistema económico crediticio⁵³.

Basta para su comisión que el sujeto activo haga desaparecer de su patrimonio uno o varios bienes dificultando con ello seriamente la efectividad del derecho de los acreedores, y que actúe precisamente con esa finalidad. Exige como resultado este delito, una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda. El deudor con su actitud de ocultación y vaciamiento patrimonial ha colocado su patrimonio en una situación que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito⁵⁴.

Es presupuesto del tipo la existencia de una obligación jurídica válida, aunque no es preciso que esté vencida ni sea de momento exigible; nada obsta, nacida la obligación, aunque no sea pura, conductas del obligado tendentes a ocultar su patrimonio, para eludir el pago al acreedor, en el caso de que llegara a ser exigible⁵⁵. Dicho de otro modo, es cuestión pacífica desde hace tiempo, que la obligación no tiene que ser vencida y exigible, pues igualmente se pone en peligro el patrimonio del acreedor cuando antes del vencimiento de la obligación ya nacida, el deudor oculta los bienes. Basta que esa conducta sea apta para alcanzar el objetivo de burlar las expectativas de los acreedores⁵⁶.

El delito se comete por quien realice actos de disposición sobre los propios bienes orientada a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar sus créditos, que hubieran podido satisfacerse sobre esos bienes. Es decir, la exigencia inexcusable es la existencia de una obligación, no su vencimiento y exigibilidad⁵⁷.

VIII. VARIOS OCULTAMIENTOS, UN SOLO DELITO

Los hechos referidos a la insolvencia punible no pueden ser calificados como delito continuado por la propia naturaleza de la infracción⁵⁸. La escueta

⁵³ STS 138/2011, de 17 de marzo (RJ 2011, 2790).

⁵⁴ STS 518/2017, de 6 de julio (RJ 2017, 3103).

⁵⁵ STS 821/2017, de 13 de diciembre (RJ 2017, 5422).

⁵⁶ SSTS 656/1990, de 26 de febrero (RJ 1990, 1626); 2471/1991, de 4 de julio; 2692/1992, de 11 de septiembre (RJ 1992, 7118).

⁵⁷ SAP de La Rioja (Sección 1.ª) 36/2021, de 2 marzo, recurso de apelación 8/2020 (ARP/2021/909).

⁵⁸ SAP de Valencia (Sección 2.ª) 468/2022, de 30 septiembre, procedimiento abreviado 133/2019 (JUR/2023/75771).

dicción del texto del Código Penal permite comprender que la conducta delictiva alcanza tanto a la totalidad como a parte de los bienes de quien realice el alzamiento, con la sola limitación calificativa de que los bienes sean suyos. No se establece en el texto legal la condición de que el alzamiento se realice en un solo acto dispositivo, de tal forma que cada conducta aislada de disposición de uno de sus bienes realizada por el agente con ánimo de defraudar las expectativas de cobro por sus acreedores constituya un nuevo delito. Al contrario, se puede tratar de disponer de varios bienes –e incluso será ocurrencia frecuente que así sea– mediante actos concretos realizados en diferentes momentos, pero todos ellos determinados y agrupados con la misma finalidad defraudatoria para personas en todas las que concurra la circunstancia de que sean acreedoras del deudor⁵⁹.

Todos los actos con finalidad de vaciamiento patrimonial u ocultación de bienes realizados por una persona en perjuicio de los acreedores que cuando los realice tenga, constituyen un solo y único delito de insolvencia punible, porque la estructura de tal delito se refiere a una actuación global que absorbe datos aislados pero realizados todos con una común finalidad defraudatoria lo que excluye también la posibilidad de aplicar la figura del delito continuado. Por ello, no se comete más que un solo delito mediante dos distintos actos, diferenciados en el tiempo, si ambos tienen como finalidad defraudar las posibilidades de unos mismos acreedores de conseguir la satisfacción de sus derechos⁶⁰.

Se rechaza pues, aunque se trate de actos distintos, aunque acaezcan en tiempos diversos, al ejecutarse con el propósito común de frustrar las expectativas de satisfacción del crédito excluye la concurrencia de la continuidad delictiva⁶¹.

La conducta de vaciamiento patrimonial u ocultamiento de bienes se predica respecto de un objeto que no es único o individual, sino plural. Lo que permite comprender que varios bienes sean objeto de disposición mediante actos concretos realizados en diferentes momentos, pero con la misma finalidad de perjudicar a los acreedores, porque la estructura de tal delito se refiere a una actuación global que absorbe datos aislados, pero realizados todos con una común finalidad defraudatoria, lo que excluye también la posibilidad de aplicar la figura del delito continuado⁶². Por eso, existiendo unidad típica de acción, se comete un único delito, aunque se haga mediante distintos actos

⁵⁹ STS 13 marzo 2002 (RJ 2002, 4929).

⁶⁰ STS de 24 noviembre 1992 (RJ 1992, 9514).

⁶¹ STS 635/2021, de 14 de julio (RJ 2021, 3617).

⁶² STS 5386/2011, de 12 de julio (RJ 2011, 5998); ATS 8716/2018, de 12 de julio (RJ 2018, 3810).

diferenciados en el tiempo, pero animados de la misma finalidad de defraudar a unos mismos acreedores⁶³.

En la construcción de los correspondientes tipos penales el legislador a veces utiliza conceptos globales, es decir, expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda perfeccionado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir. En definitiva, actividades plurales que obligan a que se tenga forzosamente que considerar integrados en esta figura criminal, como delito único, la pluralidad de conductas homogéneas que, de otro modo, habrían de constituir un delito continuado⁶⁴.

Esto es lo que se ha denominado «tipos que incluyen conceptos globales», es decir, hechos plurales incluidos en una única figura delictiva, lo que obliga a considerar que una variedad de acciones punibles de contenido semejante constituye, no un concurso real de delitos ni un delito continuado, sino una sola infracción penal⁶⁵.

IX. CONCURRENCIA ESTAFA CON VACIAMIENTO PATRIMONIAL Y OCULTACIÓN DE BIENES

En cuanto a la concurrencia del delito de estafa y del delito insolvencias punibles, las hipótesis que pueden acaecer, desde una consideración abstracta, son múltiples y de muy variada consecuencia; y así, en atención al origen de los bienes objeto de ocultación, esencialmente resultan diferenciables si eran precisamente los obtenidos fraudulentamente a través de la estafa o formaban parte de la titularidad del estafador ajena a la defraudación. El efecto económicamente perjudicial de aquella es, al mismo tiempo, elemento estructural del delito: el perjuicio de tercero se confunde o coincide con la disminución patrimonial. Con ello, al penar por los dos delitos, se produce, efectivamente, un solapamiento, esto es, la doble utilización del mismo dato, típico según la previsión de cada uno de esos dos preceptos, y con ello, en el caso, tanto del delito-medio (la estafa procesal) como del delito-fin (insolvencia punible); cuyo supuesto sería una especie de agotamiento del anterior. Así resulta que el mismo hecho resulta punible a tenor de dos normas, dándose la circunstancia

⁶³ STS 440/2002, de 13 de marzo (RJ 2002, 4929).

⁶⁴ STS 974/2012, de 5 de diciembre (RJ 2013, 217).

⁶⁵ SSTS 519/2002, de 22 de marzo (RJ 2002, 4024); 986/2004, de 13 de septiembre (RJ 2004, 6241); 413/2008, de 20 de junio (RJ 2008, 4747).

de que la aplicación de una de ellas, la relativa a la estafa, cubre plenamente y da una respuesta penal completa a la antijuridicidad de la acción reprochada⁶⁶.

El TS entiende que a) que cuando los bienes objeto de ocultación son precisamente los obtenidos fraudulentamente a través de la estafa; se trata de supuestos agotamiento del delito, que ejemplifica con el denominado timo del «nazareno»; b) «si en el momento en que se produce la ocultación de bienes para eludir el pago de esa obligación ha recaído ya sentencia condenatoria por el delito de estafa; o incluso cuando existe una distancia temporal relevante entre el desplazamiento patrimonial que genera el engaño característico de la estafa y el vaciamiento propio de la más emblemática de las insolvencias punibles, cabría el concurso real»; y c) cuando la actividad defraudadora y provocación de la insolvencia se mueven en un marco temporal relativamente próximo, pero con solución de continuidad, donde se produce una nueva decisión del autor que empeora sensiblemente la posición del estafado, aboga también por entender la existencia de concurso real, pues en otro caso se produciría un incoherencia penológica, pues el vaciamiento patrimonial que tuviese como «base una relación obligacional derivada de un contrato lícito y legítimo merecería más pena (prisión de uno a cuatro años y multa mínima de doce meses); que aquél que se produjese como secuela de un delito de estafa no agravada que, según la tesis de la consunción, quedaría absorbido por ésta mereciendo toda la conducta una única pena de prisión»; comparación punitiva que en realidad trasluce que «si se aplica solo una de las normas no se está contemplando todo el desvalor del injusto: el reproche de culpabilidad se queda corto. Si se aplica de forma excluyente uno de los dos tipos penales en aparente conflicto escapará parte del injusto al reproche. Sancionar exclusivamente con las penas de la insolvencia punible a quien ha maquinado un ardid para lograr engañar a otro impulsándole a un acto de disposición en su beneficio y luego extrae fraudulentamente de su patrimonio bienes para dificultar el debido resarcimiento, supone desdeñar una relevante porción de injusto, negar trascendencia penal a toda la actividad inicial defraudatoria equiparando esa conducta a la de quien sencillamente quiere eludir el pago de una deuda contraída a través de un negocio lícito». En definitiva, que se trate de un vaciamiento patrimonial o ocultación de bienes consecuente con un delito de estafa no cierra la posibilidad de la calificación diferente y autónoma⁶⁷. En cambio, se puede entender que cuando el acusado desde el mismo momento en que se celebra el «negocio jurídico criminalizado», ya inicia actividades de alzamien-

⁶⁶ STS (Sección 1.ª) 130/2016, de 1 marzo, recurso de casación 284/2016 (RJ/2017/962).

⁶⁷ STS 385/2014, de 23 de abril (RJ 2014, 3123).

to, para procurar la efectiva disposición de los bienes fraudulentamente obtenidos, entiende que la estafa absorbe el alzamiento⁶⁸.

X. FALSEAMIENTO O FALTA DE LLEVANZA DE CONTABILIDAD

En el Capítulo VII bis «De las insolvencias punibles» también se contemplan conductas de falseamiento y engaño:

«(Art. 259.1) 6.^a Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

7.^a Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.

8.^a Formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.»

«(Art. 261). El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquél, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses.»

Falsear es mentir, alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscribe el administrador de hecho o de derecho, advierte que solo cabe falsear lo que es susceptible de ser tenido por verdadero. En lo que se incluyen no sólo las cuentas sino cualesquiera otros documentos que reflejan la situación económica de la sociedad, precisa que la falsedad debe tener una eficacia causal, al menos en potencia, para generar un perjuicio. Y éste debe ser necesariamente económico por lo que los perjuicios de otra naturaleza no pueden configurar el elemento típico.

⁶⁸ STS 331/2014, de 15 de abril (RJ 2014, 4203).

La falta de reflejo de la situación económica real de la sociedad, o su ocultación, no se traduce, ni siquiera potencialmente, por sí sola en un perjuicio o detrimento patrimonial. Y esa falta de aptitud potencial del elemento falso para la producción del perjuicio económico no es que excluya la modalidad agravada, es que por la propia exigencia típica tampoco sirve para tener como probada la modalidad de mera actividad⁶⁹.

Sin embargo, en las insolvencias punibles se ha considerado que, si bien una irregularidad contable relevante supone un perjuicio informativo, no implica que pueda existir un perjuicio patrimonial⁷⁰.

El sujeto pasivo puede ser una persona determinada o varias. No la generalidad, por más que a veces se indique que el bien jurídico protegido es plural y alcanza incluso al tráfico mercantil. La tipicidad exige precisar los intereses económicos que pudieron ser lesionados o que efectivamente lo fueron, y ello obliga a concretar los sujetos pasivos, que no pueden ser una generalidad de personas⁷¹.

Existen otras actuaciones irregulares en la llevanza de la contabilidad, incluso la ausencia de esta, no conforman el tipo pues una contabilidad inexistente no es contabilidad falsa. Hay que reiterar la necesidad de que se haya falseado la documentación y que el falseamiento haya distorsionado la imagen real de la situación económica y jurídica de la entidad. Además, conviene repetir, ha de probarse el perjuicio real o potencial⁷².

XI. AUTORÍA EN OCULTACIÓN DE BIENES Y CONCURSO PUNIBLE

En cuanto a la autoría, cierto es que el nuevo artículo 259.1 se refiere a «quien, encontrándose» si bien ha de entenderse que sujeto activo de este delito solo puede serlo el deudor incurso en una declaración concursal o en un sobreseimiento regular de sus pagos, por lo que puede serlo tanto una persona física como jurídica, sin perjuicio del artículo 1.º apartado 3, de la Ley Concursal cuando determina que no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público, previsión que se corresponde con la falta de exigencia de decla-

⁶⁹ STS 884/2016, de 24 de noviembre (RJ 2016, 5633).

⁷⁰ FRANCÉS LECUMBERRI, El delito de insolvencia punible documental (art. 259.1, aps. 6.º a 8.º), *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2019, p. 26.

⁷¹ STS 228/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 1096).

⁷² SAP de Barcelona (Sección 6.ª) 63/2022, de 1 febrero, procedimiento abreviado 104/2020 (ARP\2022\562).

ración de responsabilidad penal a las personas jurídico-públicas que se exponen en el artículo 31 quinquies del Código Penal. Para el resto personas jurídicas, podrán activarse las previsiones del artículo 31 bis del Código Penal por remisión del artículo 261 bis. Así, el deudor tanto puede ser un empresario como un particular no comerciante; si bien la descripción de conductas típicas difícilmente es imaginable para particulares. En todo caso, el artículo 259.5 del Código Penal se refiere a los delitos «cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre» por lo que parecería que podemos encontrarnos ante un delito común, y no uno especial, pero debe concebirse como un delito especial o propio, sin perjuicio de la posibilidad de participar en él los «extraños», con las previsiones contenidas en el artículo 65.3 CP. La referencia a «la persona que actúe en su nombre» no lo es a una autoría mediata, sino que la ley se refiere a la persona que actúe en nombre de una persona jurídica (o física) mediante contrato o poder. Y en el supuesto de pluralidad de partícipes, no es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, todos los actos materiales integradores del tipo, pues a la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas. Así, frente a la regulación derogada, donde no había lugar a duda alguna de que el autor era el deudor que, además, tenía que haber sido declarado en concurso, en el nuevo artículo 259.1 y 2 se designa al autor de forma mucho más impersonal mediante el pronombre «quien», pero el apartado 4 sí se refiere expresamente a «el deudor». Para los extraños, se aplicarán las consecuencias penológicas derivadas del artículo 65.3 del Código Penal citado, por ejemplo, en los casos de confabulación con el deudor para descapitalizar la empresa quebrada, mediante la contracción de obligaciones, reales o ficticias, pero, en todo caso, tendentes a la causación de la insolvencia del deudor⁷³.

Debe de tenerse en cuenta:

«(Art. 261 bis). [Insolvencia punible de persona jurídica].

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

⁷³ El texto recogido en este apartado corresponde a la SAP de Barcelona (Sección 21.ª) 297/2022 de 27 octubre, Procedimiento abreviado 113/2020 (JUR/2023/218255) que realiza un certero resumen de la cuestión.

b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.

c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

XII. LA FORMACIÓN DE LA CONVICCIÓN FÁCTICA EN LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES

El proceso penal, es un procedimiento más de los empleados en la democracia, lo que caracteriza al mismo en un Estado Democrático de Derecho, es que el conflicto lo resuelva un Tribunal imparcial, a través de un dialogo igualitario, racional e informado entre las partes enfrentadas, y que, al tomar la decisión, parta de la presunción de la inocencia del acusado como regla de juicio⁷⁴.

El Tribunal Constitucional, sostiene que la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías. En este punto, se debe evitar el riesgo del paso inadvertido del estándar «más allá de cualquier duda razonable» (formula «beyond any reasonable doubt» recurrente desde mucho tiempo atrás en los tribunales norteamericanos) propio del proceso penal (que expresa la exigencia de que la culpabilidad del acusado sea demostrada con un altísimo grado de confirmación, prácticamente equivalente a la certeza), al de «probabilidad lógica prevaleciente» (aquí probabilidad no se referiría a la probabilidad como frecuencia estadística o a la probabilidad cuantitativa en general, sino al grado de confirmación lógica que un enunciado obtiene sobre la base de las pruebas que a él se refieren), que, la doctrina atribuye al proceso civil y que se corresponde sustancialmente con la formula norteamericana de la «preponderance of evidence»⁷⁵.

⁷⁴ SAP de Valencia (Sección 2.ª) 468/2022 de 30 septiembre, procedimiento abreviado 133/2019 (JUR/2023/75771).

⁷⁵ STC 81/1998 (RTC 1998, 81).

En cuanto a la acreditación fáctica del elemento subjetivo de las insolvencias punibles más allá de cualquier duda razonable, el Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado cuando se refiere a la prueba indiciaria que la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, a pesar de que se parta de una actividad probatoria lícita, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, es decir, cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas⁷⁶, lo que equivale según la doctrina constitucional a rechazar la conclusión cuando la deducción sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada⁷⁷.

Sin perjuicio de que cualquier hecho indiciario deja siempre abierta cierta holgura propiciatoria de alguna contra hipótesis alternativa favorable a la defensa, lo relevante y decisivo es que esa holgura no presente una plausibilidad ni un grado de verificabilidad que ponga en cuestión la probabilidad que apuntan los hechos indiciarios a favor de la hipótesis acusatoria⁷⁸.

Respecto a las relaciones comerciales es preciso tener en consideración que en los casos en los que se discute el mayor o menor acierto de las elecciones económicas, se trata de ilícitos civiles y no delitos⁷⁹.

La subsistencia, o no, de una duda razonable, parece un canon objetivo; pero es de muy difícil concreción en reglas de esta índole que determinen las características que ha de reunir la evidencia de la culpabilidad para que pueda estimarse que ésta queda, en efecto, probada más allá de toda duda razonable. La afirmación de la culpabilidad (la imputación subjetiva y objetiva de un hecho legalmente catalogado como injusto) ha de ser objeto de una prueba muy rigurosa, capaz de convencer a cualquiera, es decir, de mostrar que la duda carece de sentido⁸⁰.

La actuación del poder del Estado adopta en el proceso penal su en su forma más extrema, la pena criminal, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más sagrado de sus derechos fundamentales, por lo que cabe exigir a la acusación una solidez en la prueba⁸¹.

⁷⁶ STS 984/2009, de 8 de octubre de 2009, R.º 73/2009

⁷⁷ SSTC 189/1998 (RTC 1998, 189), 220/1998 (RTC 1998, 220), 124/2001 (RTC 2001, 124) y 137/2002 (RTC 2002, 137).

⁷⁸ SSTS 208/2012, de 16 de marzo (RJ 2012, 5306) y 531/2013, de 5 de junio (RJ 2013, 5941).

⁷⁹ STS 971/2009, 15 de octubre (RJ 2009, 7473).

⁸⁰ SAP de Valencia (Sección 2.ª) 468/2022 de 30 de septiembre, procedimiento abreviado 133/2019 (JUR\2023\75771).

⁸¹ STC 141/2006 (RTC 2006, 141)

XIII. REQUISITO DE PERSEGUIBILIDAD

Con anterioridad a la reforma operada por LO 1/2015, el artículo 260 del Código Penal exigía que el deudor fuera declarado en concurso, como una especie de requisito de procedibilidad (también considerada como condición objetiva de punibilidad). La Exposición de Motivos señala al efecto que el nuevo delito de concurso punible o bancarota se configura como un delito de peligro, si bien vinculado a la situación de crisis (a la insolvencia actual o inminente del deudor) y es «perseguible únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos». Al efecto, el artículo 259.4 dispone que «Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso», de donde resulta que son, pues, dos los momentos en los que puede perseguirse: el sobreseimiento de pagos y la declaración de concurso. Ni que decir tiene que el segundo momento es sencillo de probar, pero no así el primero, de manera que deberá acreditarse tal sobreseimiento de pagos. Así, el artículo 259.5 del Código Penal, en su primer inciso, declara que «este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de la continuación de este». Lo que ha de interpretarse en el sentido de que, producida la activación del concurso mercantil del deudor, podrá activarse el proceso penal, cualquiera que sea el estado en que se encuentre el procedimiento concursal, sin esperar a su resolución (en cualquiera de sus formas), y desde luego, sin perjuicio de la continuación de este, que no sufrirá ninguna paralización. Se pretende, en consecuencia, que ambos procesos –civil y penal– continúen por sus pasos, sin interferencia alguna⁸².

XIV. INDEPENDENCIA DE LA JURISDICCIÓN PENAL

Tratándose del ejercicio de la acción penal, las declaraciones que se efectúan en el seno de otra jurisdicción ajena resultan irrelevantes, resultando inquestionable que la declaración de responsabilidades penales por la comisión de un delito de insolvencia punible, solo puede ser efectuada por quien posee la jurisdicción y competencia para ello; es decir la jurisdicción penal. En el

⁸² SAP de Barcelona (Sección 21.ª) 297/2022, de 27 octubre, procedimiento abreviado 113/2020 (JUR\2023\218255).

ámbito penal solo concurre «cosa juzgada» de un modo negativo o preclusivo, es decir, una vez resuelta por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal no puede después seguirse otro procedimiento ni dictarse otra sentencia del mismo orden penal sobre idéntico hecho contra la misma persona, dada la imposibilidad de ser condenada dos veces por los mismos hechos con infracción del principio «non bis in idem»⁸³.

En esta materia la doctrina jurisprudencial establece que: a) lo resuelto por un Tribunal, y excepto en el contenido y alcance propio que contornea la cosa juzgada material, no vincula ni condiciona a otro distinto, el cual con soberano criterio y plena libertad de decisión puede aceptar como correcto lo ya resuelto, o, por el contrario, llegar a conclusiones dispares de las del primero; b) en consecuencia, no pueden extrapolarse las apreciaciones o valoraciones de los jueces recogidas en una determinada resolución; se incurriría en recusable interferencia en la función de apreciación racional y en conciencia de la prueba reservada inexcusablemente al juez o Tribunal sentenciador; c) de ahí que se predique, cuando de error en la apreciación de la prueba se trata, la carencia de virtualidad suficiente de los fundamentos fácticos de sentencias o resoluciones antecedentes, a fin de que en proceso distinto y por Tribunal diferente se haya de estar forzosamente a las conclusiones adoptadas en aquéllas; y d) la jurisdicción penal, por su carácter sancionador y la naturaleza personal de las penas que pueden ser impuestas, requiere un máximo de rigor en la valoración de las pruebas⁸⁴.

En lo que se refiere al concurso de acreedores se prevé expresamente la no vinculación de la jurisdicción civil al referir el citado artículo 259.6 que «en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal» en el mismo sentido que artículo 462 LC, intitulado «Regla de la no vinculación de los jueces de lo penal ni de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa» cuyo tenor literal dispone que «La calificación no vinculará a los jueces de lo penal que conozcan de aquellas actuaciones de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices que pudieran ser constitutivas de delito, ni a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa que conozcan de actuaciones sobre responsabilidad en el ámbito administrativo de terceras personas relacionadas con el concursado», de ahí que la jurisprudencia ha declarado que en la redacción actual

⁸³ SAP de Valencia (Sección 5.ª) 245/2020, de 28 enero, procedimiento abreviado 42/2019 (JUR\2023\382820).

⁸⁴ SSTS 338/1992, 12 marzo y 450/1995, 27 marzo (RJ 1995, 2239).

se cierra el paso a cualquier efecto penal de la calificación de la insolvencia en el proceso civil⁸⁵, incluso respecto a la jurisdicción laboral⁸⁶.

Cosa distinta es que la jurisdicción penal haya de ser absolutamente indiferente a todo aquello que tenga significación para el derecho mercantil concursal, pues podrá realizar su propia apreciación con independencia de lo resuelto por la otra jurisdicción. Así, ciertamente, en la LO 1/2015, de 30 de marzo, muchas de las situaciones fácticas que integran calificaciones descritas en la Ley Concursal como culpable o fraudulenta se reproducen ahora en las conductas enunciadas en el artículo 259 del Código Penal⁸⁷.

A los efectos de la eventual persecución penal de un concursado, lo esencial no es ya el dato jurídico formal del resultado del juicio que su gestión empresarial mereciera al juez mercantil, sino la efectiva calidad de ésta, evaluada de manera autónoma en el marco de la causa penal que se hubiera abierto al respecto⁸⁸. Esto no quiere decir que el contenido de las actuaciones seguidas en aquella jurisdicción y su resultado sean inútiles o indiferentes. Por el contrario, podrían ser de indudable utilidad, siempre que como es lo más normal, arrojen luz sobre las peculiaridades de la conducta a examen. Es decir, pese a que eventualmente pueda ser valorada esa calificación como prueba reveladora del ánimo del concursado, la mera calificación civil del concurso no supone automáticamente su aceptación en vía penal, ni siquiera suministra una presunción probatoria, gozando la jurisdicción penal de plena soberanía para evaluar el carácter delictivo o no del concurso previamente calificado en otro orden jurisdiccional⁸⁹.

XV. CONDENA EN COSTAS COMO DISUASIÓN A LOS AFECTADOS CIVILES

La condena en costas no es algo exclusivo de las insolvencias punibles, sin embargo, su tratamiento resulta importante puesto que en el caso de estos delitos tienen un efecto disuasorio para los afectados civiles por la insolvencia. Es decir, los acreedores del concurso de acreedores pueden sentirse inclinados a utilizar de forma medial el proceso penal para la satisfacción de inte-

⁸⁵ STS 1166/1999, de 16 de julio (RJ 1999, 6184).

⁸⁶ STS 948/2003, de 24 de junio (RJ 2003, 6246).

⁸⁷ SAP de Barcelona (Sección 21.ª) 297/2022 de 27 octubre, procedimiento abreviado 113/2020 (JUR\2023\218255).

⁸⁸ STS 145/2009, de 18 febrero (RJ 2009, 2046).

⁸⁹ STS 162/2013, de 21 de abril (RJ 2013, 4386).

reses meramente civiles. Por eso, las costas juegan aquí un papel importante y necesario.

La condena en costas al querellante es un efecto derivado del ejercicio temerario o de mala fe de las acciones judiciales o de la desestimación total de éstas. Por lo que su justificación radica en prevenir los resultados distorsionadores del entero sistema judicial que se derivarían de una excesiva litigiosidad y en restituir a la parte contraria los gastos que, en menoscabo de la satisfacción de sus pretensiones, le ocasione la defensa de sus derechos e intereses legítimos frente a quienes promuevan acciones o recursos mercedores de la imposición de costas⁹⁰.

La decisión sobre su imposición es cuestión que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria y corresponde en exclusiva a los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional pues constituye valoración de hechos o conductas de las partes⁹¹.

Aunque no hay un concepto o definición legal de temeridad o mala fe se suele entender, como pauta general, que tales circunstancias han concurrido cuando la pretensión ejercida carezca de toda consistencia y que la injusticia de su reclamación sea tan patente que deba ser conocida por quien la ejercitó, de aquí que tenga que responder por los gastos y perjuicios económicos causados con su temeraria actuación⁹², por lo que en tal caso debe pechar con los gastos y perjuicios económicos ocasionados a los acusados con tal injustificada actuación, sometiéndoles no sólo a la incertidumbre y angustia de ser acusado en un proceso penal, sino también a unos gastos que no es justo que corran de su cuenta⁹³.

En el caso de que fueran varios los condenados se señalará la parte proporcional de la que deba responder cada uno de ellos. Si bien es cierto que en la Ley no se expresan los criterios para determinar la proporcionalidad, sí que se ha recogido, en cambio, en prolongada y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo el criterio consistente en que, cuando además de ser varios los condenados, se haya apreciado la existencia de plurales delitos se realice primero un reparto por el número de estos últimos, repartiendo luego la parte correspondiente a cada delito entre los distintos condenados y cuidando de declarar de oficio las costas correspondientes a delitos objeto de acusación

⁹⁰ ATC 171/86 (RTC 1986, 171 Auto); STC 84/91 (RTC 1991, 84); STC 48/94 (RTC 1994, 48)

⁹¹ SSTC 131/86 (RTC 1986, 131); 230/88 (RTC 1988, 230); 147/1991 (RTC 1991, 147); 34/90 (RTC 1990, 34)

⁹² SAP de Madrid (Sección 15.ª) 429/2016, de 20 julio, recurso de apelación 1340/2015 (JUR/2016/254615)

⁹³ SSTC 305/95 (RTC 1995, 305), 387/98 (RTC 1998, 387)

pero no de condena, así como las correspondientes a los acusados que resultaren absueltos⁹⁴.

XVI. RESPONSABILIDAD CIVIL EN VACIAMIENTO PATRIMONIAL, OCULTACIÓN DE BIENES Y POSTERIOR INSOLVENCIA PUNIBLE

En relación del tratamiento paralelo de la responsabilidad civil en jurisdicciones distintas, se puede explicar que con la idea de que, el principio de enriquecimiento injusto permitirá en ejecución de sentencia valorar si, por haber concurrido algún hecho extintivo de la obligación, ha de hacerse frente a la misma⁹⁵.

La consecuencia de la comisión de un delito de insolvencia punible mediante la realización de un negocio jurídico de disposición o de gravamen es la anulación de dicho negocio jurídico y el consecuente reintegro al activo patrimonial del deudor del valor patrimonial enajenado o gravado, si esto fuera posible y, si ya no fuera posible ese retorno, mediante la fijación de la indemnización correspondiente al valor de dicho activo patrimonial o gravamen constituido⁹⁶.

La responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes, que en esta clase de infracciones penales la reparación civil no se produce ordinariamente a través de una indemnización de perjuicios, sino por medio de la restitución de la cosa que indebidamente salió del patrimonio del deudor o de la declaración de nulidad de los gravámenes ilícitamente constituidos. Cuando se ha realizado un negocio jurídico en la comisión del delito la reparación civil se realiza a través de la declaración de nulidad de dicho negocio⁹⁷.

En el delito de alzamiento de bienes la responsabilidad civil no alcanza el importe de la deuda. La responsabilidad civil por los delitos de alzamiento de

⁹⁴ En el supuesto enjuiciado por la SAP de Valencia (Sección 5.ª) 245/2020, de 28 enero, procedimiento abreviado 42/2019 (JUR/2023\382820) el Ministerio Fiscal y la acusación particular atribuía a los acusados la perpetración de cinco delitos, cuatro contra la Seguridad Social (atribuidos los delitos a y b contra los acusados Inocencio y Íñigo, y los delitos c y d contra Jesús, así como un delito de insolvencia punible contra los tres acusados) de modo que habiendo resultado condenados Íñigo y Jesús por un delito de insolvencia punible cada uno, de acuerdo con lo que se ha expuesto, deberá condenarse a éstos al pago de una quinceava parte de las costas procesales, con declaración de oficio del resto de costas.

⁹⁵ STS 372/2012, de 11 de mayo (RJ 2012, 6185).

⁹⁶ SAP de Cáceres (Sección 2.ª) 171/2017, de 25 mayo, recurso de apelación 470/2017 (JUR/2017/174039).

⁹⁷ STS 844/2016, de 8 noviembre (RJ 2016, 5406).

bienes se limita, ordinariamente, a la anulación de los negocios jurídicos fraudulentos para reintegrar al patrimonio los bienes sustraídos⁹⁸.

El fundamento de esta doctrina es claro: el montante de la obligación eludida no debe incluirse en la responsabilidad civil derivada del delito porque no es una consecuencia del delito: es su presupuesto y tiene que ser preexistente⁹⁹. El perjuicio radica en hacer ineficaces el derecho al cobro de las deudas, por lo tanto, la responsabilidad tiende a recuperar el correcto ejercicio de ese derecho reponiendo las cosas al estado anterior al hecho del alzamiento. Ahora bien, existen supuestos en los que la anulación de los actos jurídicos determinantes de la insolvencia, para devolver los bienes sustraídos al patrimonio original, no es viable, bien por la propia naturaleza de estos actos, bien porque los bienes han sido traspasados a terceros, y no pueden ser recuperados. En estos supuestos, ha de examinarse si procede declarar una responsabilidad civil derivada directamente del delito de insolvencia punible o alzamiento de bienes, con el fin de tutelar a las víctimas del delito de una manera efectiva, y que no resulten finalmente perjudicadas por el hecho delictivo sancionado¹⁰⁰.

Esta responsabilidad civil derivada del delito procede cuando legítimamente quepa deducir del delito de alzamiento de bienes unos perjuicios directamente anudables al mismo. Esta responsabilidad puede abarcar dos tipos de perjuicios: En primer lugar, serían indemnizables los perjuicios que se demuestren producidos por la imposibilidad de hacerse pago y diferenciables del mismo crédito. En segundo lugar la imposibilidad de cobro, consecuencia del delito de insolvencia punible o alzamiento de bienes, puede considerarse un perjuicio evaluable cuando es responsabilidad de un tercero, por ejemplo una persona física, y los perjudicados no tienen posibilidad alguna de resarcirse del crédito frente la persona jurídica inicialmente obligada, precisamente por la insolvencia en la que situó a esta empresa la acción delictiva realizada por la persona física responsable (administrador de la empresa o colaborador de ésta en la realización del delito)¹⁰¹.

En materia de responsabilidad civil ligada al delito de insolvencia concursal, la relación entre la jurisdicción civil y penal es autónoma pero interrelacionada. El artículo 260.3 del CP –actual 259.5– es claro cuando señala, a los efectos que ahora interesan, que el importe de la responsabilidad civil derivada

⁹⁸ STS 400/2014, de 15 de abril (RJ 2014, 2626).

⁹⁹ SSTS 1077/2006, de 31 de diciembre; 1091/2010, de 7 de diciembre (RJ 2011, 278); 209/2012, de 23 de marzo (RJ 2012, 4648).

¹⁰⁰ SSTS 440/2012, de 25 de mayo (RJ 2012, 9045) y 400/2014, de 15 de abril (RJ 2014, 2626).

¹⁰¹ SSTS 1388/1999, de 7 de octubre (RJ 1999, 7601); 980/1999, de 18 de junio (RJ 1999, 4142); 400/2014, de 15 de abril (RJ 2014, 2626).

de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa. El desenlace en el ámbito de la responsabilidad civil estará condicionado, como es obvio, por el artículo 112 de la LECRIM, conforme al cual, una vez se ejercita la acción penal, se entenderá también utilizada la acción civil, a no ser que el perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla una vez terminado el juicio criminal. De ahí que no exista cobertura jurídica para afirmar que el Juez penal llamado a enjuiciar el carácter delictivo de la insolvencia concursal carezca de capacidad para pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada de ese hecho ilícito. Las fuentes obligacionales son distintas y como tal operan en cada uno de los procesos. Conviene precisar que la existencia de un tratamiento jurisdiccional en paralelo, aunque claramente interrelacionado en materia de responsabilidad civil, se manifiesta en otros preceptos de la legislación concursal¹⁰².

No se trata de un problema de *non bis in idem*. La prohibición constitucional de doble incriminación, en la medida en que supone un desbordamiento del principio de culpabilidad, no acoge en su ámbito natural las cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil. La exclusión del deber de pagar de forma duplicada una obligación civil, encuentra una explicación más lógica en la concurrencia de alguna de las causas de extinción de las obligaciones (art. 1156 Código Civil). No se trata, en fin, de un problema asociable al *non bis in idem*, sino a la idea civil de enriquecimiento injusto, excluible, precisamente, mediante una decisión jurisdiccional que, ya en fase de ejecución, analice la concurrencia de algún hecho extintivo del deber de hacer frente a la obligación declarada o de una disposición legal (art. 260.3 CP que aplique a un destino específico –su incorporación a la masa– la cantidad resultante. En suma, no existe obstáculo alguno para que el proceso penal culmine con una declaración de responsabilidad civil, cuya efectividad quedará, sin embargo, condicionada por el resultado del proceso concursal. Y será precisamente al Juez mercantil a quien incumbirá la adopción de las decisiones precisas para que, en ningún caso, pueda generarse un enriquecimiento injusto para alguno de los perjudicados o una quiebra del principio de igualdad en la efectividad de los respectivos créditos¹⁰³.

¹⁰² STS 372/2012, de 11 de mayo (RJ 2012, 6185).

¹⁰³ STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) 49/2024 de 17 enero, recurso de casación 7489/2021 (JUR/2024/24441).

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO FERRERAS, La insolvencia en el derecho penal concursal y el concepto de crisis económica como complemento a la misma, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 27, 2013
- CABALLERO BRUN, Algunos problemas de autoría y participación en las denominadas insolvencias punibles, *Revista penal*, n.º 21, 2008.
- CUELLO CONTRERAS, La intencionalidad como criterio de distinción entre la estafa y el ilícito civil, *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2019.
- FRANCÉS LECUMBERRI, El delito de insolvencia punible documental (art. 259.1, aps. 6.º a 8.º), *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2019.
- GÓMEZ MARTÍN, Insolvencias punibles y Ley Concursal, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Vol. 53, n.º 1, 2005
- PAVÍA CARDELL, La reforma de la insolvencia concursal punible (art. 259 CP), *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 1, 2016.
- VALVERDE AMORES, FLORES VALERO, ALBUJA MORA, AGAMA CHICO, La responsabilidad empresarial ante la insolvencia fraudulenta, *Journal of Science and Research: Revista Ciencia e Investigación*, Vol. 5, n.º extra 2, 2020.

FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN (CP ART. 257 A 258 TER)

JUAN IGNACIO DEL VALLE DE JOZ

Doctor en Derecho

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

SUMARIO: I. Introducción. 1. Las conductas de frustración de la ejecución. 2. Evolución normativa. 3. Tipos de frustración de la ejecución. II. El alzamiento de bienes. 1. Aspectos comunes. 2. Tipo básico. El alzamiento de bienes. 3. Actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones que obstaculicen la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo judicial, extrajudicial o administrativo. III. Actos de disposición o contracción de obligaciones que disminuyan el patrimonio u ocultación del patrimonio con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito. 1. Tipo general. 2. Tipo agravado. 3. Penalidad agravada. IV. Ocultación del patrimonio por el deudor obligado a manifestar sus bienes.–V. El uso sin autorización de bienes embargados por autoridad pública. VI. Responsabilidad de las personas jurídicas. VII. Responsabilidad civil. VIII. Situaciones concursales.

I. INTRODUCCIÓN

1. Las conductas de frustración de la ejecución

El capítulo VII del título XIII («Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico») del libro II («Delitos y sus penas») del CP se dedica a la «Frustración de la ejecución». Bajo esta denominación se tipifican diversas conductas que tienen como presupuesto la voluntad del deudor de dificultar

tar el derecho del acreedor a obtener la satisfacción de su crédito mediante la persecución de los bienes del deudor. En este sentido, como se ha observado por la doctrina, más que de «frustración de la ejecución» podría hablarse de «obstaculización de la ejecución», porque su contenido no se refiere exclusivamente a cuando no se consigue o impide la ejecución de los bienes del deudor, sino también cuando se dificulta o se dilata¹. Se trata de defraudaciones caracterizadas porque el autor de la conducta típica no actúa sobre un patrimonio ajeno, sino sobre su propio patrimonio, vinculado, eso sí, al cumplimiento de las obligaciones contraídas².

Estas conductas tienen especial importancia en el ámbito del Derecho laboral y en el Derecho de la Seguridad Social, puesto que pueden tener distintas consecuencias. Así, en primer lugar, cuando el empresario es el sujeto activo de estos delitos, pueden afectar al derecho de los trabajadores a hacer efectivos sus créditos frente a la empresa, así como al derecho de la Seguridad Social a recaudar de los sujetos obligados las cantidades por cuotas u otros conceptos que deben hacer efectivas. Y, en segundo lugar, cuando la empresa es el sujeto pasivo de estos delitos, se puede producir, como ha puesto de manifiesto la doctrina penalista, una reacción en cadena, en la que se van transmitiendo de unos empresarios a otros las dificultades de pago y la crisis, con la consecuencia, entre otras, de despidos masivos de trabajadores³. El propio CP hace una referencia expresa (art. 257) a que lo previsto para este delito se aplica cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.

En particular, en relación con el crédito de la Seguridad Social, el CP prevé una mayor penalidad cuando la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídica pública, o se trate de obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social (art. 257.3 CP).

¹ MUÑOZ CUESTA, Javier: «Frustración de la ejecución: una nueva forma de protección del acreedor», *Revista Aranzadi Doctrinal*, num. 9/2015, p. 2 del documento digital.

² DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: «Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia», en DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan y NIETO Martín, Adán: *Derecho penal económico y de la empresa*, Editorial Dyckinson, Madrid, 2018, p. 287.

³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO SAGGESE, Silvina: *Derecho penal económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, 2.ª edición, p. 415.

2. Evolución normativa

Las conductas de frustración de la ejecución venían tradicionalmente comprendidas bajo el delito de alzamiento de bienes, incluido, hasta la reforma del CP de 2015⁴, en el capítulo dedicado a las insolvencias punibles. La exposición de motivos de la LO 1/2015 se refiere a la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota, pasando estos grupos de delitos a estar regulados en capítulos diferenciados. Además, la reforma del 2015 incluyó dos nuevas conductas en materia de frustración de la ejecución, que son la presentación en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo de una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz o la falta de presentación cuando sea requerida (art. 258 CP) y el uso sin autorización de bienes embargados por autoridad pública (art. 258 bis CP).

Previamente, la reforma del CP de 2010⁵, había previsto el aumento de las penas para el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico-pública.

3. Tipos de frustración de la ejecución

En relación con la frustración de la ejecución pueden distinguirse varias figuras delictivas:

a) Alzamiento de bienes:

- el alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores (art. 257.1.1.º CP).
- la realización de actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones que dilaten, dificulten o impidan la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo (art. 257.1.2.º CP).

- la realización de actos de disposición o contracción de obligaciones que disminuyan u oculten el patrimonio con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito (257.2 CP).

⁴ Mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

⁵ Mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

■ LOS DELITOS LABORALES

b) La ocultación del patrimonio por el deudor obligado a manifestar sus bienes (art. 258 CP):

— La presentación en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo de una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz.

— La falta de presentación de dicha declaración cuando sea requerida.

c) El uso sin autorización de bienes embargados por autoridad pública que hubieran sido constituidos en depósito (art. 258 bis CP).

II. EL ALZAMIENTO DE BIENES

1. Aspectos comunes

A) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En relación con el delito de alzamiento de bienes, la jurisprudencia ha venido afirmando tradicionalmente que el bien jurídico básico protegido viene integrado por la actitud de respeto y atención que gravita sobre el obligado en una relación jurídica negocial de conservación de su patrimonio (en virtud de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil⁶), no defraudando la confianza de sus acreedores, de manera que no atiende propiamente a la represión de la lesión causada al derecho de satisfacción de los acreedores, sino a la sanción de la irregular conducta del deudor, suscitadora de un riesgo para aquéllos⁷.

Más recientemente, la jurisprudencia define el bien jurídico protegido con mayor amplitud, señalando que el delito de alzamiento de bienes constituye un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal prevenida en el artículo 1911 del Código Civil y, de otro, el interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio⁸. Ello no obstante, la doctrina penalista mayoritaria afirma la naturaleza estrictamente patrimonial del bien jurídico protegido, centrado en el derecho que ostenta el acreedor a satisfacer sus créditos en el patrimonio del deudor tras haberse producido un incumpli-

⁶ «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.»

⁷ STS de 1 de julio de 1991, rec. 1101/1989.

⁸ SSTS 1805/2000, de 26 de diciembre y 2212/2001, de 27 de noviembre.

miento obligacional⁹. Pero también se observa que, desde el momento en que, actualmente, el artículo 257.3 CP lleva a cabo una equiparación explícita entre la protección del crédito privado y el crédito público, debe afirmarse que, si bien es cierto que conceptualmente el delito de alzamiento de bienes no tiene por qué comportar la vulneración de un bien jurídico supraindividual (y este será siempre el caso en que el presupuesto del delito resida en una obligación jurídica privada), hay que reconocer que, en algunos supuestos, este delito puede hallarse dirigido a proteger un bien colectivo (lo que sucederá siempre que el presupuesto estribe en una obligación de Derecho público)¹⁰.

Asimismo, la introducción del delito de presentación de declaración de patrimonio falsa del artículo 258 introduce un matiz en el concepto de bien jurídico tutelado, identificándose éste con el correcto funcionamiento de los procedimientos de ejecución, si bien indirectamente se protege nuevamente el derecho de crédito de los acreedores¹¹.

B) ELEMENTOS DEL ALZAMIENTO

Los elementos del delito, según los ha descrito la jurisprudencia, son los siguientes¹²:

— La existencia de uno o más créditos contra el sujeto activo, generalmente anteriores a su acción, reales y de ordinario vencidos, líquidos y exigibles, empleándose las expresiones adverbiales «generalmente» y «de ordinario» porque es frecuente que el defraudador, ante la inminencia de que su deuda se convierta en vencida y exigible, se anticipe con una operación que frustre las futuras y legítimas expectativas de su acreedor o acreedores mediante la adopción de medidas idóneas para burlar sus derechos.

— Un elemento dinámico, que no queda circunscrito a la fuga o desaparición del deudor, sino que puede consistir en la ocultación o destrucción de su activo, en enajenaciones reales o ficticias, onerosas o gratuitas, pero en todo caso con desaparición del valor obtenido en su caso con la transmisión de los bienes, en liberalidades excesivas, en constitución simulada de gravámenes, en

⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: «Derecho penal económico y de la empresa», Tirant lo blanch, Valencia, 2023, 7.ª edición, p. 58.

¹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: «Derecho penal económico ...», *op. cit.*, pp. 68-69.

¹¹ SOUTO GARCÍA, Eva María: «La tutela penal del derecho de crédito tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: los “nuevos” delitos de frustración de la ejecución y de insolvencia punible», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Navarra, núm. 38/2015, p. 6 del documento digital.

¹² STS 515/2021, de 11 de junio, que sintetiza la doctrina jurisprudencial.

reconocimiento de créditos inexistentes y privilegiados y en otras muchas formas comisivas que el ingenio del deudor pueda inventar.

— Un elemento tendencial que consiste en el ánimo de perjudicar a los acreedores mediante la elusión de la responsabilidad patrimonial universal establecida en los artículos 1.111¹³ y 1.191 del Código Civil. La intención de perjudicar al acreedor o acreedores constituye un elemento subjetivo del tipo, una parte del dolo. El delito de alzamiento de bienes no puede cometerse por imprudencia, puesto que el legislador no ha previsto esta posibilidad de delinquir por el comportamiento descuidado del deudor en el deber de conservar su patrimonio en beneficio de sus acreedores (STS 1117/2004, de 11 de octubre).

— Un resultado, no de lesión sino de riesgo, pues es preciso que el deudor, como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de insolvencia total o parcial o, lo que es igual, que experimente una sensible disminución, aunque sea ficticia, de su activo patrimonial, imposibilitando a los acreedores el cobro de sus créditos o dificultándolo en grado sumo.

También afirma la jurisprudencia¹⁴ que para la consumación del delito no es necesario que el deudor quede en una situación de insolvencia total o parcial, basta con una insolvencia aparente, consecuencia de la enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita de los propios bienes o de cualquier actividad que sustraiga tales bienes al destino solutorio al que se hallen afectos porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos. Desde luego no se puede exigir que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados, ni menos aún que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica.

Asimismo, la jurisprudencia¹⁵ entiende que no se cometerá el delito si se acredita la existencia de otros bienes con los que el deudor acusado pueda hacer frente a sus deudas, puesto que la existencia de este tipo delictivo no supone una conminación al deudor orientada a la inmovilización total de su patrimonio en tanto subsista su deuda, por lo que no existirá delito aunque

¹³ «Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho.»

¹⁴ STS 194/2018, de 24 de abril.

¹⁵ STS 146/2022, de 17 de febrero.

exista disposición de bienes si permanece en poder del deudor patrimonio suficiente para satisfacer adecuadamente los derechos de los acreedores.

C) LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN CUYO PAGO SE INTENTE ELUDIR

De conformidad con el párrafo primero del apartado 3 del artículo 257.3 CP, lo dispuesto en dicho artículo será de aplicación «cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada». La referencia a que el delito de alzamiento de bienes comprende a toda clase de deudas y de acreedores, cualquiera que sea su naturaleza, fue una novedad del CP de 1995. En todo caso, la posibilidad de que una Administración pública sea sujeto pasivo del delito de alzamiento de bienes ya venía siendo reconocida por la jurisprudencia con anterioridad al CP de 1995¹⁶.

Una cuestión que puede plantearse es la de si las conductas para eludir el cumplimiento de multas y sanciones pecuniarias pueden constituir este delito. A la vista de que el artículo 257.3 CP se refiere a cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, con independencia de que el acreedor sea cualquier persona jurídica, pública o privada, y de que el párrafo segundo agrava la pena cuando la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública ha de entenderse, como afirma la doctrina, que no debe haber problema en considerar como alzamiento la elusión fraudulenta de multas y sanciones¹⁷.

La referencia en el artículo 257.3 a los derechos económicos de los trabajadores, como señala la doctrina¹⁸, debe ser entendida como referida exclusivamente a los derechos de crédito de los trabajadores (o sea, derechos de naturaleza patrimonial, como la masa salarial o indemnizaciones), y no como comprensiva de otros derechos laborales, como son el derecho al puesto de trabajo y a la continuidad del contrato de trabajo.

¹⁶ Así, por ejemplo, STS 2212/2001, sobre donaciones de padres en favor de sus hijos con la finalidad de poner a cubierto el patrimonio frente a la vía ejecutiva de la TGSS, en la que los hechos enjuiciados habían tenido lugar en el año 1992.

¹⁷ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: «Delitos de frustración de la ejecución ...», *op. cit.*, p. 295.

¹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: «Derecho penal económico ...», *op. cit.*, p. 70.

No resulta relevante, a efectos de existencia de alzamiento de bienes cometido para dificultar el derecho de crédito de los trabajadores, el hecho de que el FOGASA hubiera satisfecho parcialmente dichos créditos (STS 189/2023 de 15 de marzo).

D) LA PROBLEMÁTICA SOBRE LA PRETERICIÓN DE ACREEDORES

Una cuestión que suscita dudas y sobre la que existe doctrina jurisprudencial divergente es la relativa a la tipicidad de la conducta consistente en el favorecimiento de un acreedor frente a otros. Numerosas sentencias del TS¹⁹ venían declarando que no concurre el delito de alzamiento de bienes cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados, ya que esta figura no es una tipificación penal de la violación de las normas relativas a la prelación de créditos, que se regirán por las disposiciones del derecho privado cuya inobservancia no constituye el objeto de alzamiento de bienes (STS 1170/2001, de 18 de junio, entre otras). No obstante, la STS 1536/2001, de 23 de julio, supuso una modificación de la doctrina tradicional, afirmando que se estará ante una conducta de favorecimiento de acreedores situada extramuros del CP cuando el futuro insolvente solvente sus deudas con alguno de los acreedores perjudicando al resto siempre que aquél no esté constreñido a satisfacer el crédito pospuesto en el pago; por el contrario, cuando exista este constreñimiento jurídico debe estimarse que no existe causa de justificación que ampare tal anticipación de pago, y que en, consecuencia, en la medida que con el pago efectuado se ha constituido en una situación de insolvencia, es decir sin bienes, ante el resto de los acreedores, singularmente ante aquel acreedor que ostentaba un crédito ya realizable, ha de estimarse tal acción como constitutiva de alzamiento.

No en el ámbito del alzamiento, sino en sede de insolvencia punible, el artículo 260.1 CP, tras la reforma de 2015, expresamente tipifica la conducta del deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial.

¹⁹ Como se recoge en STS 984/2009, de 8 de octubre.

Sin perjuicio de ello, la STS 635/2021, de 14 de julio, que contempla, entre otros, hechos posteriores a la entrada en vigor de la reforma de 2015, entiende aplicable la referida doctrina que afirma que existe alzamiento cuando el deudor, mediante pagos efectuados a otros acreedores, se ha constituido en una situación de insolvencia ante el resto de los acreedores, singularmente ante aquel acreedor que ostentaba un crédito ya realizable y que ya estaba constreñido jurídicamente a satisfacer.

E) AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1) *Sujeto activo.*

El alzamiento de bienes es un delito especial que únicamente puede ser cometido por el deudor, por lo que quienes, sin serlo, contribuyan al delito, podrán, a lo sumo ser partícipes²⁰.

2) *Consideración especial de las deudas de Seguridad Social.*

Tratándose de las obligaciones en materia de Seguridad Social, la condición de deudor y, por tanto, de sujeto activo del delito de alzamiento de bienes, puede recaer no solo en el obligado principal, sino en otros sujetos a los que se les puede derivar el cumplimiento de la correspondiente obligación. A este respecto, el artículo 18.3 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS), dispone que son responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social «las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso y, además, los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa de aquellos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de ley que se refiera o no excluya expresamente las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes».

²⁰ PASTOR MUÑOZ, Nuria: «Obtención fraudulenta del crédito. Frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.) y ROBLES PLANAS, Ricardo (coord.): *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*, Atelier, Barcelona, 2023, 2.ª edición, p. 339.

Asimismo, en los supuestos de empresario aparente, ha de tenerse en cuenta que, conforme al artículo 18.4 de la LGSS, en caso de que la responsabilidad por la obligación de cotizar corresponda al empresario, «podrá dirigirse el procedimiento recaudatorio que se establece en esta ley y en su normativa de desarrollo contra quien efectivamente reciba la prestación de servicios de los trabajadores que emplee, aunque formalmente no figure como empresario en los contratos de trabajo, en los registros públicos o en los archivos de las entidades gestoras y servicios comunes». Por lo que el empresario oculto también puede tener la condición de deudor de la Seguridad Social.

El delito de alzamiento de bienes, por otro lado, puede cometerse, tratándose de obligaciones en materia de Seguridad Social, tanto respecto de aquellas obligaciones que pueden ser objeto de los procedimientos administrativos de recaudación, como de aquellas otras en las que, por resultar la obligación de una resolución judicial, la ejecución debe llevarse a efecto judicialmente.

3) *Cooperadores necesarios.*

No son infrecuentes los supuestos en los que la comisión del delito implica la participación de terceros, los cuales se convierten en cooperadores necesarios²¹. La jurisprudencia declara, en relación con las conductas de alzamiento, que el principio de movilidad patrimonial (a salvo de prohibiciones expresas de disponer) no convierte en responsable penal al tercero que se limita a adquirir un bien embargado o en trance de serlo o de ejecución, siendo el deudor el que debe ingresar el valor equivalente obtenido en el patrimonio social o responder con dicho valor de la deuda. Pero el tercero sí asume responsabilidad penal cuando mediante la adquisición de los bienes participa de un plan de despatrimonialización diseñado o asumido por el deudor que vende, pues de ese modo favorece el resultado prohibido –la frustración de la ejecución de créditos preexistentes– y ello pese al contenido oneroso que pueda reconocerse a los negocios celebrados (STS 130/2021 de 12 febrero).

A este respecto, se afirma que comete el delito de alzamiento, como cooperador necesario, quien, a sabiendas de la finalidad defraudatoria que se perseguía con las operaciones realizadas, al menos por dolo eventual tuvo que representarse que se trataba de maniobras para ocultar activos el deudor, originando sin duda un perjuicio a los acreedores. De manera que la participación como coautor por cooperación necesaria se ha venido reconociendo repetida-

²¹ «Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado» (art. 28.b) CP).

mente por la jurisprudencia cuando se trata de personas que, de acuerdo con el deudor, colaboran eficazmente con éste para frustrar los legítimos derechos de los acreedores, de suerte que sin este concurso no hubiera podido llevarse a efecto la acción fraudulenta, no siendo preciso que el «extraño» tenga intención de defraudar a los acreedores del deudor, con tal que conozca que, con su participación, coopera a dicho resultado (STS 354/2023 de 11 mayo).

F) CONCURRENCIA ENTRE PROCESO PENAL Y PROCESO CONCURSAL

Conforme al artículo 257.5 del CP, el delito de frustración de la ejecución «será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara un procedimiento concursal». Como observa la doctrina penalista, mediante esta disposición se pretende evitar que el deudor utilice la puesta en marcha de un procedimiento concursal (mediante la solicitud de concurso por el deudor, conforme a los artículos 5 y siguientes de la Ley Concursal, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo) para detener el procedimiento penal²².

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la calificación del concurso (como fortuito o culpable)²³ no afecta a la jurisdicción penal, habida cuenta de la desvinculación de que gozan los juzgados y tribunales respecto de la legislación mercantil, bastando que por prueba practicada en el proceso penal quede acreditado si la situación de crisis económica o de insolvencia ha sido o no causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre, por lo que la calificación del concurso como fortuito y no culpable no impide apreciar la comisión del delito de alzamiento de bienes (STS 146/2022, de 17 de febrero).

En este sentido, en relación con las insolvencias punibles, el artículo 259.6 CP declara que «En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal».

2. Tipo básico. El alzamiento de bienes

Conforme al artículo 257.1.1.º CP, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses «El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores».

²² PASTOR MUÑOZ, Nuria: «Obtención fraudulenta del crédito ...», *op. cit.*, p. 339.

²³ Artículos 441 y ss. de la Ley Concursal, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

Esta conducta ya se recogía en el CP anterior; como ha señalado la jurisprudencia²⁴, prescindiendo del concepto tradicional que tuvo en nuestra historia, referido al supuesto de fuga del deudor con desaparición de su persona y de su patrimonio, en la actualidad alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentra dificultades para hallar bienes con los que poder cobrarse. Añadiendo que tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore dónde se encuentra, o de modo más sofisticado, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen que impide o dificulta la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hijos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho real que obstaculiza la vía de apremio²⁵.

Como muestra de algunas conductas de alzamiento recogidas por la jurisprudencia pueden señalarse las siguientes:

— Venta ficticia de acciones de sociedad titular de participación en un inmueble con el fin de ponerlo a salvo de atender las indemnizaciones económicas de los trabajadores de la empresa (STS 711/2022 de 13 de julio).

— Transmisión, por miembros del consejo de administración de una sociedad deudora a la Seguridad Social, de sus bienes a sociedades limitadas compartidas con sus esposas y parejas, dejando de ser propietarios de los bienes transmitidos (STS de 18 de enero del 24).

— Despatrimonialización de entidad mercantil mediante la venta de existencias a precio muy inferior al de mercado, con la exclusiva finalidad de perjudicar las expectativas de cobro de acreedores (STS 896/2021, de 18 de noviembre).

— Venta de elementos de producción (camiones), sin entrada correlativa de activos, intentando que los trabajadores no puedan cobrar determinados

²⁴ STS 732/2000, de 27 abril.

²⁵ STS 732/2000, de 27 abril.

créditos que les han sido reconocidos por la jurisdicción laboral (STS 165/2024, de 22 de febrero).

— Gravamen de una finca en garantía de un préstamo, creando una nueva empresa a la que se desvió actividad de una anterior, todo ello con la finalidad de eludir las responsabilidades pecuniarias derivadas de sentencias de Juzgado de lo Social y las consiguientes ejecuciones instadas (STS 604/2023, de 13 de julio).

— Creación de una sociedad que persigue impedir que se puedan hacer efectivos los créditos de la Seguridad Social frente a otra sociedad, desviando la actividad empresarial y su fondo de comercio a la nueva sociedad, dejando en insolvencia a la anterior (STS 146/2022, de 17 de febrero).

— Donación de gran parte de sus bienes a esposa y venta de un inmueble a sociedad también de la esposa (STS 354/2023, de 11 de mayo).

— Otorgamiento de capitulaciones matrimoniales y liquidación de sociedad de gananciales, adjudicando a la esposa del deudor la propiedad de inmueble con el fin de ponerlo a salvo de las reclamaciones de los acreedores (STS 517/2006 de 4 de mayo).

— Donación de sus bienes por el deudor a hija, situándose en una posición de insolvencia (STS 584/2016 de 1 de julio).

— Deudor que teniendo conocimiento de la pendencia de procedimientos penales en los que se le atribuía la comisión de distintas figuras delictivas, con el propósito de eludir o dificultar severamente el cumplimiento de las responsabilidades civiles que de aquéllos pudieran derivarse, procede, una vez le fue reintegrado un crédito, a disponer que el mismo fuera satisfecho en la cuenta de sociedades terceras, propiedad de su esposa e hijos (STS 89/2023, de 10 de febrero).

3. Actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones que obstaculicen la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo judicial, extrajudicial o administrativo

El artículo 257.1.1.º CP tipifica la realización de cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación. La tipificación de esta conducta se mantiene sin cambios desde el texto del CP de 1995. En principio, como la doctrina ha señalado, parece que, en realidad, el precepto no añade ninguna conducta que no contemple ya el artículo 257.1.1.º CP y

solo la especificidad y frecuencia del supuesto explican su presencia entre estos delitos²⁶. Sin perjuicio de ello, a efectos de diferenciar este supuesto del recogido en el artículo 257.1.1.º CP puede tenerse en cuenta el elemento de la exigibilidad de la deuda. Como se ha observado²⁷, la previsión legal del alzamiento para tratar de eludir la eficacia de un procedimiento ejecutivo (art. 257.1.2 CP) significa que el alzamiento genérico no precisa que la deuda sea exigible pero, por definición, para que se pueda abrir un procedimiento de ejecución forzosa la deuda tiene que estar vencida y ser exigible; así, el deudor que quiera perjudicar a sus acreedores puede adelantarse a ese momento y realizar los actos de ocultación desde el propio nacimiento de la deuda, en cuyo caso habría que reconducirlo al artículo 257.1.1 CP, pero si la deuda estuviese vencida y fuese ya exigible, habría que considerar aplicable el artículo 257.1.2 CP.

Asimismo, la jurisprudencia sí ha delimitado perfiles propios a esta modalidad delictiva, subrayando que su tipificación pretende proteger los instrumentos jurídicos establecidos para obtener la satisfacción de los créditos. Así, la STS 130/2021, de 12 de febrero, afirma que el artículo 257.1.2.º «introduce, frente a la regulación histórica del delito de alzamiento, una modalidad de acción, reclamada ampliamente por la doctrina especializada, que extiende el espacio de prohibición a la realización de todo negocio jurídico que dilate, dificulte o impida la eficacia de un procedimiento en curso o de inminente activación de embargo, apremio o ejecución judicial o extrajudicial [...] El subtipo protege los mecanismos tendentes a la ejecución de las deudas sin perjuicio de la prevalencia de estas o las garantías de las que puedan gozar. La lesión del bien jurídico no se produce porque mediante dichos actos negociales se provoque de forma necesaria una situación de insolvencia sino porque se afecte de forma significativa la eficacia de los mecanismos institucionalizados con los que el ordenamiento jurídico tutela el crédito. Muy en particular, los tendentes a asegurar y ejecutar, en su caso, los bienes con los que se debe responder. [...] A diferencia de la modalidad del artículo 257.1.1.º CP, la antijuricidad específicamente penal no exige fórmulas de ocultación o de elusión mediante mecanismos fiduciarios de los bienes que pudieran responder al pago de deudas exigibles. Basta con que se realice un negocio dispositivo que genere obligaciones patrimoniales añadidas o reduzca el activo patrimonial, afectan-

²⁶ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: «Frustración de la ejecución ...», *op. cit.*, p. 299.

²⁷ ROCA, Luis: «Los delitos de alzamiento de bienes (examen de los artículos 257 y 258 del Código Penal)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 22/2011 Editorial Civitas, SA, p. 48 del documento digital.

do de forma grave al proceso de ejecución crediticia en curso o de inminente iniciación».

Como asimismo declara la jurisprudencia, la comisión de esta modalidad no exige una insolvencia total, «sino que al ser un delito de mera actividad, no exige un resultado, pero sí el perjuicio a los acreedores, puesto que la tipicidad no exige que se impida la eficacia del procedimiento de ejecución: basta con que se dificulte su eficacia» (STS 604/2023, de 13 de julio).

III. ACTOS DE DISPOSICIÓN O CONTRACCIÓN DE OBLIGACIONES QUE DISMINUYAN EL PATRIMONIO U OCULTACIÓN DEL PATRIMONIO CON LA FINALIDAD DE ELUDIR EL PAGO DE RESPONSABILIDADES CIVILES DERIVADAS DE UN DELITO

1. Tipo general

Conforme al artículo 257.2 CP, se impondrá la misma pena prevista para el alzamiento de bienes a «quien realizare actos de disposición, contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio u oculte por cualquier medio elementos de su patrimonio sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder». Este delito figuraba, con anterioridad a la reforma del CP de 2015, en el artículo 258 del CP.

La especificidad de este tipo, como expone la doctrina, radica en la calidad del sujeto activo, que, en este caso, será un condenado en sentencia firme o un sujeto que está a la espera de que concluya el proceso penal en que está inmerso (lo que incluye a todas las modalidades de participación previstas en el CP, así como los responsables civiles, directa o subsidiariamente) que decide enajenar, gravar o sacar de su patrimonio algunos activos que impidan la realización de los mismos por quien tiene derecho a percibir alguna indemnización como consecuencia de esta acción delictiva²⁸. Ha de entenderse²⁹ que la mención hecha por el legislador a quien «debiera responder» incluye a quienes habiendo cometido un delito –como autores o partícipes– no responden de él penalmente al tratarse de sujetos en los que concurre una causa de inculpa- bilidad, una exención personal de la pena o incluso un desistimiento, puesto

²⁸ RUIZ BLAY, Guillermo: «Frustración de la ejecución. Alzamiento de bienes e insolvencias punibles», en LIÑÁN LAFUENTE, Alfredo (coord.): *Delitos económicos y empresariales*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 172.

²⁹ SOUTO GARCÍA, Eva María: «La tutela penal del derecho de crédito...», *op. cit.*, p. 10 del documento digital.

que estos sujetos pueden no tener responsabilidad penal, pero ello no implica la extinción de la responsabilidad civil a la que hace referencia el artículo 116 CP.

Para la jurisprudencia, la razón de la incorporación de este precepto a nuestro Código Penal «reside en la constatación –relativamente frecuente–, de que los incurso en un hecho delictivo de cualquier naturaleza, nada más ocurrir éste, y con objeto de eludir las responsabilidades civiles que pueden dimanar de su conducta en un futuro una vez se celebre el correspondiente proceso penal, tratan de ponerse a cubierto, disminuyendo su patrimonio, y en particular, enajenando aquellos bienes más realizables, como son los caudales, acciones y los bienes inmuebles, para eludir el pago de una hipotética, pero ciertamente probable, responsabilidad civil «ex delicto»³⁰. Así como que «lo pretendido por el legislador con este precepto era superar la difícil subsunción en la modalidad básica del alzamiento de aquellos supuestos en los que el autor de un hecho delictivo se situaba bajo la situación de insolvencia para eludir las responsabilidades civiles derivadas de su acción con anterioridad a que se dictase sentencia condenatoria; [...] que este precepto zanja una cuestión largamente discutida como es la de si constituye alzamiento de bienes la conducta del autor de un delito que, antes de haber sido condenado por el mismo, pero sabedor de que ha generado un perjuicio del que tendrá que responder mediante una indemnización, se alza con los bienes y se coloca en situación que le imposibilita o dificulta de modo sensible la satisfacción de dicha obligación»³¹.

De acuerdo con la jurisprudencia, las acciones descritas en el artículo 257.2 CP son punibles por su mera realización tras la comisión del hecho delictivo, sin necesidad de que la responsabilidad sea declarada en sentencia, de modo que «basta que el autor prevea que de la comisión de aquel «hecho delictivo» se originarán responsabilidades civiles, poniendo a buen recaudo su patrimonio, para que el delito se consume, con independencia de cual sea cualquiera que sea el resultado final del proceso, incluso por prescripción de aquél»³².

2. Tipo agravado

De conformidad con el párrafo segundo del artículo 257.3 CP, «en el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, o se trate de obligaciones pecunia-

³⁰ STS 130/2008, de 9 de abril.

³¹ STS 994/2016, de 12 enero.,

³² STS 130/2008 de 9 de abril.

rias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, la pena a imponer será de prisión de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses». De manera que, en estos casos, la pena se agrava, pudiendo llegar la prisión hasta los seis años, frente al máximo de cuatro años del tipo general. Esta decisión legislativa, como apunta la doctrina, tiene que ver, probablemente, con la función institucional asignada al patrimonio público³³. A este respecto, como también pone de manifiesto la doctrina en relación con la justificación de la tipificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, quien acepte que la Hacienda Pública y la Seguridad Social contribuyen a garantizar el estado de libertades cuya salvaguarda legitima el Estado social-prestacional, habrá de reconocer la posibilidad de recurrir, bajo ciertas condiciones, al Derecho penal para preservarlas³⁴.

3. Penalidad agravada

El artículo 257.4 CP dispone que las penas previstas en el artículo 257 se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los numerales 5.º o 6.º del apartado 1 del artículo 250 para agravar las penas del delito de estafa. Por tanto, las penas por el delito de alzamiento se agravarán cuando:

«5.º El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas.

6.º Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional».

A efecto de la aplicación de la agravación prevista en el artículo 250.1.5.º, en relación con el artículo 257.4 CP, la STS 230/2022, de 11 de marzo, afirma que «para la agravación por cuantía de lo defraudado superior a 50.000 euros (arts. 257.4 y 250.1.º5 CP), ha de estarse, no al monto de la deuda impagada, sino de los bienes sustraídos fraudulentamente del propio patrimonio para eludir su embargo o afectación a la deuda».

³³ PASTOR MUÑOZ, Nuria: «Obtención fraudulenta del crédito ...», *op. cit.*, p. 351.

³⁴ COCA VILA, Ivó: «Protección de las Haciendas Públicas y de la Seguridad Social», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.) y ROBLES PLANAS, Ricardo (coord.): *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*, Atelier, Barcelona, 2023, 2.ª edición, p. 661.

IV. OCULTACIÓN DEL PATRIMONIO POR EL DEUDOR OBLIGADO A MANIFESTAR SUS BIENES

La reforma del CP de 2015 dio nueva redacción al artículo 258 CP, introduciendo unas nuevas figuras delictivas relativas a la ocultación de bienes en los procedimientos judiciales o administrativos de ejecución.

El artículo 258.1 CP castiga con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses a quien «en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo, presente a la autoridad o funcionario encargados de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor».

Tratándose de los procedimientos de ejecución judicial, el artículo 589.1 LEC establece la obligación del ejecutado de manifestar bienes para cubrir la ejecución³⁵. El artículo 258.1 CP incluye dentro de su ámbito de aplicación los procedimientos de ejecución administrativos. Por tanto, como observa la doctrina³⁶, debe estar abierto un procedimiento judicial en cualquiera de los órdenes que se engloban en la jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativo o laboral, o un procedimiento administrativo incoado por un órgano del Estado, las Comunidades autónomas o los entes locales, u organismos autónomos o agencias dentro de éstos, procedimiento que debe estar en fase de desarrollo, no de previsible iniciación.

De este modo, el artículo 258 está protegiendo las facultades de los órganos jurisdiccionales de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE y art. 2 LOPJ) así como las facultades de autotutela ejecutiva de la Administración y de apremio sobre el patrimonio que se reconocen en los artículos 98³⁷, 99³⁸ y 101³⁹ de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

³⁵ «Salvo que el ejecutante señale bienes cuyo embargo estime suficiente para el fin de la ejecución, el Letrado de la Administración de Justicia requerirá, mediante diligencia de ordenación, de oficio al ejecutado para que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título.»

³⁶ MUÑOZ CUESTA, Javier: «Frustración de la ejecución ...», *op. cit.*, p. 4 del documento digital.

³⁷ «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos ...».

³⁸ «Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley, o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de un órgano judicial.»

³⁹ «Si en virtud de acto administrativo hubiera de satisfacerse cantidad líquida se seguirá el procedimiento previsto en las normas reguladoras del procedimiento de apremio.»

Tratándose del procedimiento recaudatorio de las deudas de Seguridad Social, el artículo 89.1 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, establece la obligación del responsable del pago de facilitar información sobre sus bienes, a requerimiento de las unidades de recaudación ejecutiva de la Seguridad Social.

La conducta propia del tipo delictivo consiste en presentar una relación o declaración de bienes, muebles o inmuebles, incompleta (ocultar bienes o no incluir en la relación bienes de los que es titular el deudor) o mendaz (declaración engañosa en cuanto que se incluyen bienes de los que no es propietario el deudor o con una descripción que dificulta gravemente su identificación y consiguiente localización)⁴⁰.

Dispone el párrafo segundo del artículo 258.1 CP que la relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta «cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que está sujeto», lo que hace referencia a los supuestos en los que el deudor ha transmitido ficticiamente bienes a un tercero sin que realmente estos hayan salido de su control⁴¹.

El artículo 258.2 prevé que se impondrá la misma pena del apartado 1 «cuando el deudor, requerido para ello, deje de facilitar la relación de bienes o patrimonio a que se refiere el apartado anterior». Este precepto plantea dos cuestiones dudosas. La primera se refiere a si la mera falta de contestación al requerimiento implica la comisión del delito o si debe concurrir un elemento subjetivo consistente en el ánimo de frustrar la ejecución; en la doctrina judicial se encuentran ambas posturas⁴². La segunda, a si resulta necesario, para la comisión del delito, que se haya producido perjuicio, impedimento o dificultad para la ejecución; también en este aspecto la doctrina judicial se encuentra dividida⁴³.

El apartado 3 del artículo 258 CP afirma que los delitos a que se refiere este artículo «no serán perseguibles si el autor, antes de que la autoridad o funcionario hubieran descubierto el carácter mendaz o incompleto de la declaración presentada, compareciera ante ellos y presentara una declaración de bienes o patrimonio veraz y completa».

⁴⁰ MUÑOZ CUESTA, Javier: «Frustración de la ejecución ...», *op. cit.*, p. 4 del documento digital.

⁴¹ SOUTO GARCÍA, Eva María: «La tutela penal del derecho de crédito ...», *op. cit.*, p. 10 del documento digital.

⁴² No exige el elemento subjetivo, p. ej., auto AP Ciudad Real (sección 1.ª) 73/2023 de 2 marzo; sí lo exige SAP Madrid (sección 29) 654/2019, de 5 de diciembre.

⁴³ Exige la producción de perjuicio, impedimento o dificultad para la ejecución la SAP Murcia (sección 3) 93/2024, de 5 de marzo; considera que no es necesario que la inactividad haya tenido un resultado efectivo en la ejecución SAP Vizcaya (sección 1.ª) 90236/2021, de 9 de septiembre.

V. EL USO SIN AUTORIZACIÓN DE BIENES EMBARGADOS POR AUTORIDAD PÚBLICA

El fundamento de este delito, como apunta la doctrina, se encuentra en que el uso no permitido puede mermar el valor del bien embargado y por tanto limitar las posibilidades de resarcirse totalmente el acreedor y por esa mera razón se eleva a la categoría de delito esa utilización⁴⁴.

De este modo, el artículo 258 bis CP, también introducido en la reforma del CP de 2015, castiga con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses a «quienes hagan uso de bienes embargados por autoridad pública que hubieran sido constituidos en depósito sin estar autorizados para ello». La exposición de motivos de la LO 1/2015 afirma que se tipifica «la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad», por lo que debe entenderse que este delito únicamente podría cometerlo quién sea depositario y no otra persona.

En todo caso, el precepto establece que la referida conducta se castigará salvo que los autores de este delito «ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código». Esta última previsión hace que, como afirma la doctrina⁴⁵, esta figura delictiva resulte superflua, toda vez que las posibles conductas que pudieran incardinarse en él siempre estarán penadas con una pena más grave, toda vez que:

- si el deudor realiza una conducta que merezca la calificación de un verdadero alzamiento, se aplicará el más grave delito del artículo 257 CP;
- si su conducta supone la ejecución de una conducta de malversación de apropiación del artículo 432 CP⁴⁶, se aplicará este delito; y
- si se realiza una malversación de uso se aplicará el delito del artículo 432 bis CP⁴⁷.

A estos efectos, debe tenerse en cuenta que los delitos de los artículos 432 y 432 bis CP se extienden, conforme al artículo 435.3.º CP, a «los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares».

⁴⁴ MUÑOZ CUESTA, Javier: «Frustración de la ejecución ...», *op. cit.*, pag. 7 del documento digital.

⁴⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: «Derecho penal económico ...», *op. cit.*, p. 136.

⁴⁶ Relativo a la autoridad o funcionario público que, «con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas.»

⁴⁷ Relativo a la autoridad o funcionario público que, «sin ánimo de apropiárselo, destinare a usos privados el patrimonio público puesto a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas.»

En relación con el procedimiento ejecutivo de la Seguridad Social, el artículo 108 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, dispone que el depositario, sea éste un tercero o el propio deudor, «está obligado a custodiar y conservar los bienes embargados, a exhibirlos cuando la unidad de recaudación ejecutiva lo disponga y a entregarlos a la persona que el recaudador ejecutivo designe», estableciendo el artículo 109.4 que el depositario será responsable solidario de la deuda hasta el límite del importe en que estén valorados los bienes embargados cuando colabore o consienta en su levantamiento «sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en que pueda incurrir».

VI. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El artículo 258 ter CP establece que cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis CP⁴⁸ una persona jurídica sea responsable de los delitos de frustración de la ejecución, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.
- c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Como pone de relieve la doctrina⁴⁹, la responsabilidad de las personas jurídicas consiste en la imposición de una pena de multa de duración variable según la pena prevista para el delito cometido por la persona física, destacán-

⁴⁸ «1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

[...]

⁴⁹ SOUTO GARCÍA, Eva María: «La tutela penal del derecho de crédito ...», *op. cit.*, p. 16 del documento digital.

dose que la duración máxima (multa de dos a cinco años) solo se impone cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años, lo que únicamente ocurre, en el caso de los delitos de alzamiento de bienes, cuando la deuda u obligación que se pretende eludir sea de Derecho Público y la entidad acreedora es una persona jurídico pública. Ello viene a ser otra manifestación de la protección especial que se atribuye al crédito público.

Asimismo, el artículo 258 ter dispone que «Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33»⁵⁰. Las citadas penas son las siguientes:

De las reglas del artículo 66 bis, cabe destacar la circunstancia prevista en la letra b) de la regla 1.ª, en cuya virtud, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas a las personas jurídicas, previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33, habrá de tenerse en cuenta:

«Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores».

⁵⁰ Conforme al citado precepto:

«7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

[...]

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria».

VII. RESPONSABILIDAD CIVIL

En relación con la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes (y, en general, actualmente, de los delitos de frustración de la ejecución) han existido criterios diferentes en la jurisprudencia⁵¹. La jurisprudencia tradicional venía manteniendo⁵² que «la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, debido a que esta obligación no nace del delito y la consumación de esta figura delictiva no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial, sino a la colocación de un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores. Por ello, lo que procede es la restauración del orden jurídico perturbado por las acciones simuladas de venta de fincas, declarando la nulidad de las escrituras públicas de compraventa de los inmuebles enajenados por los procesados, así como la cancelación de las respectivas inscripciones en el Registro de la Propiedad, reponiendo las fincas vendidas a la situación jurídica en que se encontraban en la fecha de los respectivos contratos, y reintegrando al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sacados del mismo, sin perjuicio de que los acreedores puedan ejercitar las acciones correspondientes para la efectividad de su crédito». Esta línea jurisprudencial niega que pueda imponerse como responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes el montante de la deuda eludida aun cuando no sea posible declarar la nulidad de los negocios constitutivos del alzamiento por afectar a terceros de buena fe con inscripción en el Registro (art. 34 de la Ley Hipotecaria)⁵³.

Frente a esta doctrina, la jurisprudencia más reciente afirma la posibilidad de que se pueda imponer como indemnización en el delito de alzamiento de bienes una cantidad correspondiente al valor de los bienes sustraídos fraudulentamente del patrimonio del deudor⁵⁴. Así, la STS 224/2019, de 29 abril, afirma que, como regla general, la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes «no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, debido a que la misma no nace del delito y su consumación no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial sino a la de un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores. Ahora bien, cuando la restitución deviene jurídicamente imposible nada impide que puedan entrar en

⁵¹ MIR PUIG, Santiago: «Contenido de la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 18/2009, editorial Civitas, p. 2 del documento digital.

⁵² STS 1026/2006, de 26 de octubre.

⁵³ MIR PUIG Santiago: «Contenido de la responsabilidad civil», *op. cit.*, p. 8 del documento digital.

⁵⁴ MIR PUIG Santiago: «Contenido de la responsabilidad civil», *op. cit.*, p. 14 del documento digital.

juego los medios subsidiarios y sustitutorios previstos en el artículo 110 CP⁵⁵, es decir, la reparación o indemnización de perjuicios materiales y morales. El artículo siguiente, 111⁵⁶, precisa que la restitución del mismo bien procederá, siempre que sea posible, con la excepción de que un tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable. [...] la reparación e indemnización es también un medio sustitutivo de la integridad patrimonial cercenada por el acto de disposición fraudulenta cuando la reintegración es imposible, con la salvedad de que la obligación de indemnizar (importe de la deuda pendiente) debe estar comprendida en el valor del bien existente en el patrimonio cuyo desplazamiento de la acción de los acreedores constituye su verdadero perjuicio, luego en la medida que la indemnización no exceda del valor del bien sustraído a la ejecución debe aplicarse como remedio subsidiario la indemnización correspondiente de daños y perjuicios. Ciertamente, la regla general que prevalece es la de que la responsabilidad civil se materializa a través de la restitución o reintegración del patrimonio del autor del delito al estado anterior a la acción fraudulenta. Ello quiere decir que procede declarar la nulidad de los negocios jurídicos por medio de los cuales el deudor consiguió reducir jurídicamente su patrimonio. Sin embargo, en el caso de que ello no fuera factible por haber sido transmitidos los bienes a terceras personas que, con arreglo al Código Civil, los adquirieron de forma irreversible haciéndolos irreivindicables, cabe acudir a la indemnización de daños y perjuicios, condenando al autor del delito a abonar una suma que no puede rebasar el valor de los bienes evadidos».

En el mismo sentido, la STS 515/2021 de 11 de junio, declara que, «la restauración del orden jurídico perturbado debe restablecerse, cuando sea posible, reintegrando al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sacados del mismo incluso con la declaración de nulidad de los negocios jurídicos de disposición realizados ilícitamente por el deudor, salvo cuando los bienes se encuentren en poder de terceras personas que no hayan participado en el *consilium fraudis* y sean irreivindicables [...] La restitución de los mismos bienes

⁵⁵ «La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

1.º La restitución.

2.º La reparación del daño.

3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales.

⁵⁶ «1. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito.

2. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable.»

es, por tanto, la primera vía de reparación pero no la única [...] Su fracaso por imposibilidad puede dar lugar a la indemnización de una cantidad pecuniaria cuando el crédito preexistente al delito se ha perjudicado irreparablemente, pesar de haberse declarado exigible en vía civil, cuando lo ejecución no puede seguir adelante precisamente por el alzamiento del deudor [...]».

La responsabilidad civil incluirá también la indemnización de los perjuicios causados por gastos posteriores –básicamente procesales– ocasionados en evitación de una insatisfacción definitiva de la deuda (STS 146/2022, de 17 de febrero).

VIII. SITUACIONES CONCURSALES

De entre las varias situaciones que pueden suscitar cuestiones sobre la delimitación del alzamiento de bienes con otras figuras delictivas (por ejemplo, con el delito de estafa del art. 248 CP o con la malversación impropia del art. 435.3º CP), en este trabajo se van a analizar particularmente las dudas que pueden plantearse respecto de la concurrencia entre los delitos de alzamiento de bienes y el delito de defraudación a la Seguridad Social (art. 307 CP). La problemática que se presenta en este caso, que es compleja, es común con la que se puede presentar en relación con el delito contra la Hacienda Pública (art. 305 CP).

A este respecto, la jurisprudencia ha ido evolucionando. Inicialmente, como se afirma en la STS 1046/2009, de 27 de octubre, se venía entendiendo que quien oculta el dinero o bienes que posee con la finalidad de evitar el pago de impuestos o de la cuotas correspondientes a la Seguridad Social, no por ello cometía un delito contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social; tales actuaciones, en tanto posteriores al nacimiento de la deuda y a las pertinentes declaraciones sobre la misma, podrían constituir un delito de alzamiento de bienes en cuanto buscan impedir a los acreedores, en este caso la Seguridad Social, la percepción de las cantidades que en aquellos conceptos le correspondían y a cuyo pago estaba obligada la entidad empleadora. Sin embargo, posteriormente, se afirma que «la equiparabilidad del nivel de antijuricidad de la conducta de quien omite el pago de tributos engañando en las declaraciones u omitiéndolas; a la de quien lo hace mediante el expediente de ocultar los bienes es plena [...] Tanto se defrauda eludiendo el pago de tributos o cuotas no declarando de forma veraz; como declarando con fidelidad a la realidad económica, pero burlando a continuación el procedimiento de apremio con una insolvencia fingida o provocada dolosamente» (STS 747/2022, de 27 de julio). Estos razonamientos se refieren fundamentalmente a la regulación anterior a la

reforma de 2015, señalándose (en la misma sentencia) que «La reforma de 2015 ha introducido un subtipo agravado en el remodelado alzamiento de bienes cuando la deuda eludida deriva de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública. Que se adicione ese inciso al lado de los casos de deudas de derecho público en que la acreedora es una Administración Pública parece abonar el entendimiento de que las deudas tributarias no se han incluido hasta 2015 y desde esa fecha solo se incluyen cuando derivan de un delito. En cualquier caso [...] en la legislación anterior a 2015 [...] la insolvencia punible ha de considerarse sin duda embebida por el delito del artículo 305». La STS 213/2023, de 23 de marzo, mantiene la misma doctrina.

En el mismo sentido, la STS 957/2023, de 21 diciembre, en un supuesto de elusión del pago de cuotas de la Seguridad Social a través de un mecanismo de fraude consistente, no en ocultar las deudas, sino en distraer el dinero para evitar la actividad recaudatoria de la TGSS, considera que «es patente que ese vaciado de la cuenta corriente es apto para eludir esos pagos pudiendo cubrir las exigencias del delito del artículo 307 por el que se condena».

La jurisprudencia, en todo caso, sí aprecia la existencia de dos delitos (delito contra la Hacienda Pública, o contra la Seguridad Social y alzamiento de bienes) cuando el alzamiento se convierta en una conducta posterior y autónoma (producción del alzamiento después del descubrimiento de la ocultación) y exista solución de continuidad entre ambas acciones (STS 747/2022, de 27 de julio).

Sin perjuicio de la doctrina expuesta, en la STS 1021/2022, de 15 de febrero de 2023, se afirma la independencia entre el delito (en ese caso) contra la Hacienda Pública y el alzamiento de bienes, entendiendo que se ha cometido el delito de alzamiento del artículo 257.1.2.º CP al margen de que no haya finalizado (y por tanto, no haya condena) el procedimiento seguido por presunto delito contra la Hacienda Pública. Señalando que la incoación del proceso penal por un presunto delito contra la Hacienda Pública no priva a la Administración de sus potestades de cobro de la deuda que, identificada en atención a las reglas tributarias, integra el presunto delito contra la Hacienda Pública; en consecuencia, si existía una deuda tributaria cuantificada por la Inspección de Tributos que la Administración no pudo cobrar debido a la estrategia de despatrimonialización llevada a cabo, se cometió alzamiento de bienes.

ESTAFA PROCESAL EN EL ÁMBITO SOCIAL (CP ART. 250.1.7º)

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

Catedrático acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. Introducción. II. Breve síntesis de su evolución histórica. 1. La situación previa a su tipificación en 1983. 2. La reforma del Código Penal en 1983. 3. El Código Penal de 1995. III. El delito de estafa procesal. 1. Configuración. A) Tipo objetivo. B) Tipo subjetivo. C) Otros aspectos. 2. La estafa procesal. Una estafa cualificada. A) Precisiones previas. B) Análisis del subtipo penal. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La tipificación de la estafa procesal es relativamente joven, pues habrá que esperar a la reforma del Código Penal de 1973, llevada a cabo por la LO 8/1983, de 25 de junio, para que se introduzca por primera vez en nuestro Código Penal como una modalidad agravada de estafa. Dada esa singular configuración parece oportuno, hacer un breve recorrido histórico para comprender su actual configuración y en ello puede servir de orientación lo que en la exposición de motivos de la reforma de 1983 se recogía en el siguiente sentido:

«... Antes se hacía referencia a la casuística que dominaba la formulación de la estafa en nuestro sistema punitivo, en contraste con la ausencia de una definición fundamental de tal delito, defecto que se obvia con la introducción, en una nueva configuración del artículo 528, de una definición esencial de la estafa, capaz de acoger los diferentes supuestos planteables además, hipótesis de estafa que requieren expresa mención, como antecede con la estafa procesal –reconocida por doctrina y jurisprudencia pero no expresamente por el derecho positivo–, ...»

II. BREVE SÍNTESIS DE SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1. La situación previa a su tipificación en 1983

Como acertadamente señala Becerra Briceño¹ la situación actual de considerar la estafa procesal como una modalidad del tipo básico de estafa es el resultado de una serie de propuestas doctrinales y reforma legales realizadas a lo largo del siglo xx. A lo que habría que añadir también las aportaciones de la doctrina judicial sobre el particular.

En un principio la doctrina científica distinguirá entre fraude procesal como cualquier manipulación torticera de las partes de un proceso que busca obtener una resolución judicial a su interés, pero errónea; y por otra parte la estafa procesal como una modalidad de la misma en la que hay presente un ánimo de lucro, que causará un perjuicio patrimonial (a la otra parte o a un tercero). En ambos casos nos encontramos ante una estafa.

Durante este período la doctrina judicial se irá pronunciando y evolucionando en su consideración de la siguiente forma²:

Primera etapa: su consideración como una estafa más.

Es el caso, por señalar un ejemplo, contemplado en la STS 18 marzo de 1960³, relativo a un ardid utilizado por los procesados que en connivencia consiguieron la invalidación de una compraventa para despojar de la propiedad del inmueble a un tercero que la había adquirido a uno de ellos. Para ello uno de ellos dedujo demanda en acción de nulidad de la escritura de compraventa basándola en el supuesto hecho de que de demandante la había adquirido por y para el mismo (y no para el demandado), ante cuya demanda se allanó el demandado consiguiendo que se dictase sentencia que declarando la nulidad de la escritura. El TS en sus considerandos viene a señalar sobre los hechos que «constituye una hipótesis específica de fraude procesal en el derecho vigente, en cuanto a la falsedad ideal misma ... «y que si bien el fraude procesal no es inculparable por no adecuarse a la falsedad ideológica, ... son engaños

¹ BECERRA BRICEÑO, J.: «La evolución histórico dogmática de la estafa procesal en España y Alemania», INDRET, Revista para el análisis del Derecho, abril 2018, Barcelona, pp. 11 y ss., accesible en www.indret.com. [consultado en 15 junio de 2024].

Véase también el interesante estudio de CEREZO MIR, J.: La estafa procesal, pp. 180 y ss., en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1966, fascículo 2, sección doctrinal, accesible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1966-20017900198 [consultado en 20 de junio de 2024].

² Ver BECERRA BRICEÑO, Jesús: «La evolución ...», *ob. cit.*, pp. 15 ss.

³ Aranzadi, 662/1960.

lo suficientemente relevantes para integrar el delito del artículo 534 del Código Penal»⁴.

Segunda etapa: en la que se van perfilando sus características y singularidad.

En este sentido es de interés señalar la STS 3 de octubre de 1967⁵. Los hechos que allí se analizaron eran relativos a la confección falsa de un documento que recogía un testamento en inminente peligro de muerte, que además luego se presentó a la adveración, logrando que fuera protocolizado como verdadero testamento y llegando con su base a poseer los bienes y a mantenerse en detrimento de los legítimos herederos a los que obligaron a llevar a cabo múltiples causas y pleitos para conseguir la declaración de su derecho. En sus considerandos el TS viene a establecer lo siguiente: «...no cabe confundir el mero fraude procesal con la estafa documental, pues si bien esta falsedad documental defraudatoria desenvuelta en un proceso es un auténtico fraude procesal, viene a ser una especie cualificada del mismo, con la nota diferencial de la plena y absoluta conciencia de la falsedad del documento base de la pretensión, del ánimo de lucro, del propósito de producir fraudulentamente una engañosa representación en el órgano judicial que provoque o pueda provocar una decisión injusta, y todo ello con la finalidad de conseguir por la coacción ejecutiva de los fallos condenatorios, al perjuicio patrimonial del demandado, en lucro provecho indebido del demandante. Es por ello que en cada caso concreto deba examinarse cautelosamente y con el mayor cuidado si se trata de un simple fraude procesal atípico y no punible, o por su cualificación tal fraude procesal implica una defraudación documental en la que se pretende ilícitamente al amparo judicial para lograr un lucro patrimonial injusto».

Una tercera etapa: de consolidación en la que ya se utilizará el término «estafa procesal».

Sería por ejemplo el caso analizado en la STS 25 octubre de 1978⁶ en la que se ventilaba la actuación de una trabajadora que aparentó un crédito laboral en rela-

⁴ El artículo 534 del Código Penal de 1944 (texto refundido, aprobado por Decreto de 23 de diciembre de 1944) señalaba lo siguiente:

«El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores, de esta Sección, será castigado con una multa del tanto al duplo del perjuicio que irrogare. sin que pueda bajar de 1.000 pesetas, y en caso de reincidencia, con la misma multa y arresto mayor.»

⁵ Repertorio Jurisprudencia Aranzadi 4088/1967.

⁶ Repertorio Jurisprudencia Aranzadi 3312/1978.

Véase también GONZÁLEZ VELASCO, Jesús: «2. Las acciones laborales y el delito de estafa procesal» comentario a la STS 12 noviembre de 1975, sobre fraude procesal en un proceso laboral, en *Jurisprudencia Social*, pp. 153 y ss. Accesible en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/30791rps110153>.

ción a supuestas diferencias retributivas no recibidas que no le eran debidas. El TS en sus razonamientos viene a señalar que un proceso puede ser maliciosamente utilizado para defraudar al demandado perjudicándole patrimonialmente o a un tercero en caso de procesos simulados con evidente colusión, bien provocando en el o en el tercero un error, con base en engaño defraudatorio que pueda entenderse incluido en las definiciones jurídicas penales de la estafa –estafa procesal impropia– o llegando a engañar al propio órgano jurisdiccional dando lugar a una decisión injusta por la facultad de disposición que se confiere a los jueces, incluso coactivamente, la entrega del patrimonio en que se defraude y perjudique al demandado.

2. La reforma del código penal en 1983

La LO 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, vino a introducir, por lo que aquí interesa, la tipificación de la estafa procesal. La reforma modificó los artículos 528 y 529 del Código Penal (1973), en el sentido de establecer un tipo básico en el artículo 528 de la estafa en los siguientes términos⁷:

«Cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero.

El reo de estafa será castigado con la pena de arresto mayor si la cuantía de lo defraudado excede de 30.000 pesetas. Si concurrieren dos o más circunstancias de las expresadas en el artículo siguiente o una muy cualificada, la pena será de prisión menor. Si concurrieren las circunstancias primera o séptima con la octava, la pena será de prisión mayor.

Si concurre sólo alguna de las circunstancias del artículo siguiente, la pena se impondrá en su grado máximo.»

Y unas circunstancias agravantes o tipos agravados en el artículo 529, en cuyo número 2 se incluía el siguiente:

«Son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior:

...

pdf, [consultado en 19 junio de 2024], sobre una demanda laboral con «indudable falsedad ideológica, al afirmar categóricamente la falta de abono de salarios devengados».

⁷ Véase BECERRA BRICEÑO, Jesús: «La evolución ...», *ob. cit.* pp. 19 y ss.

2.^a Cuando se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal administrativo análogo.»

En unos primeros momentos de aplicación del tipo hubo dudas acerca de la expresión simulación de pleito⁸, si bien pronto la doctrina judicial y científica vinieron a concluir que tal expresión es equivalente a la colusión de partes, es decir el acuerdo entre ambas partes en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional con el fin de engañar al juez y perjudicar a un tercero. Las dudas también se extendieron a la expresión de «otro fraude ...» y su alcance, entendiéndose que ello alcanzaba a las conductas que tradicionalmente se consideraban como modalidades de estafa procesal, como el engaño directo de una de las partes al juez a través de alegatos y medios de prueba falsos en perjuicio de la contraparte o tercero, la dirigida directamente a la contraparte para que ella misma realice un acto de disposición.

Otro aspecto a destacar era la introducción de la llamada estafa administrativa, lo que también era cuestionado por la doctrina científica por desnaturalizar la esencia de la agravante y ampliar en exceso el ámbito de aplicación de la norma. La doctrina judicial intentó ajustar la aplicación de este supuesto agravado distinguiendo entre actos de gestión y actos administrativos en sentido estricto, quedando limitada su aplicación a estos últimos.

3. El código penal de 1995

La LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dentro del Título XIII de los Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, su Capítulo VI, de las defraudaciones, sección primera, de las estafas, recogerá en su artículo 248 el tipo básico, en los siguientes términos:

«Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre

⁸ Se suele cita el caso de la conducta de abogado que hacer creer a un cliente que existe un pleito y con este engaño logra un acto de disposición de la víctima.

este y el defraudador, los medios empleados por este y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.

...»

Y en el artículo 250.1.2.º la estafa procesal en los siguientes términos:

«1.º El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

...

2.º Se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal.»

Dos detalles a señalar son el incremento en las penas y la desaparición de la referencia a la estafa administrativa.

La LO 5/2010, de 22 de junio, modificará el Código Penal, que por lo que aquí interesa, lo más interesante será la nueva redacción del artículo 250.1.º:

«1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

7.º Se cometa estafa procesal. Incurrir en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.»

Las novedades a destacar son: se utiliza el término estafa procesal, una definición específica de la misma y se configura como un subtipo agravado del delito de estafa.

Y un detalle a tener en cuenta en la interpretación que ha venido haciendo de esta reforma de 2010 el TS que viene a señalar «... la modificación normativa es de mayor alcance del que pudiera intuirse de una primera aproximación, materializándose en dos aspectos esenciales: de un lado, la renuncia a una de las exigencias propias de la estafa básica, cual es que exista un acto de disposición con efectivo desplazamiento patrimonial, possibilitándose con claridad que el delito pueda ser perpetrado por quien ostenta la posición de demandado en el proceso judicial en el que se debate el derecho, cuando evite torticeramente ser condenado; de otro lado, que las

⁹ Modificó también el artículo 248.e) introdujo un nuevo artículo 251 bis.

exigencias típicas solo quedan colmadas cuando se llega a provocar error en el órgano judicial y el perjuicio se deriva de una resolución judicial nacida del engaño, lo que no solo excluye la agravación en la estafa procesal impropia, sino que conduce a la tentativa en todos aquellos supuestos en los que se despliegue un engaño bastante que no llegue a generar error en la autoridad judicial o en los que, pese a generarlo, la resolución judicial dictada no sea injusta (SSTS 381/2013, de 10 de abril, 5/2015, de 26 de enero; 232/2016, de 17 de marzo»¹⁰.

La modificación del artículo 250 llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, no afectó a la definición y es la que está en vigor.

III. EL DELITO DE ESTAFA PROCESAL

1. Configuración

A) TIPO OBJETIVO

La conducta a considerar, al igual que el tipo penal básico, es aquella que reúne las notas de engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio¹¹. Y obviamente que entre el engaño y el perjuicio medie una relación de causa efecto.

a) *Engaño.*

El sujeto activo del delito, la persona que crea el engaño, llevará a cabo una conducta engañosa capaz de inducir a error a una o varias personas. Tal conducta puede ser muy variada, como afirmar hechos falsos, simularlos o desfigurarlos. Cabría también la posibilidad de entender si es posible la comisión por omisión, los tribunales vienen entendiendo que cabe tal posibilidad en caso de que concurren deberes singulares de información o declaración.

¹⁰ Véase STS 539/2016, de 17 junio, Roj: STS 2955/2016 - ECLI: ES: TS:2016:2955.

¹¹ Véase MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal*. Parte Especial, 21 edición, Tirant lo blanc, Valencia, 2017, p. 376.

Recuérdese la definición de estafa de ANTÓN ONECA, José: «Las estafas y otros engaños, en el Código Penal y la Jurisprudencia», Tomo IX de la Nueva Enciclopedia Jurídicas, Barcelona, Editorial Francisco Seis, S.A., 1967, en los siguientes términos «*la conducta engañosa con ánimo de lucro, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero*».

■ LOS DELITOS LABORALES

b) *Suficiente para provocar un error.*

Es bastante con que pueda racionalmente ejercer influencia en el ánimo del sujeto pasivo y que ello lleve al sujeto pasivo a realizar la disposición patrimonial. Obviamente aquí entrarán en juego las circunstancias que concurran.

c) *Disposición patrimonial.*

El engañado a consecuencia del error llevará a cabo una disposición patrimonial (entrega de una cosa, pago, renuncia, etcétera).

d) *Perjuicio.*

El engaño puede recaer en la persona del engañado u otra persona.

B) TIPO SUBJETIVO

Se trata de un delito doloso (tanto en el engaño, como en el error provocado, y en la disposición patrimonial y perjuicio) en el que al mismo tiempo que hay un perjuicio se produce un beneficio para el sujeto activo del delito o un tercero. En definitiva, hay un ánimo de lucro. Quizás este aspecto es que diferencia la estafa procesal del fraude procesal. En el fraude se produce cuando en un proceso cualquiera de las partes emplea medios engañosos o artificiosos dirigidos a provocar en el juzgador un error de hecho que puede originar en el juzgador una decisión errónea y por tanto injusta¹². En la estafa procesal, esa conducta debe estar inspirada en el ánimo de lucro y de ella se derivará un perjuicio patrimonial.

C) OTROS ASPECTOS

La estafa procesal queda consumada cuando se ha producido el perjuicio patrimonial, se haya o no producido el correspondiente provecho.

Cuestión que suele plantearse es el tema del concurso con otros delitos, singularmente con las falsedades. En el caso de falsedades en documentos públicos, oficiales o mercantiles se suele –por la doctrina judicial– admitir el

¹² Véase LAMATA ROS, Margarita: «A vueltas con el bien jurídico de la estafa procesal», *Diario La Ley*, núm. 9756, sección tribuna, 17 diciembre de 2020, Wolters Kluwer.

concurso medial de delitos, es decir cuando un delito se convierte en un medio necesario para la comisión de otro.

2. La estafa procesal. Una estafa cualificada

A) PRECISIONES PREVIAS

Antes de entrar en el análisis concreto del subtipo penal recogido en el artículo 250.1.7.^a del Código Penal, parece oportuno concretar la estafa procesal a la que se refiere dicho artículo. Y quizás para ello se pueda acudir a una antigua resolución judicial la STS 4012/2016, de 4 julio¹³ (FD cuarto):

— Estafa procesal propia: que tiene lugar en aquellos casos en que una de las partes engaña al Juez y le induce con la presentación de falsas alegaciones a dictar una determinada resolución que perjudica los intereses económicos de la otra parte. La peculiaridad de estas estafas radica en que el sujeto engañado es el titular del órgano jurisdiccional a quien por la maniobra procesal correspondiente se le induce a seguir un procedimiento y a dictar resoluciones que de otro modo no hubiera dictado, no coincidiendo la persona del engañado, quien por el error inducido realiza el acto de disposición (el juez) con quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado).

— Estafa por omisión: cuando determinadas relaciones de confianza y de lealtad recíproca imponen un deber de obrar y se omite o desoye ese deber.

— Estafa procesal impropia: cuando el engañado no es el Juez sino la parte contraria, a la cual, por determinadas argucias realizadas dentro del procedimiento (ordinariamente pruebas falsas) se le impulsa a que se allane, desista, renuncie, llegue a una transacción, o en cualquier caso determine un cambio de su voluntad procesal como solución más favorable, lo que se denomina estafa procesal impropia.

Este estudio se centrará en el análisis de la primera de ellas es decir aquella consiste en la utilización de un procedimiento judicial para obtener un beneficio ilícito, el reconocimiento judicial de un derecho que no se tiene para cuyo reconocimiento se utiliza una maniobra engañosa de naturaleza procesal, lo que se hará a la luz de los criterios judiciales que se han venido produciendo desde su incorporación como subtipo específico.

¹³ Roj: STS 4012/2006 - ECLI: ES: TS:2006:4012, rec. 1134/2005.

B) ANÁLISIS DEL SUBTIPO PENAL

- a) *El engaño debe de haberse cometido en el seno de un proceso judicial.*

La estafa tiene que producirse en el seno de un procedimiento judicial de cualquier orden jurisdiccional (civil, penal, contencioso administrativo, laboral o militar). Queda pues excluido la estafa procesal en el ámbito administrativo.

No obstante, lo anterior se ha planteado si cabría la posibilidad de su admisión en procesos no contenciosos o celebrados en rebeldía, en los que el juez se limita constatar una cierta situación de hecho no controvertida en el juicio y su relevancia jurídica, sin formarse ninguna representación falsa de la realidad, es decir, sin haber sido inducido a error mediante una prueba engañosa.

En los denominados procedimientos de jurisdicción voluntaria, el TS entiende que no cabe su exclusión con carácter general y que es necesario considerar el caso concreto la relevancia de la prueba practicada en la toma de decisión del juez. Y así se encuentran resoluciones judiciales que admiten la estafa procesal en cuestiones como relativa a expedientes de dominio regulados en el artículo 199 y ss. de la Ley Hipotecaria¹⁴; o en el de declaración de herederos¹⁵.

¹⁴ Véase la STS 930/2009, de 30 septiembre; Roj: STS 6076/2009 - ECLI: ES:TS:2009:6076: «El acusado Moisés ocultó en todo momento a su hermana que con anterioridad, puesto de acuerdo con su esposa e hijos, los también acusados, ya circunstanciados, doña Ángeles y don Justo, don Teodoro, doña Lucía, doña Adelaida y don Jacinto, para hacerse con la propiedad exclusiva del inmueble en perjuicio de doña Noelia, no obstante conocer que ésta poseía sobre la finca los mismos derechos que Bartolomé, se había instado un expediente de dominio para a la reanudación del tracto sucesivo promovido por los cinco hijos mencionados que motivó la incoación del Expediente de Dominio núm. 1303/2001 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Sevilla.

A sabiendas de su falsedad, los promotores alegaron como título una supuesta compra verbal de la casa efectuada en estado de soltería unos doce años antes a sus padres, quienes así lo reconocieron ante la autoridad judicial, ante la que asimismo afirmaron que su título derivaba de compra a los hermanos Juan Enrique Micaela en supuesto documento privado que se había perdido y que no se oponían al expediente, en el que se omitió toda referencia a doña Noelia.

De esta manera Ilma. Sra. Magistrada-Juez dictó el día 13 de marzo de 2003 auto que acordó reanudar el tracto sucesivo interrumpido y la inscripción, con cancelación de todos los asientos contradictorios con ella, del dominio a favor de los acusados Jacinto, Teodoro, Lucía, Justo y Adelaida, que fue realizada con fecha de 13 de julio de 2004.

Séptimo.—Lo anterior impidió la inscripción registral de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla que declaraba el dominio sobre la finca de los hermanos don Moisés y doña Noelia, cuando se presentó al efecto en el Registro de la Propiedad núm. 13 de Sevilla el día 20 de octubre de 2005».

Véase también STS 1278/2005, de 5 abril, Roj: STS 2029/2005 - ECLI: ES:2005:2029;

¹⁵ Véase STS 794/1997, 30 septiembre, Roj: STS 5772/1997 - ECLI: ES: TS:1997:5772: «En el caso actual el engaño se produce en un expediente de declaración de herederos a través del doble ardido de la ocultación de la existencia de una hermana de la promovente (situada en la misma posición hereditaria que

No así cuando estamos ante las denominadas diligencias preparatorias previas a un proceso civil posterior ya que este procedimiento no puede luego acabar en una resolución judicial que comporte disposición patrimonial ¹⁶.

b) *Ante un órgano competente.*

También cabría plantearse el supuesto de que el órgano judicial engañado no tenga competencias para decidir. No es lo habitual pero algunos pronunciamientos hay sobre el particular y así se entendió por el TS que no cabía consi-

la acusada) y de la presentación de falsos testigos. Mediante la afirmación en la solicitud de la inexistencia de otros parientes del mismo grado que pudiesen ostentar derechos hereditarios y la ocultación de su existencia en la prueba documental aportada (omitiendo la partida de nacimiento de la hermana de la promotente), se obtiene el doble efecto de crear una falsa apariencia e impedir que la persona interesada y a quien se pretende perjudicar patrimonialmente, pueda ser llamada al procedimiento y desvirtúe, con sus alegaciones, las pretensiones de la acusada. Posteriormente, mediante la aportación de falsos testigos, que ratifican los hechos en que se fundamenta la solicitud, confirmando la inexistencia de otros parientes (bien porque los desconocían, en algún caso, al tratarse de testigos «de favor» fiados en las afirmaciones de la promotente, bien conociéndolos y actuando a conciencia de la falsedad de su testimonio), se refuerza el engaño y se consuma la finalidad perseguida: engañar al titular del Organismo Jurisdiccional y conducirlo a dictar una resolución que declare como única heredera de su tío a la promotente del fraudulento procedimiento».

¹⁶ Véase STS 966/2004, de 21 julio, Roj: STS 5440/2004 - ECLI: ES: TS:2004:5440: «El engaño característico de la estafa en nuestro caso se produce a través de un fraude procesal, cuando el error lo sufre el órgano jurisdiccional que dicta una resolución provocadora de un desplazamiento patrimonial concreto y un correlativo enriquecimiento para el autor del hecho.

La modalidad procesal que en el caso concernido se utiliza para lograr el engaño y correlativa resolución judicial, integrada por diligencias preparatorias previas a un proceso civil ulterior, es en sí misma inapta para que se pueda construir la estafa procesal, pues tal procedimiento preparatorio no puede acabar con una decisión judicial que comporte una disposición patrimonial.

2. Desde otro punto de vista, también resultaría imposible jurídicamente la comisión de una estafa procesal por el demandado en razón de la posición previa que ostenta en el procedimiento. El demandado, salvo hipótesis de reconversión, el resultado más favorable que puede esperar en un litigio civil es que le absuelvan, y una sentencia absolutoria no puede suponer ese acto de disposición exigido por la estafa, al no producirse un desplazamiento patrimonial. A lo sumo se producirá el mantenimiento de una situación injusta provocando con el acto engañoso un «statu quo» que nunca puede equipararse a un empobrecimiento del afectado y correlativo enriquecimiento del sujeto agente. Existirá falsificación si a través de un documento falaz se trata de consolidar judicialmente una situación injusta precedente, pero no estafa procesal.

Aunque se tratase de un proceso civil principal y no secundario o accesorio (diligencias preparatorias de exhibición), una sentencia absolutoria, conseguida con maniobras torticeras, no podría poseer jamás la virtualidad para provocar un acto traslativo, sólo alcanzable a medio de una condena con atribución patrimonial al actor.

3. Por último, seguiría faltando el requisito de la relación causa-efecto entre el engaño y el desplazamiento patrimonial, pues en nuestro caso el sujeto (hechos probados inalterables) se ha apropiado previamente de 500.000 pts. que no le pertenecían y pretende con el acto falsario que el juez consolide, ratifique o encubra un hecho ya cometido. Sería equiparable a aquél que impagada una deuda entrega un documento solutorio ineficaz para hacerla efectiva, como es un cheque falsificado o sin fondos, creando en el acreedor falsas expectativas. El engaño no ha sido determinante de ningún desplazamiento patrimonial, que ya se había producido con antelación.»

derar la existencia de estafa procesal dado el acto de disposición debería ser adoptado por el órgano jurisdiccional que resuelva en sentencia, la estafa solo podría consumarse si llegara a alcanzarse esa fase del proceso. En consecuencia, la consideración objetivamente alcanzada y razonada, según la cual, tras la imprescindible investigación inicial no sería posible en ningún caso superar la fase intermedia del proceso penal, conduciría a afirmar la absoluta inidoneidad de la maniobra engañosa para inducir a error al juez y, consecuentemente, la inexistencia del delito de estafa por falta de uno de sus elementos, concretamente, el engaño bastante¹⁷.

En similares términos ya se había pronunciado el TS en el sentido de que la estafa procesal requiere que el engañado sea el juez que tiene competencia para decidir sobre la cuestión patrimonial y que en la instrucción de una causa penal el juez de instrucción de la misma no tiene posibilidad de realizar esa disposición patrimonial, pues no tiene la competencia para decidir sobre la nulidad del contrato. Dicho con otras palabras, la causa penal sería, en todo caso, sólo un acto preparatorio (no punible como estafa) para engañar al Juez de lo Civil o al Juez o Tribunal que tuviera que decidir sobre la acción civil, que eventualmente se haya ejercido en el proceso penal. Por esa razón, el engaño sobre la realidad del hecho delictivo está alcanzado por una figura específica: la acusación o denuncia falsas del artículo 456 CP¹⁸.

c) *Elementos objetivos: engaño, error, disposición patrimonial y causación de perjuicio.*

Es preciso que el engaño pueda ser considerado bastante y para llegar a tal consideración habrá que estar a las circunstancias del caso. Para tal consideración es preciso el examen de las circunstancias y ello, aunque luego el engaño fracase, ya que el mismo no puede llevar a la impunidad de la conducta (estando entonces ante la existencia de una tentativa del mismo¹⁹). Dos aspectos a tener en cuenta son que el engaño tiene que tener la entidad necesaria como para superar la profesionalidad del Juez y las garantías del procedimiento. El engaño ha de ser en todo caso idóneo, lo que implica en la estafa procesal propia que tenga la entidad suficiente como para superar la profesionalidad del Juez y las garantías del procedimiento²⁰. Y así se entiende que el Juez

¹⁷ Véase STS 1193/2010, de 24 febrero, Roj: STS 1089/2011 - ECLI: ES: TS:2011:1089.

¹⁸ STS 4274/2004, 19 junio, Roj: STS 4274/2004 - ECLI: ES: TS:2004:4274.

¹⁹ Véase STS 1316/2009, 22 diciembre, Roj:8129/2009 - ECLI: ES: TS:2009:8129.

²⁰ Véanse SSTS 266/2011, de 25 de marzo, Roj: 2315/2011 - ECLI: ES: TS:2011:2315; y 1441/2005, 5 de diciembre, Roj: 7498/2005 - ECLI:ES: TS:2005:7498.

puede ser sujeto de engaño en cuanto resuelve en función de la información suministrada por las partes, y no de un eventual conocimiento extraprocesal, de modo que la inexactitud de la realidad puesta de manifiesto al Juez en el proceso puede llevarle a la equivocación en la decisión. Ahora bien, hay que tener en cuenta que: 1) la cualificación profesional del Juez eleva el parámetro para valorar la idoneidad del engaño, de aquí que el engaño debe de ser de tal entidad que supere la función de control que compete al Juez; y 2) no cabe confundirlo con una interpretación errónea del derecho por parte del juez.

Y así, en relación con las múltiples situaciones que puedan considerarse constitutivas de fraude procesal y que reúnen las condiciones del tipo, podemos considerar que no cabe considerar como tales las siguientes conductas:

— La no aportación del documento de novación por el que se reducía la deuda en la demanda del procedimiento hipotecario no equivale normativamente a manipulación de pruebas: el querellante tuvo un sinfín de posibilidades para alegar tal reducción²¹.

— La presentación de un informe de detective privado que incluye fotografías que no corresponden al piso cuyo desahucio se pretendía en vía civil, así como información registral de la hija de la arrendataria, en lo básico, la demanda era cierta²².

— La interposición de una demanda de desahucio y reclamación de rentas aportando el contrato de alquiler original, sin las modificaciones pactadas posteriormente, entre otras una rebaja de la renta, la acción se basaba en una realidad inexistente sobre la base de documentos manipulados²³.

— Cuando se aprecian diferencias entre la documentación financiera y contable presentada en sendos concursos: testifical y periciales que acreditan

Expresivamente la STS 281/2020, de 4 mayo, Roj: 1585/2020 - ECLI: ES: TS:2020:1585, señala lo siguiente: «¡Claro que hay un engaño bastante! Tanto, que el Instructor confiando en su palabra, desestimó la petición de desalojo para recuperar la posesión. No era imaginable una tan grosera como cínica negativa sobre un extremo tan fácil de comprobar cómo era la autenticidad de una firma. Al recibir tan rotunda negativa se tiende a pensar en la sinceridad, dado lo fácil que sería descubrir la mentira. El acusado se valió de ese sencillo protocolo psicológico para lograr mantenerse unos meses en la vivienda: el tiempo que pudiese invertirse en desvelarse el engaño. Y eso causó un claro perjuicio derivado del retraso en la recuperación de la vivienda que siguió ocupando sin pagar un solo céntimo. No se trata solo del incumplimiento premeditado de un contrato de alquiler, sino también de haber conseguido alargar el perjuicio y el estatus posesorio irregular alcanzado por la estafa a través de un nuevo engaño esta vez dirigido a un órgano judicial, que transmuta lo que era una estafa común en estafa procesal».

²¹ STS 668/2022, de 30 junio; Roj: STS 2589/2002 - ECLI: ES: TS:2022:2589.

²² STS 388/2022, de 21 abril; Roj: STS 1357/2022 - ECLI: ES: TS:2022:1357.

²³ STS 216/2022, de 9 de marzo; Roj: STS 948/2002 - ECLI: ES: TS: 948/2022.

errores contables, pero no achacables a dolo por la dificultad técnica que pesa sobre la cuestión²⁴.

— Presentación en juicio de las cuentas anuales que recogen como préstamos a socios lo que en realidad eran repartos de dividendos a cuenta de beneficios: la absolución por el delito de falsedad contable excluye este delito²⁵.

— No probar la falsedad documental que sirve de base a la demanda, lleva consigo la inexistencia del delito de engaño procesal²⁶.

— La reclamación de una suma de dinero en proceso ordinario civil que más tarde, en audiencia previa, se reconoce que no es la debida y que es reducida, sin que la plus petición motive un dolo engañoso, siendo sólo una mera reclamación civil²⁷.

— Presentación en juicio de certificado de garantía fraudulento relacionado con una operación de aseguramiento que tuvo lugar con posterioridad a que el acusado hubiera cesado su actividad con las empresas aseguradoras²⁸.

— La declaración del demandado reconviniente en procedimiento de separación matrimonial que al ser interrogado efectúa una afirmación voluntaria que no se corresponde con la realidad con la finalidad de aparentar mayores cargas económicas y así conseguir una reducción de las pensiones alimenticia y compensatoria²⁹.

— La presentación de una tercería de dominio que presenta la compradora, no el vendedor, que es el único acusado por este delito³⁰.

²⁴ STS 101/2021, de 5 febrero; Roj: 404/2022 - ECLI: ES: TS:2022:2022

²⁵ STS 11/2021, de 14 de enero; Roj: STS 60/2021 - ECLI: ES: TS:2021:60. Estafa procesal intentada.

²⁶ STS 453/2020, de 16 septiembre; Roj: STS 3354/2020 - ECLI: ES: TS:2020:3354.

²⁷ STS 545/2019, 6 noviembre; Roj: STS 3721/2019 - ECLI: ES: TS:2019:3721.

²⁸ STS 666/2018, de 18 diciembre; Roj: STS 4413/2018 - ECLI: ES: TS:2018:4413.

²⁹ STS 638/2018, de 12 diciembre; Roj: STS 4218/2018 - ECLI: ES: TS:2018:4218. En la sentencia se razona en el sentido de que, en el supuesto analizado, no concurren los elementos de la estafa procesal en ninguna de las dos acciones declaradas probadas en la Sentencia, ya que el demandado en el procedimiento civil no pretendía un desplazamiento patrimonial o acto de disposición, sino oponerse a la demanda, y en la reconvención, lo solicitado era la declaración de divorcio. Por otro lado, en cuanto a la apelación ante la Audiencia Provincial, el procedimiento es una continuación del anterior, ya que la apertura de la segunda instancia, por medio del recurso de apelación, impide que el proceso finalice y, por tanto, los efectos procesales de la litis subsisten mientras esté pendiente el procedimiento de impugnación. El delito imputado descansa en la exigencia de un engaño que el sujeto activo despliega de manera adecuada para que despierte en el sujeto pasivo una convicción equivocada de la realidad existente, por lo que el destinatario del engaño, impulsado por esa inexactitud y mentira, realiza voluntariamente un acto de disposición patrimonial que no hubiera abordado de otro modo y que le perjudica. En este caso no existe desplazamiento patrimonial, ni es lo que se pretende con la inexacta realidad puesta de relieve por el demandado, ni nunca puede equipararse a un empobrecimiento del afectado y correlativo enriquecimiento del sujeto agente.

³⁰ STS 637/2018, 12 diciembre; Roj: STS 4215/2018 - ECLI: ES: TS:2018:4215.

— La llevanza de contabilidades distintas según se trate de la presentada al Juzgado o a Hacienda, ignorándose cuál es la verdadera, si es que hay alguna: aplicación del principio *in dubio pro reo*³¹.

— No hay intención de generar error en el juez por el hecho de omitir la mención de la ocupante de una de las fincas en un expediente de dominio, pues se sometió a la decisión judicial un derecho que consideraba propio³².

— No lo es aportar un certificado de asistencia sanitaria falsificado para justificar su incomparecencia al acto procesal de formación del inventario de la sociedad de gananciales al que estaba citado. Es un acto contrario a la buena fe procesal que no tenía la intención de que al acusado se le reconociera algún derecho patrimonial y que en todo caso impidió que pudiera realizar alegaciones ante la formación de inventario propuesta por la otra parte³³.

— Falta el interés propio: solo el perito calígrafo de la defensa contó para su examen con los documentos originales, los cuerpos de escritura usados fueron distintos, afectando al espacio para firmar y los firmantes pudieron forzar su escritura *ad hoc*: todo esto hace que la pericial no sea concluyente, máxime teniendo en cuenta que el acusado no actuaba en interés propio, sino en el de la comunidad de vecinos que representa como presidente³⁴.

— Procedimiento ejecutivo en el que el banco no comunica la minoración de la deuda, si bien, cuando el banco solicitó la adjudicación del bien hipotecado, el importe por el que lo hizo tuvo en cuenta dicha minoración³⁵.

— Presentación en juicio de documentos falsos para la interposición de una tercería de mejor derecho con base en documentos que no se acreditan falsos, más bien al contrario, se acredita la realidad de las operaciones que reflejan³⁶.

— El allanamiento de las querelladas que en vez de engañar al juez, es coincidente con la intención de los ahora querellantes de que se declarase la nulidad de la junta universal³⁷.

³¹ STS 136/2017, de 2 de marzo; Roj: STS 741/2017 - ECLI: ES: TS:2017:741.

³² STS 434/2016, 19 mayo; Roj: STS 2155/2016 - ECLI: ES: TS:2016:2155.

³³ SAP Madrid 194/2023, de 7 abril (JUR 2023/252448).

³⁴ SAP Málaga 231/2022, de 6 julio (JUR 2023/16648)

³⁵ SAP Madrid 370/2022, 10 junio (JUR 2022/291428).

³⁶ SAP Madrid 354/2022, de 7 junio (JUR 2022/326356).

³⁷ SAP Barcelona 379/2022, de 30 mayo; Roj: SAP B 12635/2022 - ECLI: ES: APS:2022:12635. La acusada en el acto del juicio oral, manifestó de que se trató de un mero error el no citar a los herederos o representantes del fallecido a la primigenia junta. La acusada, a sabiendas de que no comparecía nadie en representación de un socio que ostentaba un tercio de las participaciones de la sociedad, certificó que la junta había sido universal. No se trataba de una mera junta de trámite, sino que, como hemos dicho, estaba enmarcada dentro un plan trazado consciente y maliciosamente, con el fin de apartar a uno de los socios, perjudicar a la sociedad, y tratar de lucrarse económicamente

— Suprimir de órdenes de pago bancarias obtenidas vía telemática toda referencia al concepto de «indemnización» y remisión por correo electrónico a sus asesores para su incorporación a la contestación de una demanda incidental que determinó una sentencia favorable a sus intereses: no se aprecia el elemento esencial del ánimo de lucro ya que el trabajador había percibido según convenio una indemnización superior a la que le correspondía³⁸.

— La conducta de un constructor que ante al impago de la comunidad por las obras hechas, acciona judicialmente con documento falso pero no elaborado por él, sino por responsable de la empresa de servicios que le contrató³⁹.

— Las meras alegaciones falsas no son engaño bastante, es preciso que se presenten elementos de convicción falsos como documentos o testigos falsos, aptos para crear en el Juez la errónea creencia de que esas alegaciones son ciertas: inexistencia: no aparece fraude en procedimiento de ejecución en el nombramiento de administrador judicial al haber traspasado su actividad la deudora a otra entidad que iba hacerse cargo de las deudas, contrato cierto y hecho efectivo, no existiendo engaño al Juez de la ejecución⁴⁰.

— El simple hecho de interponer una demanda en reclamación de una deuda no debida por el demandado no reviste los caracteres típicos si no va acompañado de manipulación de pruebas o hechos similares⁴¹.

— El ahora acusado (actor en el proceso laboral) no presentó ni manipuló ninguna prueba. Lo que hizo fue presentar una demanda reclamando la cantidad que él creía que le debía la empresa por las horas realmente trabajadas con independencia de cuál fuera teóricamente su horario de trabajo según el contrato y los cuadrantes de jornada que se rellenaban como mera formalidad para presentarlos en su caso ante la Inspección de Trabajo. Como oposición a esta reclamación del trabajador, la empresa presentó los cuadrantes de jornada laboral por cuatro horas firmados por el trabajador, argumentando que atendiendo a su jornada laboral no le correspondía la indemnización que reclamaba. Y a la vista de dicha prueba documental presentada por la empresa demandada, lo que hizo el trabajador demandante fue impugnar esa prueba, negando su autenticidad al manifestar que la firma obrante en los documentos presentados por la empresa no era suya. Cuestión distinta es si el trabajador demandante hubiera presentado un contrato o cuadrantes de trabajo falsos o manipulados en los que se hiciera constar que su jornada de trabajo era de ocho horas⁴².

³⁸ SAP Barcelona 575/2019, 20 noviembre (ARP 2020/396).

³⁹ SAP Salamanca 40/2018, 15 junio (ARP 2018/1491)

⁴⁰ SAP Madrid 66/2018, 16 febrero. (ARP 2018/538).

⁴¹ SAP Madrid 61/2023, de 27 de enero (JUR 2023/85022).

⁴² SAP Málaga 16/2023, de 24 enero (JUR 2023/285434)

— La acción declarativa de dominio no es apta para producir efectos oponibles a terceros que no hayan sido parte en el procedimiento, no hay perjuicio para los intereses económicos de la otra parte o de un tercero⁴³.

— Cobro de indemnización por la aseguradora simulando una afectación física que no padece; si bien el cobro no se logró accionando judicialmente, sino por resolución administrativa⁴⁴.

Si concurren todos los requisitos para considerar que existe el tipo en los siguientes casos:

— La aportación en juicio de faltas de informe médico alterado y parte de otro informe médico que le beneficiaba, con el propósito de inducir al juez a dictar, en perjuicio de la compañía aseguradora, una resolución que de otro modo no hubiera dictado⁴⁵.

— Aportar en un procedimiento civil una fotocopia manipulada de un documento de autorización de venta de vivienda, alterando el precio de compraventa⁴⁶.

— Lleva a la convicción al instructor que el documento que hubiese justificado su salida de la vivienda ilegítimamente ocupada era falso, pues su firma habría sido imitada, desestimándose por ello el desalojo de la finca⁴⁷.

— La presentación en el proceso penal de un expediente administrativo simulado, con el fin de obtener una sentencia absolutoria: ánimo de lucro presente, pues existía responsabilidad civil derivada del delito; no se trata de un mero autoencubrimiento impune⁴⁸.

— Presentar documento de permuta falso sobre mitad indivisa de finca consiguiendo que el Juez en expediente de dominio acordase la reanudación

⁴³ SAP Asturias 355/2022, de 14 noviembre (JUR 2023/3317).

⁴⁴ SAP Santa Cruz de Tenerife 225/2022, 7 julio (JUR 2022/364899)

⁴⁵ SAP Valladolid 220/2016, de 23 septiembre (ARP 2016/1143). Se consideró la concurrencia de un delito de falsedad documental en concurso con otro de estafa procesal

⁴⁶ STS 899/2021, de 18 noviembre; Roj: STS:4244/2021 - ECLI: ES: TS:2021:4244. Se debatía si había estafa procesal en concurso con delito de falsedad por presentación de documento falso por el demandado.

⁴⁷ STS 281/2020, 4 de mayo, Roj: 1585/2020 - ECLI: ES: TS:2020:1585. En dicha resolución judicial se recoge el siguiente extremo «El acusado engañó a un órgano judicial (el que venía conociendo de las diligencias presentes en su fase de instrucción), haciéndole creer que el documento que hubiese justificado su salida de la vivienda ilegítimamente ocupada era falso, pues su firma habría sido imitada. Ese engaño provocó un claro y patente perjuicio a los titulares del inmueble. Constituye un fraude procesal que llevó al juzgador a dictar varias resoluciones interlocutorias claramente perjudiciales para la acusación».

⁴⁸ STS 518/2019, de 29 de octubre, Roj: STS:3493/2019 - ECLI: ES: TS:2019:3493. En dicha sentencia se indica que la a condena del recurrente por el delito de estafa procesal intentada, al constituir la falsedad del expediente administrativo el sustento fáctico de la condena recaída y objeto del presente recurso, por lo que la inclusión de tal apreciación en el relato de hechos probados, permite afirmar que los hechos objeto de condena fueron valorados, analizados y enjuiciados en aquel procedimiento.

del tracto registral a favor de la sociedad de la que era administrador único el acusado⁴⁹.

— Presentación de un testamento ológrafo falsificado en el juzgado para declarar su autenticidad para posteriormente llevar a protocolizarlo ante Notario: ausencia de disposición de los bienes del finado por la presentación de la denuncia penal: el delito se consuma cuando se dicte la resolución judicial que perjudique los intereses económicos de la otra parte o un tercero sin necesidad de que se haya dado un desplazamiento patrimonial que formarí parte de la fase de agotamiento del delito⁵⁰.

— Con el fin de aparentar que una letra de cambio era auténtica, presentaron ante el Juzgado reconocimiento de deuda simulado y facturas por obras inexistentes⁵¹.

— Presentación de un contrato de arrendamiento falso para suspender un procedimiento de ejecución hipotecaria⁵².

— Falsificación de cheques e interposición de juicio cambiario⁵³.

— Interpone demanda por despido improcedente contra empresa que ella misma fundó y de la que era administradora, si bien estaba sin actividad, usando una identidad falsa, determinando como domicilio donde citar uno en

⁴⁹ Auto TS 1070/2018, de 19 julio, Roj: ATS 10243/2018 - ECLI: ES: TS:2018:10243.^a Los hechos que se recogen en la sentencia cuestionada noticiaban lo siguiente: el acusado, actuando como administrador único de la mercantil «Viampa Gestión y Desarrollos, SL», instó el 8 de abril de 2008 expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido respecto a una mitad indivisa de la finca registral núm. NUM000 del Registro de la Propiedad de Hellín, que en dicho Registro figuraba inscrita a nombre de Azucena (inscripción NUM001, folio NUM002, tomo NUM003, libro NUM004 del Registro de la Propiedad de Hellín), dando lugar al expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Hellín núm. 213/2008, que culminó con auto de fecha 13 de noviembre de 2009, mediante el que se declaró acreditado el dominio interesado por el acusado.

El acusado aportó la mitad indivisa de la finca a la referida sociedad mediante escritura de ampliación de capital de 12 de mayo de 2005, y para justificar su propiedad presentó, en el expediente referenciado, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Hellín, con ánimo mendaz para conseguir una resolución favorable a su interés, un contrato de permuta supuestamente celebrado el 20 de abril de 1991 con Azucena, según el cual esta última le transmitió la propiedad de esa mitad indivisa, si bien la firma que obra en dicho documento atribuida a Azucena, fallecida el 20 de mayo de 1992, es falsa.

El acusado había adquirido la otra mitad indivisa de la finca en pública subasta celebrada el 2 de diciembre de 1998 en el juicio ejecutivo 770/1989, aunque posteriormente, por sentencia de 20 de enero de 2000 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Hellín, recaída en juicio de retracto 51/99 (confirmada por la Audiencia Provincial el 28 de noviembre de 2000), se había reconocido el derecho de retracto a favor de Germán, arrendatario de la finca.

A pesar de que conocía la existencia de ese arrendatario y que el mismo era el poseedor de la finca, en la demanda de expediente de dominio faltó a la verdad diciendo que la sociedad detentaba la posesión.

⁵⁰ STS 267/2017, de 18 abril; Roj: 1512/2017 - ECLI: ES: TS:2017:1512.

⁵¹ STS 827/2016, 3 de noviembre; Roj: 4278/2016 - ECLI: ES: TS:2016:4728.

⁵² STS 539/2016, 17 junio; Roj: STS 2955/2016 - ECLI: ES: TS:2016:2955.

⁵³ Auto 674/2016, 14 abril, Roj: ATS 3926/2016 - ECLI: ES: TS:2016:3926A.

el que sabía que no iba a tener efecto, logrando así tenerla por confesa y, tras declarar la insolvencia, cobrar del FOGASA⁵⁴.

— Aportar en procedimiento civil dos fotocopias de sendos cheques cuyo cargo en la cuenta se había producido con ocasión de su presentación al cobro por un desconocido distinto del querellante y con imitación de la firma de este último en el reverso del mismo en reconocimiento de cobro⁵⁵.

— Presentación en juicio de desahucio instando por madre contra hija, en la que ésta presenta documento con la firma simulada de la demandante, en la que la autorizaba a residir, intentando así que existiera una situación de precario⁵⁶.

— Simular la firma de la perjudicada en documento en que reconoce la existencia de una deuda, que tampoco corresponde a un acuerdo real de voluntades, señalando en la demanda un domicilio en España sabiendo que residía en el extranjero, por lo que no pudo emplazarse, recurriéndose a los edictos, dictándose sentencia en rebeldía; absorbe la falsedad en documento privado⁵⁷.

— Se obtiene indebidamente el subsidio para desempleados mayores de 55 años careciendo de derecho para ello, aportando para conseguirlo el certificado correspondiente de una empleadora ficticia y facilitando siempre un domicilio ficticio, de modo que no pudiera ser citada y logrando sentencia condenando a la empresa y al FOGASA⁵⁸.

⁵⁴ SAP Madrid 687/2019, 24 octubre (ARP 2020/600).

⁵⁵ SAP Madrid 76/2018, 29 octubre (ARP 2019/43). Los hechos noticiados fueron los siguientes:

«El día 25 de julio de 2016 Macarena presentó demanda de desahucio por precario frente a su hija, la acusada Hortensia, con DNI NUM000, nacida en Madrid el NUM001 de 1965, sin antecedentes penales, contra su yerno y su nieta.

Dicha demanda de desahucio dio lugar a la incoación por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Madrid del procedimiento de desahucio por precario nº 824/2016.

En dicho procedimiento la acusada, conociendo su inveracidad y con el ánimo de engañar al juez justificando la legítima ocupación y posesión del inmueble reclamado por su madre, en fecha 12 de diciembre de 2016, junto con la contestación a la demanda, presentó un documento fechado en 19 de agosto de 2014 que directamente por sí o por tercera persona a su ruego había sido confeccionado y en el que, simulando la firma de la demandante, se recogía expresamente el deseo de la misma de que la acusada viviera en esa casa por su delicado estado de salud, documento con el que la acusada pretendía acreditar que no se encontraba en situación de precario.

Dicho documento fue impugnado por la parte demandante. En el mismo procedimiento se realizó prueba pericial caligráfica que determinó la no autoría de dicha firma por la demandante. El 17 de diciembre de 2018 se dictó en dicho procedimiento sentencia cuyo Fundamento de Derecho Tercero señaló que había sido acreditado en autos por el dictamen pericial caligráfico que la demandante no había sido autora del documento en el que la demandada amparaba su título, por lo que procedía, sin necesidad de mayor examen, estimar la demanda y declarar el desahucio.»

⁵⁶ SAP Madrid 582/2022, 14 noviembre, Roj: SAP M 16877/2022 - ECLI: ES: APM:2022:16877

⁵⁷ SAP Valencia 90/2022, de 23 febrero (ARP 2022/8457).

⁵⁸ SAP Las Palmas 306/2021, de 30 septiembre (ARP 2022/25).

— Sujeto que con la colaboración de su esposa engaña a neurólogo simulando unas deficiencias neurológicas profundas que le incapacitaban para toda tarea, obteniendo certificados médicos acreditativos de las mismas que utilizó para interponer demanda en la jurisdicción social en reclamación de una indemnización por las secuelas de accidente de trabajo sufrido muy superiores a las que realmente padecía, siendo desestimada la reclamación por el juez que detectó la simulación (se consideró tentativa)⁵⁹.

— Simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal: existencia: con el ánimo de obtener un beneficio patrimonial, sin el conocimiento ni el consentimiento de la mercantil involucrada, que en su día le otorga un poder general para pleitos, encarga al Letrado en cuestión, la reclamación de un crédito de 32.078,84 euros contra el perjudicado, para lo que le facilita una factura inauténtica por unos servicios que nunca contrata ni le son prestados a éste, iniciándose procedimiento judicial de ejecución para el cobro de las cantidades⁶⁰.

— La presentación de una letra de cambio falsa en procedimiento judicial⁶¹.

— La designación de finca para su embargo siendo consciente de que no era sino una ficción generada por mero artificio sobre la base de una superficie registrada irreal⁶².

d) *Consumación.*

La estafa se consuma con la producción del perjuicio patrimonial, sin que sea preciso que se haya producido el correspondiente provecho. Y así basta con el dictado de la resolución judicial nacida del engaño sin que se requiera un posterior desplazamiento patrimonial, siendo indiferente que la misma no se ejecutara⁶³. Existe tentativa con la realización de la conducta engañosa. En los casos en que se acepta una letra de cambio, o se firma un pagaré o cualquier documento de reconocimiento de deuda, sin ánimo de paga cuando acabe el plazo, la estafa no se consuma hasta el momento del impago.

⁵⁹ SAP Gerona 291/2021, 17 junio (ARP 2022/186).

⁶⁰ SAP Asturias 155/2021, 14 abril (JUR 2021/213916).

⁶¹ SAP Asturias 98/2021, de 25 marzo (JUR 2021/165977)

⁶² SAP Ciudad Real 3/2020, 17 febrero (ARP 2020/969).

⁶³ STS 216/2024, de 7 de marzo, Roj: STS 1334/2024 - ECLI: ES: TS:2024:1334. Delito de falsificación mercantil en concurso medial con estafa procesal. Véase CARREÑO AGUADO, Julen A.: «La estafa procesal del artículo 250.1.7.º Algunas cuestiones interpretativas a la luz de la jurisprudencia», *Diario La Ley*, núm. 7780, sección doctrina, 20 enero de 2012, año XXXIII, ref. D-25 La Ley; accesible en <https://diariolaley.laleynext.es> [consultado 24 mayo de 2024].

e) *Tentativa.*

Existe tentativa con la realización de la conducta engañosa, no produciéndose el daño por la intervención judicial, policial, interposición de demanda, etcétera⁶⁴ En definitiva cuando el sujeto o sujetos realizan, en todo o en parte, las maniobras que objetivamente deberían de producir el resultado buscado, sin que el acto de disposición patrimonial se llegue a producir por causas independientes a su voluntad. Sería en casos como:

— Presentar recibí falso en la contestación a la demanda de la contraparte, siendo el documento una reproducción fotomecánica en la que consta la firma auténtica de uno de los directivos de la perjudicada⁶⁵.

— Simular un accidente de tráfico para solicitar indemnización y no acudir a juicio⁶⁶.

— Reconocimientos de deuda privativa mendaces por parte del esposo a favor de terceros, posteriormente utilizado como título en procedimiento de ejecución para realizar bienes de naturaleza ganancial: el perjuicio existe aunque en la liquidación en trámites, se genere un crédito de la sociedad de gananciales contra el esposo⁶⁷.

— Manipulación sobre fotocopias de facturas verdaderas alterando el membrete de la entidad que las emitía, para utilizarlas en demanda⁶⁸.

— Rellena un parte de accidentes de tráfico amistoso, haciendo constar voluntariamente que se había producido un accidente cuando ello no era cierto, con la finalidad de obtener un beneficio económico⁶⁹.

⁶⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal*. Parte especial. Ob. cit., pp. 380-381.

⁶⁵ STS 431/2019, de 1 de octubre, Roj: STS 2954/2019 - ECLI: ES: TS:2019:2954, falsedad en documento mercantil y estafa procesal.

⁶⁶ STS 471/2018, de 17 octubre, Roj: STS 350/2018 - ECLI: ES: TS:2018:3500. Estafa procesal y desistimiento activo, aunque no compareció al acto de juicio es de tener en cuenta «... que el hoy recurrente «convenció a los demás acusados para la realización de los hechos diciéndoles todo lo que tenían que hacer paso a paso, concretamente a Asunción para la puesta a su nombre de un vehículo de desguace y contratación de un seguro con Allianz y asistencia a juicio, y al resto para la presentación de la denuncia, aportación de partes médicos y asistencia a juicio». Los condenados realizaron todos y cada uno de los actos que deberían haber dado lugar al engaño pretendido con la activa participación del recurrente. Por ese mismo motivo y debido al casi total desarrollo de la acción, el peligro de lesión fue muy elevado en tanto que las acciones desplegadas estuvieron cerca de producir el resultado, que se vio frustrado por la diligente actuación de la aseguradora que contrató a una empresa de detectives para acreditar la maniobra defraudatoria en el acto del juicio».

⁶⁷ STS 231/2016, de 17 de marzo, Roj: STS 1185/2016 - ECLI: ES: TS:2016:1185 Estafa procesal en grado de tentativa

⁶⁸ STS 629/2017, 21 septiembre, Roj: STS 3329/2017 - ECLI: ES: TS:2017:3329, Falsedad en documento mercantil y tentativa de estafa procesal

⁶⁹ SAP Cádiz 175/2022, de 25 julio (JUR 2023/166103).

— Pacto entre los acusados para estafar a la aseguradora mediante el fingimiento de un accidente con parte amistoso; si bien no se llegó a cobrar la indemnización pretendida ⁷⁰.

— Presidente y secretario de comunidad de vecinos que manipulan un acta de junta, con el fin de aparentar la finalización de un convenio con uno de los propietarios, a los que se demandó presentando dicha acta alterada ⁷¹.

— Concurso de leyes con estafa procesal intentada ⁷².

f) *Concurso.*

El problema del concurso del delito de estafa procesal con otros delitos, es singularmente conflictivo con las falsedades en documento privado teniendo en cuenta que las falsedades lucrativas en documentos es un delito autónomo en nuestro Código Penal ⁷³. No hay un criterio jurisprudencial unánime, aunque parece que el TS se inclina por la absorción de dichas falsedades en las estafas a no ser que la falsedad tenga igual o mayor pena, penando entonces solamente la falsedad ⁷⁴. Caso distinto es cuando las falsedades afectan a documentos públicos, oficiales o mercantiles.

Se suele decir que hay una coincidencia parcial entre los bienes protegidos por la falsedad y la estafa procesal, pues en ambos casos es relevante el interés en el buen funcionamiento de la administración de justicia, pero también concurren otros bienes, como podría ser el honor del denunciado en caso de denuncias falsas y en la estafa procesal será relevante la protección del patrimonio de la víctima ante un ataque injustificado ⁷⁵.

⁷⁰ SAP León 65/2020 (ARP 2020/886).

⁷¹ SAP Cantabria 105/2020, 7 de mayo (ARP 2021/545).

⁷² SAP Cantabria 105/2020, 7 de mayo (ARP 2021/545).

⁷³ Véase PÁRAMO DE SANTIAGO, Casto: «Estafa procesal. Falsedad documental». Comentario a la STS, Sala de lo Penal, de 16 julio 2013, Revista CEFLEGAL. CEF. núm. 154 (noviembre 2013), pp. 193-200. Véase CEREZO MIR, José: «La estafa procesal», 1996, ob. cit. p. 198.

⁷⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal*. Parte especial. Ob. cit., p. 381.

⁷⁵ Véase STS 254/2011, 29 marzo, Roj: STS 1861/2011 - ECLI: ES: TS:2011:1861.

«Ambos recurrentes, cuando presentaron ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo la autorización para promover la revisión de la sentencia condenatoria que les afectaba, no se limitaron a una estratégica ocultación de aspectos no esenciales. Antes, al contrario, el escrito que respaldaba su petición convertía la carta apócrifa firmada por Jesús en el sostén fundamental del juicio rescisorio. Existió, pues, algo más que una versión parcial –y como tal, interesada de los hechos–, o una omisión de cuestiones fácticas o jurídicas de importancia menor para el tratamiento jurisdiccional de la solicitud deducida.

Y en eso consistió precisamente el engaño dirigido a los Magistrados del Tribunal Supremo. Lo que se pretendía no era otra cosa que promover la anulación de una sentencia condenatoria con fundamento en un documento falso. La tesis de la defensa, referida al carácter evidente de la falsedad y, por tanto, a su inidoneidad para engañar a los Magistrados que habrían de autorizar la revisión, no puede ser aceptada por la Sala. Como recuerda el Fiscal, la sentencia no proclama que la falsedad de la carta fuera evidente para

Situaciones en las que se entiende que hay concurso son:

— Falsedad en documento privado, cuando se arroga la cualidad de arrendatario de una vivienda, basándose en un contrato falso, y denunciando a las hijas de la propietaria por robo con fuerza y coacciones para evitar su entrada en el inmueble y la disposición del mismo⁷⁶.

— Diversa documentación presentada por la empleadora en su defensa en pleito laboral, afirmando la denunciante y trabajadora que las firmas de parte de los documentos aparentemente suyas son falsas: concesión de mayor credibilidad a la pericial grafológica que compara las firmas debitadas tanto con las de la denunciante como las de la denunciada⁷⁷.

— Documento falso que se aportó en el Juzgado de lo Social con la finalidad de engañar al Juez, aunque no se logró: tentativa⁷⁸.

— Fractura proforma emitida por abogado, en la que el acusado y cliente suyo anotó de su puño y letra la expresión «pagado», para hacer creer que había sido abonada y así engañar al Juez encargado de resolver sobre la jura de cuentas⁷⁹.

— Cuando judicialmente se le solicita la devolución de las arras, indebidamente retenidas, presenta fotocopia manipulada del documento de autorización de venta en el que se alteró el precio de venta; concurso de leyes con falsedad en documento privado⁸⁰.

g) *Penas.*

Con carácter general el artículo 248 del CP viene a señalar que los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre este y el defraudador, los medios empleados por este y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. Si

cualquiera que ... Los acusados, por tanto, intentaron engañar a los Magistrados llamados a la resolución del recurso de revisión cuya autorización se instaba y, además, lo hicieron mediante un documento de aparente integridad externa y respecto del que uno de los informes periciales –el suscrito por la Policía Científica–, afirmaba no poder discernir, al menos técnicamente, si el texto que rubricaba la firma había sido o no añadido.»

⁷⁶ SAP Madrid 666/2022, de 16 noviembre, Roj: SAP M 19462/2022 - ECLI: ES: APM:2022:19462.

⁷⁷ SAP Valencia 252/2022, 12 mayo (JUR 2022/276155).

⁷⁸ SAP Barcelona 91/2022, 28 marzo (JUR 2023/33082).

⁷⁹ SAP Granada 516/2021, de 17 diciembre (ARP 2022/382).

⁸⁰ SAP Sevilla 466/2019, 7 noviembre (ARP 2020/255).

■ LOS DELITOS LABORALES

bien el artículo 250 para determinadas estafas (entre ellas las procesales) señala que serán castigadas con las penas de prisión de uno a seis años y multa de doce meses. Teniendo en cuenta que el artículo 251 bis del CP señala que de conformidad con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en esta Sección, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa del triple al quíntuple de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33⁸¹.

IV. CONCLUSIONES

Como se habrá podido apreciar el análisis de la estafa procesal se ha hecho de la óptica del Derecho Penal y la casi totalidad de las resoluciones son de órganos jurisdiccionales del orden penal (sala segunda del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales), dado que el estudio se centra en el tipo penal recogido en el artículo 250.1.7.º del Código Penal.

⁸¹ Dichas letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. Las mismas señalan lo siguiente:

Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas las consideraciones de graves, son las siguientes:

- a) ...
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

Sin perjuicio de tener por reproducidas aquí las diversas consideraciones que a lo largo de los diversos apartados anteriores se han ido haciendo, parece oportuno insistir en ellas o comentar otras que se consideran relevantes.

En este tipo penal el bien jurídico que se protege va a ser la correcta administración de justicia, sancionando el engaño al juzgador en el seno de un proceso lo que justifica la imposición de una pena más grave que ante una estafa común ya que ese engaño va en definitiva a suponer una vulneración de la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 Constitución Española).

Ya se ha indicado que la conducta consistente dentro de un procedimiento judicial de manipular pruebas en las que se funden las alegaciones o empleen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez llevándolo a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero, puede ser cometido por ambas partes, no solamente el actor. La estafa procesal no solamente se puede cometer con una demanda fraudulenta, sino también cuando alguien se sirve con tal fin de un proceso. Múltiples ejemplos podrían señalarse como una oposición caprichosa y sin sentido que solo busca alargar eternamente un proceso, o cuando hay un allanamiento a la demanda confabulándose con el demandante para que este obtenga un beneficio (por ejemplo una prestación de la Seguridad Social), o de cualquier codemandado subsidiaria o solidariamente, ante la insolvencia del demandado que no ha querido oponerse a la demanda o lo hace de manera que conduce a su condena (el caso más conocido puede ser las demandas sobre salarios frente al FOGASA).

Otra cuestión que se ha comentado en apartados anteriores es cuando la manipulación no recae directamente en el juez o tribunal, sino en la otra parte. Cuando es a la parte contraria a la que se le impulsa a que se allane, desista, ofrezca un acuerdo mediante el engaño propio de una estafa (por ejemplo, con declaraciones testificales falsas) pero se comete dentro del proceso y si la sanción penal es o no adecuada (estaríamos ante la denominada estafa procesal impropia, fuera del tipo penal comentado), teniendo en cuenta donde se comete el engaño.

Piénsese en un tema que tiene actualidad pero que puede resultar peligroso por poder llegar a ser una estafa procesal, las sentencias de conformidad en el ámbito penal. En general ello se presenta como algo que genera beneficios para todas las partes: el acusado puede obtener una acusación más ventajosa; el Ministerio Fiscal no tendrá que desplegar actividad probatoria; y se agiliza el sistema de justicia penal. Pero puede ser utilizado de forma torticera en perjuicio de alguna de las partes que lo puede llegar a ver como un mal menor.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, José: «Las estafas y otros engaños, en el Código Penal y la Jurisprudencia», Tomo IX de la Nueva Enciclopedia Jurídicas, Barcelona, Editorial Francisco Seis, S.A., 1967.
- BECERRA BRICEÑO, Jesús: «La evolución histórico dogmática de la estafa procesal en España y Alemania», INDRET, *Revista para el análisis del Derecho*, abril 2018, Barcelona, www.indret.com
- CARREÑO AGUADO, Julen A.: «La estafa procesal del artículo 250.1.7.º Algunas cuestiones interpretativas a la luz de la jurisprudencia», *Diario La Ley*, núm. 7780, sección doctrina, 20 enero de 2012, año XXXIII, ref. D-25 La Ley; accesible en <https://diariolaley.laleynext.es>
- CEREZO MIR, José: «La estafa procesal», pp. 180 y ss., en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1966, fascículo 2, sección doctrinal, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1966-2001790.
- GONZÁLEZ VELASCO, Jesús: «Las acciones laborales y el delito de estafa procesal», comentario a la STS 12 noviembre de 1975, sobre fraude procesal en un proceso laboral, en *Jurisprudencia Social*, pp. 153 y ss. Accesible en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/30791rps110153.pdf>
- LAMATA ROS, Margarita: «A vueltas con el bien jurídico de la estafa procesal», *Diario La Ley*, núm. 9756, sección tribuna, 17 diciembre de 2020, Wolters Kluwer.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal*. Parte Especial, 21 edición, Tirant lo blanc, Valencia, 2017, p. 376.
- PÁRAMO DE SANTIAGO, Casto: «Estafa procesal. Falsedad documental». Comentario a la STS, Sala de lo Penal, de 16 julio 2013, *Revista CEFLEGAL*. CEF. núm. 154 (noviembre 2013).

REVELACIÓN DE SECRETOS EMPRESARIALES (CP ART. 278 A 280)

MARÍA JOSÉ LÓPEZ ÁLVAREZ

Profesora Ordinaria de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Pontificia Comillas-ICADE (Madrid)

SUMARIO: I. Consideraciones previas. El nuevo escenario para la protección de los secretos de empresa. II. El concepto de secreto de empresa. III. Delitos relativos a la obtención y divulgación de secretos empresariales. 1. El delito de espionaje empresarial (art. 278 CP). A) Tipo básico: apoderamiento de secretos. a) Obtención lícita vs. ilícita del secreto empresarial; b) La finalidad de descubrir el secreto. B) Tipo agravado: revelación de secretos. 2. Los delitos de violación del secreto empresarial (arts. 279-280 CP). A) Utilización o revelación desleal de secreto empresarial (art. 279 CP). B) Divulgación de secreto sin previo descubrimiento (art. 280 CP). IV. Bibliografía.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. EL NUEVO ESCENARIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS SECRETOS DE EMPRESA

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce y garantiza el derecho de la empresa a mantener bajo reserva aquella información con valor estratégico y económico para su actividad. Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 1/2019¹, «las organizaciones valoran sus secretos empresariales tanto como los derechos de propiedad industrial e intelectual y utilizan la confidencialidad como una herramienta de gestión de la competitividad empresa-

¹ Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

rial, de transferencia del conocimiento público-privado y de la innovación en investigación». Si bien los derechos de propiedad industrial constituyen la vía clásica para la protección de estos conocimientos, lo cierto es que no siempre resultan la opción más efectiva ni adecuada. Algunas innovaciones –las relacionadas con algoritmos o con algunos extremos de la inteligencia artificial, por ejemplo– encuentran dificultades actualmente para ser protegidas a través de la propiedad industrial². El ejercicio de estos derechos obliga, además, a un desembolso económico que no todas las empresas, sobre todo las de menor tamaño, pueden estar en condiciones de realizar³. Las patentes, en fin, conllevan publicidad⁴ y otorgan protección para la explotación económica con una duración temporal limitada, mientras que el secreto asegura la privacidad sobre informaciones de muy variada naturaleza, sin restricciones temporales precisas⁵.

La regulación sobre secretos empresariales, como alternativa o complemento a la de propiedad intelectual e industrial, va ganando, pues, peso, pero no está exenta de complejidad. Tradicionalmente se aborda de manera transversal –y fragmentada– desde el ámbito mercantil, penal y –sólo incidentalmente– el laboral. La asociación del secreto empresarial con conocimientos técnicos y científicos valiosos, cuya divulgación pone en riesgo la posición competitiva de la empresa, ha hecho que los instrumentos de protección se hayan encauzado prioritariamente hacia acciones civiles y mercantiles, que permiten a los perjudicados poner fin a esas prácticas desleales y obtener una reparación adecuada al perjuicio causado. En un mundo tan complejo y cambiante como el que vivimos, no conviene perder de vista, no obstante, otras perspectivas de esta realidad poliédrica. Así, la noción normativa de secreto tiene, como veremos, un alcance muy amplio, lo que per-

² De interés las consideraciones de GALLEGOS SÁNCHEZ, Esperanza «La patentabilidad de la inteligencia artificial. La compatibilidad con otros sistemas de protección», *La Ley Mercantil*, 59, 2019, que detalla los obstáculos para que tanto los algoritmos como la IA –basada en modelos computacionales y algoritmos– puedan ser consideradas invenciones, en cuanto creaciones de carácter técnico y, por lo tanto, «patentables». A tenor de lo cual, aboga por la utilización combinada del sistema de protección de patentes con el de derechos de autor y secretos empresariales.

³ En ausencia de una patente internacional que se reconozca fuera de Europa, las empresas tienen que multiplicar las patentes, presentando una en cada país, con la carga económica que ello supone, *vid.* CANDELARIO MACÍAS, M.^a Isabel, «Cruces y límites entre la información sobre sostenibilidad de las empresas y el secreto empresarial», *Revista práctica de derecho*, CEF, núm. 281, junio 2024, p. 40.

⁴ A este respecto, GALLEGOS SÁNCHEZ, Esperanza, «La patentabilidad de la inteligencia artificial...» cit. apunta los riesgos de optar por solicitar una patente. Si finalmente ésta no se concede, o se otorga y posteriormente se invalida, la información puede haberse hecho pública, lo que impediría su protección no solo mediante la patente, sino también a través de la normativa sobre secretos empresariales.

⁵ En este sentido, MURUAGA HERRERO, Pablo, «El fomento de la innovación a través de los secretos empresariales», *Revista de Derecho UNED*, núm. 32, 2023, p. 324.

mite a la empresa tener bajo control un flujo de información que es cada vez mayor y que abarca elementos muy diversos, desde aspectos comerciales, financieros o laborales (piénsese, por ejemplo, en las decisiones relacionadas con un ERE), hasta la protección de datos de clientes y usuarios. Y es cada vez más frecuente que las filtraciones y fugas de información sensible provengan de los propios trabajadores. Como se ha señalado⁶, la digitalización facilita que un mayor número de empleados puedan acceder a las bases de datos y la información que contienen. A su vez, la precariedad de las condiciones laborales y las reducidas expectativas de estabilidad en el puesto de trabajo hacen que los trabajadores tengan menos incentivos para respetar el deber de secreto y mantener la confidencialidad. La empresa ha de disponer, por tanto, de herramientas apropiadas para dar respuesta a estos riesgos, lo que pasa no sólo por la posibilidad de sancionar los incumplimientos –incluyendo los de mayor gravedad en el ámbito penal– sino igualmente de realizar una labor preventiva, a través de protocolos y códigos de conducta que sensibilicen a la plantilla y fomenten un compromiso sólido en la protección de la información, que redunde en beneficio de todos⁷.

Hasta el momento, sin embargo, estas cuestiones han merecido escasa atención para la doctrina y la jurisprudencia laboral, lo que se achacado, al menos en parte, a la inexistencia de una regulación concreta. Tras la desaparición en el Estatuto de los Trabajadores de la mención específica al deber de secreto del trabajador que se contemplaba en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944⁸, las obligaciones en esta materia quedan diluidas dentro del deber genérico de buena fe que predicen los artículos 5.a)⁹ y 20.2¹⁰ ET, y las infracciones de mayor entidad se castigan en el marco del despido por transgresión de la buena fe contractual previsto en el artículo 54.1.d) ET. En

⁶ SALA FRANCO, Tomás, TODOLÍ SIGNES, Adrián, «El deber de los trabajadores de no violar los secretos de empresa y los acuerdos de confidencialidad», Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 10.

⁷ GARRIDO PÉREZ, Eva, «Secretos empresariales versus derechos de información de trabajadores y representantes», en BARCELÓN COBEDO, Susana (coord.); CARRERO DOMÍNGUEZ, Carmen (coord.); DE SOTO RIOJA, Sebastián (coord.), «Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al profesor Santiago González Ortega», Junta de Andalucía, Consejo andaluz de Relaciones Laborales, 2022, p. 161 propone que estas estrategias se integren dentro de la política de *compliance* de la empresa, diseñando procedimientos para la protección de datos empresariales, que puedan ser conocidos y respetados por todas las personas que prestan servicios en la organización.

⁸ Artículo 72 LCT 1944: «el trabajador está obligado a mantener los secretos relativos a la explotación y negocios de su empresario lo mismo durante el contrato que después de su extinción. En este último caso podrá utilizarlo en su beneficio propio, sólo en cuanto fuese exigencia justificada de su profesión habitual».

⁹ «Los trabajadores tienen como deberes básicos: cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia».

¹⁰ «El trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe».

el ámbito penal, en cambio, sí existen disposiciones más detalladas sobre la apropiación y revelación de secretos empresariales en los artículos 278 a 280 CP. Son, no obstante, delitos que han tenido un recorrido práctico limitado, y prueba de ello es que, pese a las incesantes reformas normativas, la redacción de estos preceptos permanece inalterada desde su aparición en el Código Penal de 1995¹¹. En este punto, debe tenerse en cuenta la reciente aparición de la Ley 1/2019 de Secretos Empresariales (en adelante, LSE). Como es sabido, la norma obedece a la necesidad de transponer los contenidos de la Directiva 2016/943¹², que busca un marco jurídico homogéneo en la Unión para la tutela de secretos comerciales, que garantice la competitividad y el rendimiento asociado a la innovación. Nuestro legislador aborda la labor de adaptación optando por la configuración de una ley especial¹³, pero limitada a las previsiones sustantivas y procesales que en materia civil y mercantil establece la Directiva. Por ello, y aunque atendiendo a las recomendaciones del Consejo de Estado, la Exposición de Motivos de la LSE realiza una referencia explícita a los tipos delictivos de los artículos 278 y 279 CP, no se pretende una regulación integral y unitaria de los secretos empresariales. Los aspectos penales y laborales quedan al margen, lo que no quiere decir que no resulten afectados, siquiera indirectamente, por la nueva norma, en la medida en que ésta proporciona nociones de alcance general, como lo que deba entenderse por secreto empresarial o las condiciones en las que la obtención y divulgación del secreto pueden considerarse o no lícitas. El presente trabajo revisa, pues, la protección penal de los secretos empresariales a la luz de las novedades introducidas por la LSE, con un enfoque jurídico-laboral, esto es, incidiendo exclusivamente en lo que podemos considerar «delitos laborales», aquellas situaciones que tengan cabida en el marco de la relación laboral que mantiene la empresa con el trabajador; y utilizando, en cuanto sea pertinente, la lógica laboral para resolver las dudas interpretativas y aplicativas que se planteen.

¹¹ ZÁRATE CONDE, Antonio, MAÑAS DE ORDUÑA, Álvaro, «Los delitos relativos al secreto de empresa a la luz de la ley de secretos empresariales», *La Ley Penal*, 145, 2020, p. 3.

¹² Directiva (UE) 2016/943/ de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas.

¹³ Junto con la complejidad técnica de encajar la reforma exigida por la Directiva en los textos ya existentes (la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Enjuiciamiento Civil, principalmente), el Consejo de Estado defiende esta opción entendiendo que los secretos empresariales merecen una regulación propia, y que ello redundará en una mayor seguridad jurídica, evitando la diseminación de las previsiones sobre esta cuestión en diferentes textos, *vid.*, Dictamen 401/2018 Consejo de Estado sobre el anteproyecto de la LSE de 17 de mayo de 2018.

II. EL CONCEPTO DE SECRETO DE EMPRESA

En primer término, debe procederse a la delimitación del objeto material al que se refieren los ilícitos que se van a estudiar. El secreto de empresa evoca en el repositorio popular la fórmula de la Coca-cola o la salsa del Big Mac, pero hay muchos otros ejemplos de conocimientos valiosos que, en ocasiones durante generaciones, han quedado bajo reserva, y han contribuido de forma decisiva al éxito de una compañía¹⁴. En este sentido, en nuestro ordenamiento, la protección de esta información crítica abarca no sólo las creaciones de carácter técnico-científico, sino que se extiende igualmente a otras áreas relevantes de la empresa: comercial, financiera o de gestión de los recursos humanos. Con anterioridad a la LSE, no obstante, la ausencia de una definición normativa expresa, dejó en manos de los tribunales la tarea de perfilar los contornos de esta figura. Para ello, tanto la sala de lo civil¹⁵ como la de lo penal¹⁶ del Tribunal Supremo buscaron como referencia el artículo 39 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (en adelante, Acuerdo sobre los ADPIC), celebrado en el seno de la Organización Mundial del Comercio y ratificado en su momento por España¹⁷. Según este precepto, para poder impedir que una información sea divulgada y utilizada por terceros sin consentimiento del titular es preciso que dicha información: a) sea secreta (en el sentido de no ser conocida o fácilmente accesible); b) tenga un valor comercial por ser secreta; c) haya sido objeto de medidas razonables, según las circunstancias, para mantenerla como secreta.

La LSE define en su artículo 1.1 el secreto de empresa a partir de estos mismos parámetros. Se considera como tal «cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las

¹⁴ RIVAS-VÁSQUEZ, Alejandro, «El secreto empresarial: perspectivas informático-forenses» recuerda el proceso de fabricación de los platos Zildjian, utilizados por baterías y músicos famosos de todo el mundo. Según la leyenda, Avedis Zildjian, alquimista al servicio del Sultán Otomano Mustafá I, descubrió en 1623 la fórmula, combinando cobre y otros metales, para conseguir un sonido único. Desde entonces, esa fórmula ha pasado de generación en generación y sigue siendo custodiada actualmente por la 14.ª generación de la familia Zildjian, <https://www.tendencias.kpmg.es/2022/01/secreto-empresarial-perspectivas-informatico-forenses/>

¹⁵ SSTs, sala 1.ª, 129/2008, de 13 de enero de 2009, 952/2011, de 4 de enero de 2012.

¹⁶ SSTs, sala 2.ª, 285/2008, de 12 de mayo, 679/2018, de 20 de diciembre.

¹⁷ El acuerdo fue aprobado por la Unión Europea mediante la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994. En España, el Acuerdo fue ratificado el 30 de diciembre de 1994, y publicado en el BOE el 24 de enero de 1995.

personas pertenecientes a los círculos en los que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;

b) Tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto;

c) Haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto».

Nuestra norma, siguiendo los dictados de la Directiva, mantiene una noción abierta de secreto empresarial en la línea del Acuerdo sobre los ADPIC, probablemente ante la evidente dificultad –y escasa efectividad– de ofrecer una definición con mayor concreción¹⁸. Ello tiene implicaciones principalmente en relación con dos aspectos:

— En cuanto al tipo de información que pueda ser constitutiva de un secreto empresarial, se incluyen elementos de muy variada naturaleza. Sin ánimo de exhaustividad, podrían, así, calificarse como tales¹⁹:

a) Secretos de naturaleza técnico-industrial: fórmulas, recetas, libros de laboratorio, códigos fuente, diseño y características técnicas de los productos, procesos de fabricación, prototipos, bocetos...

b) Secretos de naturaleza comercial: bases de datos sobre clientes, proveedores y precios, acuerdos comerciales, catalogación y descripción gráfica de productos, políticas de marketing, márgenes de beneficio sobre producto...

c) Secretos de naturaleza financiera: planes de negocio, balances no publicados, formas de financiación de la empresa, proyectos de ampliación de capital, datos sobre accionistas y socios...

d) Secretos de naturaleza organizativa: estructura de salarios, contratos y CV del personal, apertura de nuevos centros de trabajo, política de recursos humanos...

— Los requisitos que han de concurrir para que una cuestión sea susceptible de ser etiquetada en esta categoría se formulan también con una deliberada amplitud:

a) Ha de tratarse de una información no divulgada ni conocida, que no se encuentre fácilmente accesible. No caben, pues, datos publicados por otras vías (por ejemplo, las reseñas sobre clientes que la empresa publicita en su

¹⁸ Como señala la STS, sala 2.ª, 285/2008, de 12 de mayo, se trata de un «concepto lábil, dinámico, no constreñible en un numerus clausus».

¹⁹ SALA FRANCO, Tomás, TODOLÍ SIGNES, Adrián, El deber de los trabajadores de no violar..., cit. p. 15.

web, o la que aparece en impresos o formularios) ni la información que legalmente debe hacerse pública (los balances y cuentas de explotación que se inscriben en el Registro Mercantil);

b) Debe tener valor empresarial, en el sentido de que la empresa ha de poder acreditar un interés efectivo en mantener esa información reservada. La Directiva establece que este plus de valor se dará cuando sea «probable» que la obtención, utilización o revelación ilícitas de esas informaciones «puedan perjudicar los intereses económicos, financieros, estratégicos o competitivos de su titular». Estamos, una vez más, ante una acotación extremadamente imprecisa, pero sí parece que el interés que manifiesta la empresa no tiene por qué reconducirse a términos económico-comerciales en sentido estricto²⁰, sino que debe ser entendido de forma más extensa, como amenaza de perjuicio en cualquiera de las esferas de su actividad, que puede acarrear, por ejemplo, un coste reputacional o dañar su posición competitiva. En todo caso, como se ha señalado²¹, corresponde a la empresa probar la existencia del perjuicio –real o potencial– que puede producirse con la divulgación de la información, que es lo que pone en valor y lo que justifica a la postre su carácter secreto; o, dicho con otras palabras, si la empresa no puede demostrar un daño asociado a la propagación de la información, ésta no podrá ser calificada como secreta. De esta forma, se trata de evitar que la consideración de lo que haya de ser o no secreto, con la protección que ello conlleva, quede exclusivamente en manos de la subjetividad del empresario. Lo que no obsta para reconocer que, con una delimitación tan abierta, es fácil que se susciten dudas interpretativas y aplicativas (a la hora de determinar, por ejemplo, cuándo el perjuicio que invoca la empresa tiene consistencia o entidad suficiente).

c) Atendiendo a ese interés, se exige, en fin, que el titular de la información haya adoptado las medidas necesarias para mantenerla en secreto. También en este punto, el abanico de posibilidades es muy amplio: barreras físicas (controles de acceso a las instalaciones, registro de visitas, sistemas de vigilancia), auditorías externas, sistemas de ciberseguridad (códigos para el uso de ordenadores, instalación de corta-fuegos, encriptación de mensajes), control de la cadena de custodia de la documentación... Las alternativas son infinitas

²⁰ A este respecto, se ha valorado positivamente la adaptación terminológica que lleva a cabo la LSE al transponer la Directiva, utilizando conceptos con mayor arraigo en nuestro sistema. De ahí que frente al «secreto comercial» al que se refiere la Directiva, la LSE haya optado por la denominación de «secreto empresarial» que responde mejor a la definición que se propone del mismo, *vid.*, LÓPEZ AHUMADA, Jose Eduardo, «La exclusión del deber de sigilo de los representantes de los trabajadores de la noción de secretos empresariales: a propósito de la Ley 1/2019 de secretos empresariales», *Temas Laborales*, 148, 2019, p. 44.

²¹ GARRIDO PÉREZ, Eva, «Secretos empresariales versus derechos de información...», *cit.*, p. 150.

y admiten un grado de intensidad y sofisticación muy distinto, por lo que habría de determinarse cuál es el nivel mínimo de diligencia que es exigible al empresario en esa labor de autoprotección. Una premisa básica parece ser haber otorgado, explícitamente y con carácter previo, a esa información o conocimiento la naturaleza de secreto. En el ámbito laboral, es oportuna la labor de comunicación y sensibilización a los trabajadores, con la elaboración de protocolos internos que contengan pautas para el manejo de la información y la eventual suscripción de pactos de confidencialidad. Y habrán de tenerse en cuenta las circunstancias concretas, desde el valor intrínseco de la información a proteger, hasta las dimensiones y capacidad económica de la empresa, o el ámbito o sector en el que opera²².

La definición que ofrece la LSE se completa con algunas puntualizaciones en su apartado 1.3, que tienen particular proyección en la relación laboral:

— Por una parte, la protección de los secretos empresariales no afectará a la autonomía de los interlocutores sociales o a su derecho a la negociación colectiva. La Directiva aclara, en este punto, que la normativa sobre secretos empresariales no impide la celebración de convenios colectivos en los que se establezca la obligación de reserva del trabajador sobre algunas informaciones y se prevean consecuencias en caso de incumplimiento. No obstante, estas previsiones no pueden exceder el perímetro marcado por la propia Directiva y, en particular, lo relativo a las circunstancias excepcionales en las que en ésta se contempla la no aplicación del régimen de protección del que se benefician los secretos. De esta forma, no cabría, por ejemplo, que un convenio colectivo sancionara a un trabajador por la divulgación de una información que no pueda ser considerada secreto a tenor de lo previsto legalmente; o bien cuando ello es necesario para comunicar una irregularidad o actividad ilegal, o para proteger un interés legítimo reconocido legalmente. A este respecto, no son muy numerosos los convenios colectivos que se ocupan de esta cuestión, probablemente porque se trata de materias que se abordan preferiblemente de forma más detallada a través de protocolos o directrices internas. Los que lo hacen, sin embargo, utilizan habitualmente el capítulo disciplinario para sancionar las conductas de revelación de secretos, si bien suelen referirse de manera genérica al incumplimiento de estos deberes²³. Llama la atención, en todo caso, que la

²² ESTRADA I CUADRAS, Albert, «Violaciones del secreto empresarial. Un estudio de los ilícitos mercantiles y penales», Atelier, Barcelona, 2016, p. 93, hace un interesante repaso por los criterios manejados por la jurisprudencia americana sobre esta cuestión.

²³ II Convenio colectivo Quirón Prevención SLU, Resol. DGT de 30 de junio de 2023, BOE, 19 de julio (art. 64), II convenio colectivo grupo Vodafone, Resol. DGT de 29 de enero de 2021, BOE 9 de febrero (art. 33).

observancia de secreto y confidencialidad suele venir asociada a las obligaciones legales de protección de datos²⁴. Se trata, no obstante, de dos ámbitos que conviene diferenciar: la normativa sobre protección de datos se dirige a preservar informaciones que afectan a la intimidad personal y familiar, y cuenta para ello con sus propios mecanismos de garantía²⁵. Desde esa perspectiva, estos datos no forman parte del secreto de empresa que, como ya se ha señalado, tiene una finalidad distinta, proteger el interés de la actividad económica y la competitividad en el mercado²⁶. Ello no excluye que, puntualmente, las dos esferas converjan en relación con una misma información. Así ocurriría, por ejemplo, con una base de datos de clientes. El trabajador tiene obligación de secreto profesional y la utilización de datos personales de esos clientes infringe la normativa de protección de datos; pero si esa información sobre clientes se filtra a la competencia o el trabajador se aprovecha de ella para su propio negocio, podría a su vez conformar un secreto empresarial, tutelado por los cauces correspondientes²⁷.

— Tampoco puede utilizarse la protección legal de los secretos empresariales para restringir el uso y divulgación por parte del trabajador de información «que no reúna todos los requisitos del secreto empresarial». Es una afirmación que, de entrada, parece obvia, pero que tiene algunas implicaciones desde el punto de vista práctico. Por un lado, acota el poder del empresario, que no podrá sancionar o imponer limitaciones al trabajador por la utilización de información poco relevante, que no se entienda comprendida dentro de lo que previamente ha sido definido como secreto empresarial. Por otra parte, y si bien parece que la LSE se focaliza en las acciones civiles para la protección de estas informaciones, implícitamente parece asumir que los conceptos que maneja trascienden ese ámbito, y deben ser extrapolados al resto del ordenamiento. La noción de secreto empresarial que proporciona la LSE es, pues, única y se proyecta sobre todos los sectores implicados en la regulación de esta materia.

²⁴ Así, el convenio colectivo estatal del sector de agencias de viajes, Resol. DGT de 23 de agosto de 2023, BOE 2 de septiembre (art. 68).

²⁵ Los previstos en primer lugar en la LO 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantía de derechos digitales. Pero igualmente, estas infracciones podrían ser constitutivas de los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio conforme a los artículos 197 y ss. del Código Penal.

²⁶ La STS sala 1.ª 129/2005, de 4 de marzo apunta que «... el secreto industrial no protege una hipotética esfera de reserva o intimidad empresarial (...) sino que preserva los resultados del propio esfuerzo y el fomento del avance industrial y comercial. El derecho al secreto industrial es de contenido patrimonial, que no puede ser equiparado al derecho fundamental a la intimidad».

²⁷ SAP, Las Palmas 253/2020, de 16 de noviembre.

— No están justificadas restricciones de la movilidad de los trabajadores que traigan su causa de la necesidad de preservar un secreto empresarial y, en particular, no podrá limitarse el uso por parte de los trabajadores de «experiencias y competencias adquiridas honestamente durante el normal transcurso de su carrera profesional», ni imponerse en los contratos de trabajo otras restricciones no previstas legalmente. La defensa de la competitividad y del interés empresarial que protege la regulación sobre secretos no puede llevar a ignorar los derechos del trabajador, en especial la libertad de elección de profesión y oficio y de promoción profesional. La LSE hace, así, referencia expresa a uno de los aspectos más controvertidos en relación con esta cuestión, la distinción entre secreto empresarial y habilidades y experiencia profesional del trabajador –lo que la doctrina anglosajona conoce como *skill and knowledge*–. La jurisprudencia anterior²⁸ ya había venido considerando de forma pacífica que las destrezas y competencias ganadas por el trabajador a lo largo de su desempeño profesional, forman parte de su patrimonio intelectual, y constituyen algo distinto del secreto empresarial. En la práctica, la dificultad radica en formular criterios claros para la diferenciación, toda vez que la experiencia que puede acreditar un trabajador se apoya, al menos parcialmente, en la mayoría de los casos, en conocimientos o informaciones que previamente ha obtenido y asimilado dentro de su relación laboral con la empresa²⁹. Se trata, pues, de una delimitación que habrá de realizarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Para lo cual, se anticipan algunas reglas³⁰ como la de la memoria (si la información no se puede retener en la memoria ello es indicativo de su carácter complejo y formaría parte del secreto empresarial y no de una experiencia); la adquisición no deliberada (las habilidades se obtienen y se internalizan de manera natural y no requieren una memorización o un esfuerzo específico); la generalidad de los conocimientos que componen las competencias profesionales, frente al carácter más individualizado de los secretos; o el bagaje profe-

²⁸ SSTs, sala 1.ª, 169/2006, de 24 de noviembre, 270/2007, de 14 de marzo.

²⁹ Así, por ejemplo, la SAP Asturias (sección 1.ª) 637/2021, de 21 de junio concluye que los procedimientos para la revisión y mantenimiento de turbinas eléctricas constituyen un secreto empresarial puesto que se trata de procedimientos muy complejos y específicos, de manera que un trabajador con experiencia acumulada no podría repetir esos procedimientos, ni afrontar la revisión de una turbina sin tenerlos a la vista. En el mismo sentido, la STS sala 1.ª, 1442/2023, de 20 de octubre estima, en contra de la sentencia de apelación, que la aplicación de un sistema de guías por bolas a los mecanismos de elevación de monitores –que facilita el desplazamiento y abarata los costes de fabricación– es un secreto empresarial porque, aunque el sistema de guías por bolas pueda ser algo conocido para expertos en la materia, la información concreta sobre su aplicación y configuración a los monitores era un conocimiento reservado e ideado en el departamento de investigación y desarrollo de la empresa.

³⁰ Siguiendo en este punto la exposición de ANTÓN Y ABAJO, Antonio «Criterios de delimitación del objeto del delito de revelación de secretos empresariales: *skill and knowledge* y secreto empresarial», *Diario La Ley*, 10233, febrero 2023, p. 10.

sional previo que atesora el trabajador. Son, en suma, rasgos y capacidades íntimamente unidas al trabajador, de las cuales no puede separarse.

Con todo, y habida cuenta de la incertidumbre que rodea a este terreno, la previsión de la LSE trata de impedir que el empresario, en el ejercicio de su poder de dirección, imponga al trabajador restricciones desmesuradas, que no tengan amparo legal. La salvaguarda del secreto empresarial no habilita, como se ha señalado³¹, para una gestión más flexible del contrato de trabajo, que permita la movilidad funcional del trabajador o la modificación de sus condiciones de trabajo fuera de los límites previstos por los artículos 39 y 41 ET respectivamente. Como tampoco justifica, por sí mismo, cláusulas contractuales sobre pactos de permanencia o de exclusividad. Otra cuestión es que puedan alcanzarse acuerdos con el trabajador sobre estos extremos, consentidos voluntariamente³² y con la contraprestación debida. En este sentido, tanto la Directiva como la LSE abren la posibilidad de que empresa y trabajador puedan suscribir pactos de no competencia, compensados y dentro del marco legal previsto para los mismos, en nuestro caso en el artículo 21 ET. La obligación de guardar secreto del trabajador deriva, como ya se ha explicado, del deber general de buena fe exigible en la prestación laboral y se mantiene incluso una vez extinguido el contrato de trabajo, sin perjuicio de los eventuales acuerdos de confidencialidad que puedan precisar y reforzar el alcance de esta obligación. El pacto de no competencia postcontractual va dirigido, en cambio, a restringir la utilización de las habilidades y destrezas del trabajador tras la finalización de la relación de trabajo, si bien deberá compensarse adecuadamente y tiene una limitación temporal máxima de dos años³³. Puede ser, no obstante, un instrumento de utilidad, que complementa los deberes de secreto y confidencialidad, y otorga a la empresa mayores garantías a la hora de mantener bajo reserva cualquier dato o información en áreas estratégicas o particularmente sensibles³⁴.

³¹ LÓPEZ AHUMADA, Jose Eduardo, «La exclusión del deber de sigilo...», cit., p. 45.

³² Puntualmente, la jurisprudencia laboral ha determinado la improcedencia del despido de un trabajador que se niega a firmar un acuerdo de confidencialidad, si bien, como advierte el Tribunal, se trata de un supuesto que habría merecido una valoración diferente en fase de recurso de haber existido la posibilidad de pronunciamiento al respecto, STSJ Cataluña 7131/2014 de 27 de octubre. Por el contrario, la STSJ Madrid 221/2017, de 3 de marzo estima la procedencia del despido de un trabajador que se niega de manera reiterada a firmar la novación de su contrato de trabajo, que incluía un acuerdo de confidencialidad que había sido aceptado por el resto de la plantilla.

³³ Sobre el diferente alcance de acuerdos de confidencialidad y pactos de no competencia, *vid.* SALA FRANCO, Tomás, TODOLÍ SIGNES, Adrián, «El deber de los trabajadores de no violar los secretos de empresa y los acuerdos de confidencialidad», Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 16.

³⁴ Así lo ha entendido la jurisprudencia, que ve el pacto de no competencia como una vía para «proteger los legítimos intereses de la empleadora en orden a que otras entidades puedan beneficiarse de

Recapitulando, la LSE recoge una definición de secreto de empresa con vocación de proyección en todo el ordenamiento jurídico. Así parece desprenderse de las precisiones que la propia norma realiza en relación con el ámbito laboral y así también lo ha entendido la doctrina y jurisprudencia penal, que consideran a los artículos 278 a 280 CP normas penales en blanco, que habrán de ser complementadas e integradas con la LSE³⁵. Es, por lo demás, la conclusión conceptualmente más coherente y, dado el carácter abierto y continuista de los requisitos que conforman la noción legal, no genera particulares distorsiones en su aplicación a los distintos sectores y ámbitos implicados.

III. DELITOS RELATIVOS A LA OBTENCIÓN Y DIVULGACIÓN DE SECRETOS EMPRESARIALES

Dentro del capítulo XI del Título XIII del Código Penal dedicado a los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, la sección 3.^a –de los delitos relativos al mercado y a los consumidores– desgrana en los artículos 278 a 280 las infracciones relacionadas con la violación de secretos empresariales. El artículo 278 CP sanciona en su primer apartado las conductas de apoderamiento ilícito (tipo básico), y en el segundo la revelación, cesión o difusión de los secretos descubiertos por esa vía (tipo agravado). El artículo 279 CP castiga la revelación o difusión de un secreto que se ha conocido lícitamente, pero con respecto al cual existe obligación legal o contractual de reserva. Y el artículo 280 CP sanciona la revelación de un secreto conociendo su origen ilícito, aunque no se haya tomado parte en su descubrimiento.

Todos ellos tienen algunas características comunes: es necesaria la denuncia previa de la persona agraviada como requisito de procedibilidad (art. 287 CP)³⁶, la sentencia ha de ser publicada en los periódicos oficiales (art. 288 CP) y cabe

sus secretos profesionales o usurparles la clientela o aprovecharse de la información especializada que el trabajador ha obtenido» (STSJ Cataluña 3312/2000 de 11 de abril, STSJ Navarra 141/2001 de 30 de abril, STSJ Aragón 399/2012 de 4 de julio). Debe advertirse, sin embargo, que el hecho de que el trabajador vulnere un pacto de este tipo, iniciando una actividad profesional con la competencia, no supone per se una violación automática del secreto empresarial, que habrá de acreditarse de forma independiente (SAP Las Palmas, sección 1.^a, 253/2020, de 16 de noviembre).

³⁵ ZÁRATE CONDE, Antonio, MAÑAS DE ORDUÑA, Álvaro «Los delitos relativos al secreto de empresa...», p. 9.

³⁶ Se exceptúa la necesidad de denuncia previa cuando el delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas (art. 287.2 CP).

la posibilidad de que una persona jurídica sea criminalmente responsable de estos delitos *ex art.* 31 bis CP³⁷.

Se constata, por lo demás, como regla general, la escasa aplicación práctica de estos delitos, que se pone de manifiesto en la reducida jurisprudencia recaída sobre ellos y una atención discreta por parte de la doctrina. Se ha atribuido este desinterés a las reticencias de la empresa a publicitar en un proceso circunstancias que pueden afectar negativamente a su imagen y a su posición en el mercado³⁸. La ausencia de un marco regulatorio que proporcione certidumbre ha pesado también, probablemente, así como el hecho de contar con otras vías alternativas para la persecución de estas conductas. Como se ha señalado, se trata de delitos que sólo son perseguibles a instancia de parte, lo que sugiere una cierta «privatización», en el sentido de que el *ius puniendi* del Estado se ejerce con una menor intensidad que en otros delitos, y se reserva para aquellas infracciones de mayor gravedad y relevancia. La aparición de la LSE, más precisa y clarificadora en algunos aspectos, y un incremento de las situaciones de riesgo que viven las empresas anticipan, sin embargo, un cambio de tendencia en los próximos años.

1. El delito de espionaje empresarial (art. 278 CP)

El artículo 278 CP dispone:

«1. El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

³⁷ El artículo 288 CP establece que en estos casos se impondrá la pena de: a) multa de dos a cinco años, del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad; b) multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos. A este respecto, es preciso que las empresas tengan en cuenta esta circunstancia y prevean medidas específicas para la protección de secretos en sus planes de *compliance*, de forma que, ante una eventual imputación por estos delitos, puedan acogerse a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 31 bis CP, *vid.*, ZÁRATE CONDE, ANTONIO, MAÑAS DE ORDUÑA, ÁLVARO, «Los delitos relativos al secreto de empresa...», p. 6.

³⁸ SALA FRANCO, TOMÁS, TODOLÍ SIGNES, ADRIÁN, «El deber de los trabajadores de no violar los secretos de empresa y los acuerdos de confidencialidad», Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p.

■ LOS DELITOS LABORALES

2. Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos.

3. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos.»

Esta figura delictiva hace referencia a lo que tradicionalmente se conoce como espionaje industrial, aquel conjunto de actuaciones subrepticias dirigidas a la obtención y, eventualmente, la revelación, de un secreto empresarial. No obstante, dada la noción amplia de secreto que maneja la jurisprudencia, y que se ha recogido en la LSE, parece preferible hablar de espionaje empresarial frente a la acepción más restringida a la que remite el espionaje industrial.

Dentro del precepto puede distinguirse, como ya se ha señalado, un tipo básico, que castiga la obtención ilícita de secretos empresariales; y un tipo agravado, cuando se produce la revelación o difusión de esos secretos.

A) TIPO BÁSICO: APODERAMIENTO DE SECRETOS

El primer apartado del artículo 278 CP sanciona la obtención no consentida de secreto empresarial con ánimo de descubrirlo³⁹. El tipo se configura, pues, a partir de un elemento material –el apoderamiento ilícito– y uno subjetivo –la finalidad de conocerlo–.

a) *Obtención lícita vs. ilícita del secreto empresarial.*

El legislador emplea fórmulas abiertas para la descripción de la conducta delictiva, que comprende el apoderamiento por cualquier medio –incluyendo los instrumentos señalados en el artículo 197.1 CP⁴⁰– de cualquier dato, documento –escrito o electrónico– soportes informáticos o cualquier otro objeto

³⁹ ESTRADA I CUADRAS, ALBERT, «Violaciones del secreto empresarial. Un estudio...», cit., p. 106.

⁴⁰ El artículo 197.1 CP establece que «el que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses».

referido al secreto⁴¹. La doctrina penalista⁴² coincide en que, dada la naturaleza inmaterial del objeto del delito, el secreto de empresa, el término apoderamiento admite un cierto grado de «espiritualización», sin que ello suponga una quiebra del principio de legalidad. No es exigible, pues, en cualquier caso, como ocurre en los delitos contra el patrimonio, una aprehensión o traslación física de un objeto material que contenga el secreto, sino que se entenderían comprendidas igualmente todas aquellas conductas en las que se produce una mera captación intelectual, por ejemplo, cuando se copian datos, dejando intactos los originales⁴³, o se memoriza una determinada información, como las claves que dan acceso al archivo informático con la documentación restringida⁴⁴.

La formulación en estos términos amplios, y con independencia del elemento finalístico al que luego nos referiremos, da cabida en este tipo penal a conductas a priori muy diversas, desde un robo con fuerza hasta la memorización del trabajador de un dato en una pantalla abierta de ordenador o la no devolución de documentos tras la finalización de la relación laboral. Se ha defendido⁴⁵ que esta flexibilidad asegura una mejor protección del bien jurídico-penal, en este caso el patrimonio empresarial y su posición competitiva en el mercado, dado que permite dar respuesta a cualquier práctica de espionaje, por novedosa o ingeniosa que pueda resultar. Sin embargo, ello plantea correlativamente problemas de sobreinclusión, en la medida en que puedan verse afectados el principio de proporcionalidad y de última ratio del derecho penal, al ampliar en exceso las conductas incluidas en el tipo. La cuestión estriba, por tanto, en determinar cuándo la obtención de un secreto empresarial debe reputarse ilícita y, a partir de ahí, si ha de tener relevancia penal.

La LSE esboza, en este punto, algunos criterios que conviene repasar como punto de partida, diferenciando entre las vías lícitas e ilícitas de obtención de secretos empresariales.

⁴¹ Esta cláusula general trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad derivadas de la tecnología moderna (SAP, sección 7.ª Barcelona, 522/2022, de 19 de julio).

⁴² ROMEO CASABONA, Carlos María, «Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos», Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 84, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, «Delitos relativos al secreto de empresa», Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 47 ss.

⁴³ STS, sala 2.ª, 379/2018, de 23 de julio.

⁴⁴ No se considera punible, por constituir una tentativa inidónea absoluta, el intento de acceso al servidor de la empresa con claves no autorizadas. La posibilidad de acertar las claves es tan remota que estas maniobras no merecen otra consideración que la de «simples escaramuzas, desde luego reprobables, pero que ni siquiera llegan a la consideración de actos de ejecución de la conducta típica» (SAP Vizcaya 511/2012, de 4 de noviembre de 2011).

⁴⁵ ESTRADA I CUADRAS, Albert, «Violaciones del secreto empresarial. Un estudio...», cit., p. 46.

En primer término, el artículo 2.1 LSE considera que la obtención de información constitutiva de un secreto empresarial habrá de reputarse lícita cuando se realice por alguno de los medios siguientes⁴⁶:

— El descubrimiento o la creación independientes.

La intención de la Directiva, como indica en su considerando 16, es defender la innovación, pero no generar ningún derecho de exclusividad sobre los conocimientos técnicos o la información protegidos como secreto. Sigue siendo posible, pues, el descubrimiento independiente de esos mismos conocimientos. Es cuestión de prueba, por tanto, el dilucidar si ese proceso de creación ha sido totalmente autónomo, o es el resultado de un acceso no consentido a la información custodiada por la empresa.

En este sentido, y en el ámbito de la relación laboral, pueden suscitarse dificultades con respecto a lo que comúnmente conocemos como invenciones laborales. De acuerdo con lo dispuesto por la Ley de Patentes (LP)⁴⁷, las «invenciones de servicio», esto es, las creaciones obtenidas por el trabajador asalariado como resultado de una investigación que constituya, explícita o implícitamente, el objeto de su contrato de trabajo, pertenecen al empresario en virtud de la ajenidad característica de la prestación laboral. En tal caso, al trabajador le pertenece únicamente un derecho moral sobre la invención, y una eventual remuneración adicional en función de lo pactado en el contrato y la relevancia del descubrimiento. Pero no parece que pueda compeler a la empresa a la tramitación de una patente sobre la invención⁴⁸, ni, por supuesto, proceder a su divulgación o explotación de forma independiente. Situación distinta es la prevista en el artículo 17 LP, que se refiere a las «invenciones mixtas», aquellas en las que la creación del trabajador se produce «en relación con su actividad profesional con la empresa» y en su obtención influyen predominantemente los conocimientos adquiridos por el trabajador en su relación con la empresa o la utilización de los medios proporcionados por ésta. En este supuesto el empresario podría igualmente reservarse la titularidad de la invención, y su explotación y divulgación por el trabajador resultaría ilícito. Pero puede ser mucho más discutible la determinación de las circunstancias de obtención por parte del trabajador del conocimiento, y hasta qué punto existe una conexión con su actividad laboral con la empresa y los medios puestos a dis-

⁴⁶ En estos casos, la exención de responsabilidad penal operaría ex artículo 20.7 CP, que exime de la misma a aquel que «obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo».

⁴⁷ Ley 24/2015, de 24 de julio de Patentes (art. 15).

⁴⁸ GARCÍA SANZ, ARTURO «Las invenciones laborales en la Ley de Patentes», *La Ley Mercantil*, 29, 2016, p. 4.

posición por parte de ésta. Pese a ello, debe recordarse, como ya se ha adelantado, que no podrán establecerse restricciones en los contratos de trabajo que, en aras de salvaguardar el secreto empresarial, excedan los límites legales; no estando justificadas, en consecuencia, cláusulas contractuales que, por ejemplo, atribuyan la titularidad al empresario de cualquier creación que el trabajador obtenga durante la vigencia de su relación laboral, e imponga un deber de reserva con respecto a ellas, con abstracción de las circunstancias en las que éstas se hayan producido⁴⁹.

— La observación, estudio, desmontaje o ensayo de un producto u objeto que se haya puesto a disposición del público o esté lícitamente en posesión de quien realiza estas actuaciones, sin estar sujeto a ninguna obligación que válidamente le impida obtener de este modo la información constitutiva del secreto empresarial. Con anterioridad a la LSE, la doctrina ya se había manifestado en el sentido de considerar que la ingeniería inversa o retroingeniería, no constituye una práctica desleal⁵⁰. Cuestión distinta es que, en ese proceso de «copia» se utilicen conocimientos de los que se dispone por haber trabajado previamente para la empresa. Ya nos hemos referido a la dificultad de delimitar lo que constituyen habilidades y destrezas del trabajador (*skill and knowledge*) y los datos e información, así como los instrumentos de los que puede valerse la empresa para limitar estos riesgos.

— El ejercicio del derecho de los trabajadores y los representantes de los trabajadores a ser informados y consultados, de conformidad con el Derecho europeo o español y las prácticas vigentes. La LSE no busca la restricción de los derechos colectivos de información a los representantes de los trabajadores, de ahí que contemple expresamente esta vía como una fuente lícita de adquisición de secretos empresariales. El flujo de información relativa a la empresa de la que debe hacerse partícipes a los representantes de los trabajadores es actualmente, según las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, muy amplio⁵¹. Y ha de contarse con que, en determinadas circunstancias, esa información ha de transmitirse igualmente a trabajadores que,

⁴⁹ GARRIDO PÉREZ, Eva, «Secretos empresariales versus derechos de información...», cit., p. 155.

⁵⁰ MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio, «La protección de secretos empresariales», en CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén, PALOMAR Olmeda, Alberto, SANJUAN Y MUÑOZ, Enrique, MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio, «La protección de secretos empresariales», Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 41.

⁵¹ Como es sabido, el artículo 64 ET impone al empresario obligaciones de información y consulta en multitud de cuestiones, algunas de naturaleza claramente sensible, como la situación económica de la empresa y su evolución, los balances y cuenta de resultados, reestructuración y cese de plantillas, procesos de fusión y absorción o sobre los parámetros y reglas en los que se basan los algoritmos y sistemas de inteligencia artificial que se utilizan para la toma de decisiones que afectan a los trabajadores y a sus condiciones laborales.

sin ostentar formalmente la condición representativa, asumen de manera puntual esas tareas, como ocurre con las comisiones *ad hoc* que se constituyen en el marco de una modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET o de una negociación de despido colectivo del artículo 51 ET. El carácter secreto de una información no puede justificar, pues, como regla general, la retracción de la empresa a la hora de compartirla con los representantes de los trabajadores. Pero ello no implica que éstos puedan hacer uso de la misma, difundiéndola libremente, ya que habrán de sujetarse a las limitaciones que, como se verá más adelante, impone el deber de sigilo previsto legalmente. Con todo, excepcionalmente, la empresa puede hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 65.4 ET, que le dispensa de la comunicación a los representantes de «aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica». Como se ha señalado⁵², los términos legales, aun imprecisos, parecen exigir que se trate de conocimientos que puedan ser conceptuados como secreto según los parámetros que a tal efecto recoge la LSE. Pero no basta con ello para que pueda legitimarse esta dispensa informativa, sino que habrá de acreditarse que, atendiendo al momento, al tipo de información o a cualquier otra circunstancia, existe un riesgo objetivo y serio para la empresa en la transmisión de esos datos, por el peligro que puede suponer su divulgación para la estabilidad y funcionamiento de la empresa.

Junto con la transmisión de información secreta por parte de la empresa a los representantes, que supone el cauce habitual para que éstos puedan llegar a obtener esos conocimientos, la LSE se refiere también a la posibilidad de que sean los propios trabajadores los que comuniquen esos datos secretos a los representantes, siempre que esa revelación sea necesaria para el ejercicio legítimo de las funciones que tienen legalmente atribuidas (art. 2.3.c). Una lectura superficial de esta previsión, parece habilitar a los trabajadores a revelar secretos de la empresa en aras de preservar un genérico ejercicio de los derechos colectivos de defensa y representación de la plantilla y sin que, en consecuencia, resultara precisa la concurrencia de algún elemento adicional a los que en otros momentos sí se refiere la ley, como la finalidad de descubrir una falta, irregularidad o actividad ilegal, o la necesidad de tutelar un interés legítimo. No parece, sin embargo, que la intención del legislador sea tanto avalar la difusión indiscriminada de secretos empresariales, como pro-

⁵² GARRIDO PÉREZ, Eva «Secretos empresariales versus derechos de información...», cit., p. 159.

teger aquellas situaciones excepcionales en las que el conocimiento de un dato pueda resultar esencial para el desempeño adecuado de la actividad representativa y la defensa de los intereses de los trabajadores. Pero ha de probarse esa relevancia, así como los potenciales perjuicios que se derivarían de la no comunicación, lo que permitirá ponderar y alcanzar un equilibrio razonable de los intereses en juego.

— Cualquier otra actuación que resulte conforme con las prácticas comerciales leales, incluidas la transferencia o cesión y la licencia contractual del secreto empresarial. La LSE establece expresamente la transmisibilidad del secreto empresarial y la posible cotitularidad del mismo. En el caso de los trabajadores inventores a los que ya se ha hecho referencia, éstos podrán, pues, obtener lícitamente la titularidad del conocimiento que hayan podido alcanzar durante su prestación laboral, si así lo acuerdan con la empresa.

A lo anterior hay que añadir una serie de circunstancias en las que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2.3 LSE, no cabe activar el régimen de protección legal para los secretos empresariales. Algunas de ellas son bastante imprecisas y parecen enfocadas más claramente al ámbito de la revelación y divulgación de esa información confidencial, que a lo relativo a la obtención de la misma. Se señalan, así, aquellos supuestos en los que debe protegerse un interés legítimo y, en particular, se dispone que la normativa sobre secretos no podrá utilizarse por las empresas para obstaculizar la comunicación de la información, a la que legalmente estén obligadas, a las autoridades administrativas o judiciales; como tampoco podrán impedir la divulgación de esa información por parte de las autoridades cuando resulte pertinente⁵³. Igualmente se prioriza el ejercicio del derecho de libertad de expresión e información, para garantizar el pluralismo y libertad de los medios de comunicación, especialmente en lo relativo al periodismo de investigación y la protección de las fuentes periodísticas. Más interés puede tener, a los efectos que ahora estudiamos, la exención del régimen de tutela cuando, en defensa del interés general, la actuación tiene por finalidad descubrir alguna falta, irregularidad o actividad ilegal que guarde relación directa con el secreto empresarial. No se trata sólo de que la empresa no puede amparar bajo la condición de secreto aquella información que constituye en sí misma una infracción (un balance contable alterado), sino que tampoco puede perseguirse la obtención y divulgación de información reservada que esté direc-

⁵³ Ello sin perjuicio de las obligaciones de confidencialidad que, como señala el considerando 18 de la Directiva, tienen las autoridades públicas en relación con la información transmitida por el titular de un secreto empresarial.

tamente conectada con la irregularidad (por ejemplo, un listado de clientes y transacciones, que permite acreditar un trato de favor)⁵⁴. Tras la aparición de la Ley de protección de informantes⁵⁵ se garantiza la inmunidad de los empleados frente a las represalias que puedan sufrir como consecuencia de la denuncia de infracciones penales o administrativas, completando, así, la previsión de la LSE.

En segundo lugar, y desde una perspectiva negativa, el artículo 3 LSE establece que la obtención de secretos empresariales sin consentimiento del titular será ilícita cuando se lleve a cabo mediante:

— El acceso, apropiación o copia no autorizadas de documentos, objetos, materiales, sustancias, ficheros electrónicos que contengan el secreto empresarial o a partir de los cuales se pueda deducir. La ley emplea términos abiertos que abarcan la obtención del secreto sea cual sea el tipo de soporte en el que pueda estar recogido, y corrobora la línea mantenida por la doctrina penalista, al incluir no sólo la adquisición física de la información, sino igualmente cualquier otro tipo de acceso no consentido.

— Cualquier otra actuación que, en las circunstancias del caso, se considere contraria a las prácticas comerciales leales. Con esta cláusula de cierre, el legislador asegura la aplicación del régimen protector a otros supuestos que pudieran no haberse previsto expresamente, pero en los que resulte igualmente atendible la salvaguarda del interés empresarial.

El análisis de la LSE aporta luz sobre algún extremo concreto –como la licitud de la obtención del secreto a través de la ingeniería inversa– pero la impresión general es que se recurre conscientemente a expresiones abiertas, muchas veces ambiguas, que no resultan de particular utilidad a la hora de resolver las dudas interpretativas que plantea el artículo 278 CP. Un repaso por la –por otra parte, no muy numerosa– jurisprudencia penal recaída tras la aparición de la LSE confirma esta conclusión. Los tribunales se hacen eco de

⁵⁴ De acuerdo con esta interpretación, no podría ser considerada ilícita la apropiación por un trabajador de una información secreta, siempre que ésta estuviera directamente relacionada con una infracción penal o administrativa, y la finalidad de dicha apropiación fuera precisamente poner al descubierto esa irregularidad. Se discute, sin embargo, si deben tenerse o no en cuenta otros posibles elementos concurrentes, como el hecho de que la actuación se realice bajo recompensa, o con la finalidad principal de perjudicar el buen nombre y honorabilidad de la empresa como apunta la STS de 14 de septiembre de 2000, *vid.*, MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio, «La protección de secretos...», cit. p. 43.

⁵⁵ Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, que transpone la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019. La regulación de garantías para los denunciantes o «whistleblowers» es, por lo demás, algo común en otros ordenamientos jurídicos y así el informe del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de la LSE (401/18, de 17 de mayo de 2018) cita, por ejemplo, la *Defend Trade Secrets Act* aprobada en EE.UU. en 2016 para la protección de este colectivo.

la novedad legislativa, pero mantienen sustancialmente los criterios aplicativos vigentes con anterioridad. Las resoluciones giran, en algunas ocasiones, en torno a una cuestión previa, como es la dificultad de probar la concurrencia de todos los elementos que integran la noción de secreto. Salvado este escollo, y atendiendo al principio de proporcionalidad, las conductas, para ser penalmente relevantes, han de revestir gravedad suficiente y afectar de forma intensa al bien jurídico protegido⁵⁶. Ello requiere una valoración casuística de las circunstancias concurrentes, pero pueden servir, como pautas orientadoras, los medios empleados para apoderarse de la información y las barreras que han de superarse para alcanzarla⁵⁷ (si se emplea, por ejemplo, violencia o intimidación o es necesario burlar los sistemas de seguridad informáticos)⁵⁸, el valor económico de esa información y el daño que sufre la empresa con la pérdida de la misma (dependiendo, entre otros factores, del tamaño de la compañía o el sector de actividad en el que opera), o el beneficio que pudo obtener el autor⁵⁹.

b) *La finalidad de descubrir el secreto.*

El espionaje empresarial es un delito que puede ser realizado por cualquier persona, física o jurídica. Si bien cabría pensar que los protagonistas del mismo serán habitualmente personas ajenas a la empresa, quedando reservadas a los trabajadores las acciones del artículo 279 CP, lo cierto es que la mayor parte de los supuestos del artículo 278 CP que llegan a los tribunales se refieren a empleados o exempleados, que llevan a cabo acciones de obtención ilícita de información, fuera de su esfera ordinaria de disposición.

⁵⁶ Como señala el auto de la AP de Valladolid, sección 2.ª, 561/2021, de 5 noviembre «debe recordarse el principio orientador de intervención mínima del derecho penal según el cual, al tratarse de un derecho fragmentario, no protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose además, esta tutela a las conductas que atacan de manera más intensa aquellos bienes; y al ser un derecho subsidiario ha de operar, como última ratio, únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal».

⁵⁷ O la ausencia de las mismas, como ocurre en la SAP Valencia sección 2.ª, 455/2022, 16 septiembre que entiende que no procede la aplicación del artículo 278 CP porque la empresa no ha puesto barrera para proteger el código fuente, que estaba a disposición de todos los programadores.

⁵⁸ En este sentido, ESTRADA I CUADRAS, Albert, «Violaciones del secreto empresarial. Un estudio...» cit., p. 108, propone que el umbral de relevancia penal en estos delitos se establezca, teniendo en cuenta las penas previstas, en función de otros delitos patrimoniales equiparables: los cometidos con fuerza en las cosas, con engaño bastantado, o con violencia e intimidación.

⁵⁹ ZÁRATE Conde, Antonio, MAÑAS DE ORDUÑA, Álvaro, «Los delitos relativos al secreto de empresa...», p. 16.

Es, además, un delito doloso, que exige conciencia y voluntad, por parte de quien lo realiza, de estar apoderándose de información reservada sin consentimiento de su titular. No se contempla, pues, el castigo de la imprudencia, por descubrimientos debidos a error o negligencia, como tampoco la concurrencia de dolo eventual⁶⁰. Se trata, no obstante, de un delito de consumación anticipada, por cuanto «basta con la acción de apoderamiento dirigida a alcanzar el descubrimiento del secreto. Conseguir el conocimiento del mismo pertenece a la fase posterior de agotamiento de la infracción. Incluso se comete, aunque no pueda después alcanzarse ese descubrimiento del secreto porque, por ejemplo, el autor del delito no puede llegar a descubrir las claves utilizadas por la empresa en defensa de tal secreto»⁶¹. Tampoco es necesaria la revelación o difusión de la información, que pertenece al tipo agravado previsto por el artículo 278.2 CP. Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que estamos ante un delito tendencial, que exige la concurrencia y prueba de un dolo específico. Así, además de obtener la información, para que pueda apreciarse la comisión del hecho delictivo es exigible que esa acción típica tenga por finalidad el «descubrimiento» del secreto. Desde una interpretación gramatical del término «descubrir», debería entenderse que el sujeto comete el delito cuando se apropia del secreto con el objetivo de conocerlo. Sin embargo, esta posibilidad se antoja en exceso restrictiva, en la medida en que podría llevar a incluir determinadas situaciones –por ejemplo, un trabajador que llevado por la curiosidad o el ánimo de desafiar a sus superiores accede a hurtadillas a información reservada mientras que dejaría fuera otras a priori más reprochables– quien se apodera del secreto para venderlo sin llegar a tener conocimiento del mismo. La doctrina defiende, por tanto, una acepción más amplia, que abarque cualquier conducta en la que se obtiene el secreto con ánimo de disponer de él, hurtando de esta facultad a la empresa, que había gozado de ella en exclusiva; y tanto si la intención última es revelarlo, como utilizarlo, o incluso destruirlo⁶². La jurisprudencia mayoritaria transita igualmente por esta vía, considerando suficiente que el sujeto tenga, al emprender la acción, un propósito consciente de descubrir el secreto, sin que sea preciso

⁶⁰ FERNÁNDEZ DÍAZ, Carmen Rocío, La finalidad de descubrir un secreto de empresa en el delito de espionaje empresarial, *Revista General de Derecho Penal*, 26, 2016, p. 8.

⁶¹ STS sala 2.ª 864/08, de 16 de diciembre, SAP Madrid de 17 de marzo de 2020, SAP Madrid, de 8 de marzo 2022 sección 30.ª 123/2022. Se ha planteado, en ocasiones, la posibilidad de sancionar en grado de tentativa los intentos fallidos de apoderamiento, si bien la escasa relevancia de estas conductas ha llevado a la jurisprudencia a dar una respuesta negativa (SAP Zaragoza de 11 de febrero de 2009).

⁶² FERNÁNDEZ DÍAZ, Carmen Rocío, «La finalidad de descubrir un secreto...», cit., p. 23.

indagar sobre otras eventuales motivaciones secundarias, como el ánimo de perjudicar al empresario⁶³.

B) TIPO AGRAVADO: REVELACIÓN DE SECRETOS

El artículo 278.2 CP castiga con penas más elevadas aquellas conductas en las que, a la obtención ilícita de la información se suma la difusión, cesión o revelación a terceros de la misma. El autor es necesariamente el mismo que en el delito previsto en el artículo 278.1 CP, ya que, si el sujeto se limita a difundir un secreto sin participar en su obtención, pero conociendo su origen ilícito, estaríamos en el ámbito del artículo 280 CP; y si tiene conocimiento del secreto por una vía lícita, por ejemplo, por su condición de trabajador de la empresa, pero lleva a cabo la revelación teniendo obligación de guardar reserva, nos situaríamos en el artículo 279 CP.

Se trata de un tipo penal mixto alternativo, en el que la acción típica puede realizarse a través de cualquiera de los términos que incluye el precepto –difundir, ceder, revelar– que, a estos efectos, han de entenderse como equivalentes, en cuanto suponen la comunicación del secreto por cualquier medio, y con independencia de la cantidad de destinatarios. En estos casos, como señala la jurisprudencia, estamos ante un hecho posterior copenado en el que, el desvalor que supone la apropiación ilícita del secreto –que exige la concurrencia de todos los elementos ya analizados– se integra en el nuevo tipo penal, a través del cual el autor intenta aprovechar la posición alcanzada con la realización del tipo inicial⁶⁴. El dolo abarca, así, tanto la obtención de la información como la intención de compartirla mediante la realización de alguna de las acciones típicas. Es, no obstante, un delito tendencial que se consuma con la entrega del secreto, incluso si la información no llega al eventual destinatario o no es utilizada por éste⁶⁵.

⁶³ SAP Burgos sección 1.ª, 281/2022, de 7 de septiembre, SAP Ciudad Real, de 2 de diciembre de 2015. En cambio, se considera atípica una acción que tiene por objeto un propósito claramente distinto (por ejemplo, un hacker que trata de demostrar su pericia violentando el sistema informático de la empresa, STS de 16 de febrero de 2001).

⁶⁴ STS sala 2.ª 655/2019, de 8 de enero de 2020 en relación con el artículo 197 CP, que utiliza expresiones semejantes a las del artículo 278 CP para sancionar la difusión de secretos obtenidos de forma ilícita relativos a la intimidad personal.

⁶⁵ La SAP sección 30, Madrid 123/2022 de 8 de marzo, así, estima la existencia del delito en el caso de un informático que crea la página web de una empresa y ello le permite acceder y apropiarse de información confidencial como facturas, balances y listados de clientes; información que ofrece a una empresa competidora a cambio de una compensación económica. A juicio del tribunal, la consumación se realiza

2. Los delitos de violación del secreto empresarial (arts. 279 y 280 CP)

Bajo este epígrafe se engloban dos supuestos distintos de violación del secreto empresarial: por un lado, el de quien ha tenido acceso legítimo a la información, pero se encuentra sujeto a un deber de reserva (art. 279 CP); por otro, quien, sin haber participado en el apoderamiento del secreto, lo difunde a sabiendas de su origen ilícito (art. 280 CP).

A) UTILIZACIÓN O REVELACIÓN DESLEAL DE SECRETO EMPRESARIAL (ART. 279 CP)

El artículo 279 CP sanciona:

«La difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Si el secreto se utilizara en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior.»

Varios aspectos han de reseñarse en relación con este precepto:

a) Es un tipo mixto alternativo, que castiga la disposición del secreto en sentido amplio: en el primer párrafo se sanciona la comunicación a tercero de la información (difusión, revelación, cesión), y en el segundo, de forma más benévola, la utilización en provecho propio (entendiendo que sin transmisión)⁶⁶. A este respecto, la LSE (art. 3.2) parte igualmente de esta distinción, refiriéndose a la «utilización o revelación» del secreto. El tratamiento privilegiado del segundo párrafo del artículo 279 CP radica en que, en tales supuestos, se estima que el sujeto se aprovecha indebidamente del secreto, pero no se produce una divulgación del mismo y, en consecuencia, se reduce la potencial lesividad para la empresa. A tenor de las resoluciones jurisprudenciales que aplican este precepto no es clara, sin embargo, esta pretendida minoración del perjuicio, por ejemplo, cuando, como ocurre en la mayor parte de los casos, el trabajador

con la entrega del pendrive a la otra empresa, sin que sea necesario que esta empresa descargue en sus sistemas la información, haga uso de ésta, o llegue a abrirlo en sus ordenadores.

⁶⁶ Gramaticalmente, sin embargo, se ha defendido por la doctrina penal una interpretación más amplia, referida a la obtención de una utilidad, rendimiento o provecho, que redunde en beneficio del individuo que usa el secreto y no de terceros, *vid.*, GÓMEZ LANZ, Javier, «La interpretación de la expresión en perjuicio de en el Código Penal», Dykinson, Madrid, 2006, p. 399.

utiliza la información reservada para su negocio particular o para rentabilizarla en un nuevo puesto en otra empresa de la competencia ⁶⁷.

b) A diferencia de lo ya visto en relación con el espionaje empresarial, estamos en este caso ante un delito especial propio, que sólo puede ser cometido por quien haya tenido previamente un conocimiento lícito del secreto, y esté obligado a respetarlo por un deber legal o contractual de reserva. La formulación actual del tipo, más amplia que en el pasado ⁶⁸, permite incluir como sujetos activos no sólo a aquellos empleados con una relación laboral de dependencia, sino igualmente a los administradores (vinculados a partir de lo dispuesto por la LSC) ⁶⁹, así como autónomos o trabajadores de otras empresas con las que se mantiene relación profesional (contratistas, proveedores, ETT) y con los que puedan haberse suscrito acuerdos de confidencialidad; y será aplicable también a otros sujetos externos a los que la empresa, por imperativo legal, debe permitir el acceso a determinada información reservada (por ejemplo, funcionarios, como un inspector de Trabajo o de la Agencia Tributaria) ⁷⁰.

c) Centrándonos en el ámbito de la relación laboral, la primera cuestión a determinar es el alcance que haya de darse a la obligación previa de reserva que impide la utilización del secreto. La LSE (art. 3.2) se refiere en términos amplios a quien «haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial, o quien haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial». La generalidad de la norma podría refrendar la posición mantenida hasta ese momento por doctrina y jurisprudencia ⁷¹, que ha venido entendiendo que los deberes básicos que el artículo 5 ET impone a los trabajadores de «cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia» y «no concurrir

⁶⁷ STS sala 2.ª, 864/2008, de 16 de diciembre, SAP Zaragoza, sección 6.ª, 133/2015, de 20 de marzo, SAP Madrid, sección 30.ª, 200/2023, de 3 de mayo.

⁶⁸ El artículo 499 del Código Penal de 1973 castigaba con penas de arresto mayor y multas de 100.000 a 1.000.000 de pesetas al «encargado, empleado u obrero» de una fábrica u otro establecimiento industrial que en perjuicio del dueño descubriera los secretos de su industria.

⁶⁹ El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital establece en su artículo 228.b), entre las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad de los administradores, la de «Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera».

⁷⁰ El *extraneus* puede responder como inductor, cooperador necesario o cómplice (STS 20 de diciembre de 2018).

⁷¹ En el ámbito penal, las SSTS sala 2.ª 285/2008, de 12 de mayo y 864/2008, de 16 de diciembre defienden que el deber penal de secreto surge sin necesidad de que exista un pacto o disposición normativa expresa al respecto. Pero en tribunales inferiores, la posición no es unánime, como tampoco en la doctrina penalista, *vid.*, ESTRADA I CUADRAS, Albert, «Violaciones del secreto empresarial. Un estudio...», cit., p. 140.

con la actividad de la empresa» pueden ser suficientes para sustentar esta obligación de confidencialidad. La asunción de este presupuesto no implica, sin embargo, que toda filtración o utilización de información reservada por parte del trabajador resulte de forma automática penalmente relevante, y ello con independencia de las consecuencias que haya de desplegar esa conducta en el ámbito laboral⁷². Huyendo de soluciones genéricas, en abstracto, se impone por el contrario una valoración específica de las circunstancias concurrentes, atendiendo a un principio de proporcionalidad y habida cuenta de la gravedad de las penas previstas en el tipo. Algunos de los elementos que pueden guiar esta ponderación serían los siguientes:

— La existencia de acuerdos específicos de confidencialidad y el alcance de los mismos. Aunque no se trate de un requisito inexcusable, la suscripción de pactos previos expresos sobre esta materia resulta indudablemente de gran utilidad para acotar los términos de la obligación que asume el trabajador. Como ya hemos señalado, no es frecuente que los convenios colectivos entren a regular con detalle estas cuestiones, que suelen abordarse en códigos internos de conducta –en el marco en muchas ocasiones de los programas de *compliance*–, o en el propio contrato individual de trabajo, para los puestos de mayor riesgo. Es de interés, así, precisar entre otros extremos, los datos e informaciones sobre los que recae la reserva (dentro del concepto de secreto empresarial al que ya nos hemos referido), el ámbito temporal de vigencia de la obligación (y, en particular, si debe entenderse extensible al período posterior a la terminación de la relación laboral) y las consecuencias que hayan de derivarse del incumplimiento. Para la empresa, estos pactos facilitan la exigencia de responsabilidades ante eventuales vulneraciones del deber de secreto y cumplen, igualmente, una función preventiva. Además, la posición proactiva en aras a salvaguardar esta información confidencial, manifiesta el interés y diligencia de la empresa en la adopción de medidas que permitan mantenerla en secreto, lo que constituye, como ya se señaló, una de las premisas para su protección. Y pueden ser utilizados para limitar la responsabilidad de la propia empresa cuando la violación del secreto afecta a los intereses de terceros (clientes o proveedores, por ejemplo).

⁷² En este sentido, la sentencia del JS Eivissa 194/2021 de 28 de abril considera que, para determinar la procedencia del despido, es suficiente con acreditar la pérdida de confianza que supone la apropiación indebida de información por el trabajador, al margen de la autoría de un delito de violación de secretos, que requerirá una justificación sobre la participación del trabajador en «hechos delictivos de notoria gravedad».

— La posición del trabajador con respecto a la información reservada. La mera existencia de un vínculo contractual de naturaleza laboral entre las partes no parece que justifique la sanción penal para cualquier filtración de datos o información. Debe tenerse en cuenta, por tanto, si dicha información ha sido confiada directamente al empleado por el titular del secreto, como parte de su desempeño profesional o en un entorno de particular confianza; o bien, en cambio, accede a la misma de forma accidental, o a través de terceros. No es equiparable, por ejemplo, la revelación que realiza un directivo con respecto a aquello que constituye el núcleo principal de su actividad en la empresa —y sobre lo que tiene expresa responsabilidad—, que la difusión que pueda hacer una secretaria sobre una información a la que ha tenido acceso fortuitamente en el curso de una conversación, o al corregir erratas de un texto. En el primer caso, ha de valorarse la posición de garante que asume el sujeto, que otorga mayor relevancia a eventuales incumplimientos, y puede llevar a apreciar incluso la comisión por omisión en los términos del artículo 11 CP. En el segundo, en cambio, deberán considerarse las circunstancias concurrentes y cabe un mayor margen para la apreciación de error, en la medida en que el trabajador, según su formación y otros factores, pueda no tener plena conciencia de la trascendencia de esos datos ni del impacto que para la empresa puede tener su comunicación. Y a estos efectos, se ha planteado igualmente la posible exención de responsabilidad cuando el trabajador obligado a guardar secreto, recibe una orden de su superior jerárquico de revelarlo⁷³.

— Momento temporal de comisión de la infracción. Como ya se ha explicado, en el ámbito laboral, el deber de guardar secreto se engarza en la obligación genérica de buena fe sobre la que se sustenta el contrato de trabajo y se entiende subsistente incluso una vez finalizado el mismo. La doctrina penalista se muestra, sin embargo, más restrictiva y, como regla general, limita temporalmente la aplicación del tipo del artículo 279 CP al período de vigencia de la relación laboral, salvo que exista previsión convencional o contractual expresa que extienda el deber de confidencialidad más allá del término de la misma. La jurisprudencia de la sala segunda del Tribunal Supremo parece admitir, no obstante, en ocasiones, la ampliación del deber de confidencialidad tras la extinción del contrato, siempre que el secreto esté en condiciones de aportar un valor económico⁷⁴. La exigibilidad de obligaciones más allá del vínculo contractual sin que exista un marco específico que lo ampare resulta a priori complejo, por más que resulte coherente con la natu-

⁷³ SALA FRANCO, Tomás, TODOLÍ SIGNES, Adrián, «El deber de los trabajadores de no violar...», cit., p. 6.

⁷⁴ STS sala 2.ª, 864/2008, de 16 de diciembre.

raleza y la dinámica sobre la que se desarrolla la relación de trabajo. Incluso, cuando media un pacto expreso, se manifiestan reticencias por las restricciones que ello puede implicar para la movilidad o la elección de trabajo del ex empleado (recuérdese las dificultades para delimitar las «*skill and knowledge*» adquiridas por el trabajador y el secreto profesional). De ahí que se contemplen propuestas que, en la línea de lo dispuesto por el artículo 21 ET para los pactos de no competencia, limitan la duración de los acuerdos de confidencialidad una vez extinguido el contrato, y establecen contraprestaciones específicas para el trabajador⁷⁵. Con independencia de la conveniencia de estos acuerdos, no pueden ofrecerse, en todo caso, soluciones cerradas y deberán valorarse las circunstancias del supuesto concreto. Parece claro que hay que tener en cuenta aspectos como el mayor o menor tiempo transcurrido desde el fin del contrato, o la naturaleza y relevancia de la información difundida, y a este respecto, todas las cautelas que haya podido adoptar la empresa refuerzan indudablemente su posición frente a ulteriores reclamaciones, pero no hay que descartar de entrada la posibilidad de actuar frente a comportamientos fragrantemente y de gravedad, aunque no exista el respaldo de un pacto específico.

— Perjuicio para la empresa. El delito del artículo 279 CP se concibe mayoritariamente como un delito de resultado, que exige que el secreto se transmita y sea disponible para los destinatarios, aunque éstos no lleguen a utilizarlo (por ejemplo, si se acredita que el trabajador envía un correo electrónico con la información confidencial, si bien el remitente no lo abre). No obstante, en orden a ponderar la gravedad de la conducta, el daño sufrido por la empresa es un elemento más a tomar en consideración, por cuanto pone de manifiesto el valor del secreto y el interés de la empresa en preservarlo.

d) Merece, en fin, una atención específica el deber de sigilo que legalmente se impone a los representantes de los trabajadores en relación con la información que reciben en el marco de sus labores representativas. Como ya se ha indicado, la LSE contempla el ejercicio de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores como una fuente lícita de adquisición de secretos empresariales. Sin embargo, el artículo 65.2 ET impone a los representantes un deber de sigilo con respecto a «aquella información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado». Nace, así, una obligación de reserva, de naturaleza legal, cuya transgresión puede dar lugar a

⁷⁵ ESTRADA I CUADRAS, Albert, «Violaciones del secreto empresarial. Un estudio...», cit., p. 215.

la aplicación del tipo del artículo 279 CP. El deber de sigilo no opera de manera automática sobre toda la información que los representantes reciben de la empresa, sino únicamente sobre aquella que, de forma expresa, haya sido calificada previamente como reservada. La noción de secreto que utiliza la LSE constituye sin duda una referencia para determinar el ámbito del deber de sigilo y es, como ya se ha dicho, lo suficientemente abierta como para dar cabida a informaciones de diferente naturaleza; debe tenerse en cuenta, en todo caso, que nos movemos en escenarios distintos y que, por tanto, el interés de la empresa en salvaguardar la información puede estar no sólo focalizado en aspectos económico-financieros, como igualmente en otros estratégicos o de oportunidad que hagan aconsejable, aunque sea coyunturalmente, la reserva (por ejemplo, un informe sobre absentismo).

Por otra parte, y a diferencia del deber de secreto, que prohíbe cualquier tipo de difusión o transmisión, el deber de sigilo impone más bien la necesidad de administrar con prudencia y cautela la información recibida⁷⁶. Se trata de cohonestar el ejercicio de la actividad representativa –en cuanto manifestación de los derechos fundamentales de libertad sindical y de expresión– con la legítima protección del titular del secreto. Las obligaciones de los representantes de información a los trabajadores y de defensa de los intereses colectivos hacen, en consecuencia, que las restricciones que se establecen legalmente para la divulgación de los secretos empresariales queden suavizadas –que no neutralizadas. La utilización de información reservada deberá, pues, ponderarse atendiendo a las circunstancias concurrentes, en particular el ámbito de difusión (interno o extramuros de la empresa)⁷⁷ y sobre todo la idoneidad de esa comunicación para satisfacer el interés de los trabajadores, excluyendo otras alternativas, y valorando el eventual perjuicio para la empresa; y, en este sentido, ha de recordarse que la LSE (art. 2.3) ampara la difusión de secretos, en aras del interés general, cuando tenga por finalidad el descubrimiento de alguna falta o irregularidad. La escasa litigiosidad sobre esta cuestión –tanto en el ámbito laboral como en el penal– ponen de manifiesto, de cualquier forma, el

⁷⁶ BLASCO JOVER, Carolina, «Alcance del deber de informar a los representantes de los trabajadores y cumplimiento del deber de sigilo», *Revista española de Derecho del Trabajo*, 224, 2019, p. 49.

⁷⁷ No es comparable poner en conocimiento de los trabajadores una información que les afecta directamente –por ejemplo, en el marco de la negociación de un ERE o de un plan de reestructuración– que enviarlo a los medios de comunicación. A este respecto, la STJUE de 22 de noviembre de 2005, asunto C-384/02 aborda, si bien bajo el prisma de la normativa sobre información privilegiada, la responsabilidad de un delegado sindical que comunica al presidente del sindicato el proyecto de fusión de la empresa; información que éste último aprovecha para comprar acciones de la compañía y obtener un importante beneficio económico.

uso racional de esta facultad dentro de la dinámica cotidiana de la función representativa⁷⁸.

B) DIVULGACIÓN DE SECRETO SIN PREVIO DESCUBRIMIENTO (ART. 280 CP)

El artículo 280 CP establece:

«El que, con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare alguna de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.»

Con esta figura, que se introduce en el Código Penal de 1995, se cierran las lagunas de punibilidad que se habían denunciado por la doctrina respecto de los delitos relativos a los secretos empresariales, al castigar a aquellos que, sin haber participado en la obtención de esos secretos, pero conociendo su procedencia ilícita, los difunden o utilizan en provecho propio.

Estamos ante un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona, interna o ajena a la empresa. Es un delito doloso que abarca las conductas típicas descritas en los artículos 278 y 279 CP: revelación, cesión y utilización del secreto en sentido amplio⁷⁹. En la medida en que el tipo se restringe a aquellos que no participan en el descubrimiento del secreto, se excluye la aplicación a estos efectos del primer apartado del artículo 278 CP; pero se ha discutido si debería formar parte de las conductas típicas el mero apoderamiento del secreto a través de un tercero que lo ha obtenido de forma ilícita⁸⁰.

Se exige, además, un elemento subjetivo adicional y es que el actor tenga conocimiento del origen ilícito del secreto. En este punto, la LSE considera ilícitas la obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial cuando «la persona que las realice, en el momento de hacerlo, sepa o, en las circunstancias del caso, debiera haber sabido que obtenía el secreto empresarial directa o indirectamente de quien lo utilizaba o revelaba de forma ilícita» (art. 3.3).

⁷⁸ GARRIDO PÉREZ, Eva, «Secretos empresariales versus derechos de información...», cit., p. 158.

⁷⁹ El Auto de la AP Barcelona 792//2023 de 10 julio apunta que podría enmarcarse en este delito la conducta de un sujeto que difunde por internet unas fotos de un modelo de automóvil, que previamente había obtenido de un perfil de Facebook, a sabiendas de que la empresa no había autorizado esas fotografías, que no eran oficiales y que aún no se había lanzado al público ese modelo.

⁸⁰ ESTRADA I CUADRAS, Albert, «Violaciones del secreto empresarial. Un estudio...», cit., p. 230, que pone el ejemplo de una empresa que compra un secreto de un competidor a un experto en espionaje industrial que lo ha obtenido ilícitamente, pudiéndose probar únicamente el apoderamiento.

Serían sancionables, de esta forma, no sólo aquellos supuestos en los que se acredite que el sujeto contaba con datos fehacientes sobre el origen ilícito de la información, sino igualmente cuando se ponga de manifiesto que existía una probabilidad razonable de que lo conociera e incluso, según las circunstancias, de que estaba en condiciones de tener ese conocimiento. Así ocurriría, por ejemplo, cuando una empresa contrata a un trabajador de una compañía competidora y consigue desarrollar en poco tiempo un modelo o una mejora que viene utilizando dicha competidora. La previsión de la LSE puede encajar con la teoría de la ignorancia deliberada que, desde hace un tiempo, maneja la jurisprudencia penal, en virtud de la cual se atribuyen responsabilidades a todos aquellos que se ponen en situación de «no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se benefician de esa situación»⁸¹. Pero, con todo, es discutible que esta concepción extensiva resulte extrapolable al tipo del artículo 280 CP, considerando que, como ya se ha señalado los ilícitos penales quedan reservados para las conductas de mayor gravedad y es razonable que los presupuestos para su aplicación resulten más restrictivos que los contemplados para ilícitos mercantiles o administrativos.

Por otra parte, parece que cabría incluir en el tipo tanto la conducta de quien accede al secreto directamente de quien lo ha obtenido de forma ilícita, como quien lo hace indirectamente (a través de uno o más intermediarios). Por lo demás, la escasa litigiosidad de este delito sugiere que su proyección práctica es, a día de hoy, bastante limitada.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN Y ABAJO, Antonio, «Criterios de delimitación del objeto del delito de revelación de secretos empresariales: skill and knowledge y secreto empresarial», *Diario La Ley*, 10233, febrero 2023.
- BLASCO JOVER, Carolina, «Alcance del deber de informar a los representantes de los trabajadores y cumplimiento del deber de sigilo», *Revista española de Derecho del Trabajo*, 224, 2019.
- CANDELARIO MACÍAS, M.^a Isabel, «Cruces y límites entre la información sobre sostenibilidad de las empresas y el secreto empresarial», *Revista práctica de derecho*, CEF, núm. 281, junio 2024.
- ESTRADA I CUADRAS, Albert, «Violaciones del secreto empresarial. Un estudio de los ilícitos mercantiles y penales», Atelier, Barcelona, 2016.

⁸¹ SSTS sala 2.^a, de 16 de marzo de 2012, RJ 201/5012, 623/2013 de 12 julio.

- FERNÁNDEZ DÍAZ, Carmen Rocío, «La finalidad de descubrir un secreto de empresa en el delito de espionaje empresarial», *Revista General de Derecho Penal*, 26, 2016.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, «La patentabilidad de la inteligencia artificial. La compatibilidad con otros sistemas de protección», *La Ley Mercantil*, 59, 2019.
- GARCÍA SANZ, Arturo, «Las invenciones laborales en la Ley de Patentes», *La Ley Mercantil*, 29, 2016.
- GARRIDO PÉREZ, Eva, «Secretos empresariales versus derechos de información de trabajadores y representantes», en BARCELÓN COBEDO, Susana (coord.) CARRERO DOMÍNGUEZ, Carmen (coord.) DE SOTO RIOJA, Sebastián (coord.) *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al profesor Santiago González Ortega*, Junta de Andalucía, Consejo andaluz de Relaciones Laborales, 2022.
- GÓMEZ LANZ, Javier, «La interpretación de la expresión *en perjuicio de* en el Código Penal», Dykinson, Madrid, 2006.
- LÓPEZ AHUMADA, Jose Eduardo, «La exclusión del deber de sigilo de los representantes de los trabajadores de la noción de secretos empresariales: a propósito de la Ley 1/2019 de secretos empresariales», *Temas Laborales*, 148, 2019.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delitos relativos al secreto de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio, «La protección de secretos empresariales», en CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén, PALOMAR OLMEDA, Alberto, SANJUAN Y MUÑOZ, Enrique y MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio, «La protección de secretos empresariales», Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MURUAGA HERRERO, Pablo, «El fomento de la innovación a través de los secretos empresariales», *Revista de Derecho UNED*, núm. 32, 2023.
- RIVAS-VÁSQUEZ, Alejandro, «El secreto empresarial: perspectivas informático-forenses» <https://www.tendencias.kpmg.es/2022/01/secreto-empresarial-perspectivas-informatico-forenses/>
- ROMEO CASABONA, Carlos María, «Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos», Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SALA FRANCO, TOMÁS-TODOLÍ SIGNES, Adrián, «El deber de los trabajadores de no violar los secretos de empresa y los acuerdos de confidencialidad», Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- ZÁRATE CONDE, Antonio y MAÑAS DE ORDUÑA, Álvaro, «Los delitos relativos al secreto de empresa a la luz de la ley de secretos empresariales», *La Ley Penal*, 145, 2020.

INTRUSISMO PROFESIONAL (CP ART. 403)

EVA M. MAS GARCÍA

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UNIR

SUMARIO: I. Antecedentes históricos y normativos del delito de intrusismo profesional. II. Intrusismo profesional desde un punto de vista penal. 1. Concepto y bien jurídico protegido. 2. Sujetos y características. 3. Tipo básico, atenuado y agravado. III. Intrusismo profesional desde un punto de vista laboral: movilidad funcional. IV. Intrusismo profesional en la abogacía. 1. Regulación legal de la profesión de abogado. 2. A través de personas físicas. 3. A través de la Inteligencia Artificial por medio de Chatbots. 4. Protección ante el intrusismo en la abogacía: Medidas de protección. V. Bibliografía.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS DEL DELITO DE INTRUSISMO PROFESIONAL

El delito de intrusismo tiene su origen en el Derecho de Partidas (Partida VII, Título VIII, que se mantuvo en la Novísima Recopilación) donde se trataba de reprimir actuaciones propias de profesionales médicos de la época por personas que no ostentaban tal condición para posteriormente introducir el delito en los diferentes Códigos penales, diferenciándolo como delito o falta, dependiendo del caso¹.

¹ CORTÉS GARCÍA, Javier: «El delito de intrusismo profesional. Especial referencia al ámbito de la abogacía», en ROMERO CORONADO, Juan (dir.): *Propuestas de mejora de promoción al empleo para egre-*

El primer código penal español, el código penal de 1822 castigaba a los que ejercían las actividades sanitarias sin autorización actuando como verdaderos profesionales sanitarios, incluyendo dicho delito en los delitos contra la fe pública. De acuerdo con el contenido del artículo 363 CP (1822): «Cualquiera que sin legal aprobación, conforme á los reglamentos respectivos, ejerciere la medicina, cirujía, farmacia, arte obstetricia ó la flebotomía, pagará una multa de veinte y cinco á doscientos duros, y sufrirá una reclusión de uno á seis meses, si por su impericia no se hubieren seguido males de consideracion á los pacientes á quienes asistió ó suministró remedios. Pero si se hubieren verificado estos males, acreditados en debida forma, la reclusión será de uno á seis años, además del pago de la multa, y sin perjuicio de la mayor pena que le correspondiere, si hubiere usado de título falso, con arreglo al título quinto de esta primera parte»².

Es en el código penal de 1848 cuando se incluye el intrusismo en el artículo 251, del capítulo VII «De la usurpación de funciones, calidad y nombres supuestos, del título IV referido a las falsedades, en el que ya no se hacía referencia a la profesión médica, como en el código penal anterior, sino a la autoridad, empleados públicos y profesores, manteniendo la cualidad de profesor para el delito de intrusismo hasta el código penal de 1973, en el cual no se hace distinción de profesión alguna.

Si bien es cierto que el delito de intrusismo se ha visto regulado y modificado en multitud de ocasiones a lo largo de los tiempos, y sobre todo respecto de actuaciones relacionadas con profesiones del ámbito de la salud y la educación, no lo es menos que este estudio no es el lugar apropiado para realizar un análisis exhaustivo de los antecedentes históricos y normativos de dicho delito.

Por otro lado, es necesario señalar que el delito de intrusismo hace mucho tiempo que no se limita únicamente al espacio sanitario o docente, y en los últimos años han sido muchos los colegios y asociaciones profesionales de diversas áreas (abogados, arquitectos, ingenieros de telecomunicaciones, agrónomos, etc.) que, tanto en el ámbito estatal como en el regional, han incluido en sus organigramas, departamentos para actuar y denunciar, si fuera necesario, este intrusismo profesional que va en aumento.

El análisis de los antecedentes que se realiza no va a ir más allá del código penal promulgado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (en adelante CP),

sados universitarios, Dykinson, Madrid, 2018, p. 192.

² LLORÍA GARCÍA, Paz: «La tutela de la salud: magia y curanderismo en el CP de 1822», en CALLEJÓN HERNANZ, Gregorio María y MARTÍNEZ PATÓN, Víctor (coords.): *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p. 279.

en el que se dedica el Capítulo V «De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo», del Título XVIII «De las falsedades», del Libro II «Delitos y sus penas» con los artículos 402 y 403 a los delitos de usurpación de funciones públicas y al intrusismo. También en el momento de su promulgación dedicaba el Título IV «Faltas contra el orden público», del Libro III «Faltas y sus penas», con los artículos 633 a 637 a las faltas referidas a la perturbación leve del orden en un Tribunal (art. 633); al respeto o consideración debida o desobediencia a la autoridad o a sus agentes (art. 634); al mantenimiento en el domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público fuera de las horas de apertura (art. 635); a la realización de actividades careciendo de los seguros obligatorios (art. 636); y al uso público e indebido de uniforme, traje, insignia o condecoración y usurpación de cualidad profesional (art. 637).

La falta de intrusismo se encuentra regulada en el artículo 637 CP, según el cual: «El que usare pública e indebidamente uniforme, traje, insignia o condecoración oficiales, o se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posea, será castigado con la pena de arresto de uno a cinco fines de semana o multa de diez a treinta días» fue derogada 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.

Señalado lo anterior, interesa tan sólo analizar en este capítulo el artículo 403 CP referido al intrusismo profesional, que desde que entró en vigor el actual código penal, en el año 1996 únicamente ha sido modificado una vez con el objeto de aumentar la pena que recogía respecto de este delito de intrusismo profesional, así como ampliar el ámbito del mismo reconociendo intrusismo cuando la persona no sólo se atribuye de manera pública la cualidad de profesional sino que ejerce la actividad en un local o establecimiento abierto al público anunciándose la prestación de los servicios propios de la misma.

II. INTRUSISMO PROFESIONAL DESDE UN PUNTO DE VISTA PENAL

En una sociedad moderna se exige que aquellos que desempeñan cualquier actividad tengan la capacitación requerida para su ejercicio, de la manera más eficiente posible, no sólo para beneficio de estas personas sino también para el del resto de los ciudadanos. Si bien esto es así, no todas las profesiones u oficios necesitan de un título que les habilite para su ejercicio, pero si es cierto que existen determinadas profesiones y oficios en los que los trabajadores necesitan de un determinado título, ya sea académico u oficial, que les habilite para prestar los servicios que son propios de esa profesión, pudiendo

incurrir en un delito de intrusismo aquellos que ejerzan esos actos propios de una determinada profesión sin reunir los requisitos que les son exigidos para su correcto ejercicio³.

1. Concepto y bien jurídico protegido

De acuerdo con el diccionario panhispánico del español jurídico, intrusismo profesional se refiere al «ejercicio de actos profesionales por quién carece del título oficial o académico que lo autoriza al mismo». Si va acompañado de la atribución del carácter profesional del que se carece, dará lugar al tipo agravado.

La doctrina legal, entre otros, Morillas Cueva⁴ define intrusismo como: «el ejercicio de una actividad profesional por persona que no se halla autorizada para ello por no tener capacitación ni titulación adecuada».

Por otro lado, y desde un punto de vista normativo, el artículo 11 de la Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales define intrusismo como: «... la realización de actuaciones profesionales sin el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para el ejercicio de la profesión, y es actuación profesional irregular la que vulnera las normas deontológicas, se ejerce sin la debida diligencia profesional o incurre en competencia desleal».

Señala el Juzgado de lo Penal 2 de Almería que: «este delito castiga el ejercicio de actos propios de profesiones privadas, reservadas a determinadas personas legalmente autorizadas, sin estar legitimado, tratándose de un delito de simple actividad, que ni siquiera requiere para su consumación, un resultado perjudicial para el sujeto pasivo del delito.»⁵

Actualmente el delito de intrusismo profesional se encuentra regulado, como se ha señalado anteriormente, en el artículo 403 CP, según el cual⁶: «El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Si la acti-

³ JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo: *La Responsabilidad Penal de los Abogados: La intervención del derecho en la profesión*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 112.

⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 907, citado en CORTÉS GARCÍA, Javier: «El delito de intrusismo profesional. Especial referencia al ámbito de la abogacía», *ob. cit.*, p. 193.

⁵ *Vid.* SJPenal 2 de Almería núm. 163/2016, de 15 de marzo.

⁶ Modificado 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.

vidad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses».

Como ya se ha señalado en el apartado anterior, el delito de intrusismo profesional ha sufrido numerosas reformas penales a lo largo del tiempo, si bien en el vigente código penal únicamente se ha visto modificado en el año 2015, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, incrementándose la pena de multa en el tipo básico del delito de 6 a 12 meses que pasa a ser de 12 a 24 meses cuando el intrusismo se refiere a profesionales con título académico y aumentándose la pena de multa de 3 a 5 meses que pasa a ser de 6 a 12 meses cuando el intrusismo se refiere a profesiones que requieren título oficial.

Además, el apartado 2 de este artículo 403 CP impone «una pena de prisión de seis meses a dos años si concurriese alguna de las siguientes circunstancias:

a) Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido.

b) Si el culpable ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión».

Este apartado 2 también fue objeto de modificación a través de la Ley Orgánica 1/2015, incluyéndose la letra b) que contempla el tipo agravado realizado en local o establecimiento abierto al público.

Señala la doctrina judicial que la conducta del intrusismo profesional requiere de una conducta positiva y de otra negativa cuya conjunción perfecciona este delito de mera actividad no exigiendo por tanto para considerarse consumado un resultado perjudicial para los intereses del sujeto pasivo del acto. La conducta positiva se refiere a la realización de actos propios de una profesión, mientras que la negativa se refiere a que se tiene que llevar a cabo por el que no está en posesión del título que le permite ejercer dicha profesión⁷.

La doctrina legal, entre la que destaca Queralt Jiménez seguido por Morillas Cueva ha criticado la diferencia de penas entre los tipos básico y el agravado, señalando que, o bien es muy baja la pena del delito básico del intrusismo profesional o «está dislocada» la del tipo agravado⁸.

⁷ Vid. SAP Madrid núm. 526/2009, de 10 de diciembre de 2009.

⁸ Entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, Juan J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Taller, Barcelona, 2008, pág. 692, citado por MORILLAS CUEVAS, Lorenzo: «Falsedades», en MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (dir.): *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 825.

De acuerdo con lo anterior es preciso señalar que el vigente artículo 403 CP diferencia cuatro comportamientos distintos que configuran los distintos tipos penales en materia de intrusismo profesional:

a) Ejercer actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido en España o reconocido de acuerdo con la legislación española vigente (párr. 1, primer inciso).

b) Ejercer actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial que habilite para su ejercicio (párr. 1, segundo inciso).

c) Ejercer actos propios de una profesión unido a la atribución pública de la cualidad de profesional (párr. 2.º, letra a). Señala la doctrina legal que en este caso se debe entender que la profesión referida es la que exige un título universitario, por cuanto si se refiere también a las distintas titulaciones oficiales, la pena vulneraría no solo el principio de igualdad sino también el de proporcionalidad⁹.

d) Ejercer la actividad en un local o establecimiento abierto al público donde se anuncia la prestación de servicios propios de la profesión (párr. 2, letra b).

En otro orden de cosas, pero no menos importante, es necesario resaltar el hecho de que son tres los intereses que pueden verse afectados por el intrusismo profesional, de acuerdo con un sector de la doctrina legal y judicial, siendo estos los siguientes:

1. el interés privado de aquellos que reciben la prestación de servicios profesional,
2. el interés privado de los grupos profesionales de titulados, y,
3. el interés público, exclusivo de la Administración, de expedir los títulos que habiliten para el ejercicio de profesiones¹⁰.

También se protegen otros intereses como la garantía de los ciudadanos de que el profesional que ejerce una profesión tiene tal condición de profesio-

⁹ JAÉN VALLEJO, Manuel: «Sentencia del Tribunal Constitucional 142/1999 (De nuevos sobre el principio de legalidad a propósito del delito de intrusismo)», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, núm. 5, 2000, pp. 549-550.

La jurisprudencia y la doctrina judicial recogen estas situaciones en varias sentencias, entre las que se señalan: SSTS (Sala de lo penal) núm. 648/2013, de 18 de julio, núm. 407/2005, de 23 de marzo; SAP Almería núm. 296/2023, de 29 de junio, Madrid núm. 568/2014, de 7 de julio.

¹⁰ Entre la doctrina legal destaca RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: «El delito de intrusismo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1969, citado por SUÁREZ LÓPEZ, Jose María: El tratamiento Penal del Intrusismo, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 1, 2012.

En el mismo sentido se recoge en la STS (Sala de lo Penal) núm. 324/2019, de 26 de junio.

nal, así como se les protege de los sujetos que ejercen una actividad profesional para la que no están habilitados¹¹.

Por otro lado, otro sector de la doctrina, entre la que se señala a Cortés García, realiza un análisis del bien jurídico protegido por el tipo penal, así como de los intereses protegidos, que concluye compartiendo la tesis de Morillas Cueva según la cual el delito de intrusismo profesional es un delito pluriofensivo, en el que se protegen dos intereses básicamente, por un lado, la seguridad del tráfico jurídico y por el otro, la potestad exclusiva del Estado de otorgar títulos¹².

La jurisprudencia entiende respecto del bien jurídico que: «el bien jurídico protegido por el tipo penal caracterizado por su carácter pluriofensivo: 1. Ofende al perjudicado, que ve lesionado su derecho por la actividad del intruso; 2. A la corporación profesional a la que afecta la conducta intrusa; y 3. A la sociedad en su interés público en que sean idóneas las personas que ejercen determinadas profesiones para los que el Estado reglamenta el acceso a la actividad. Aunque, obviamente, el titular del bien jurídico sólo será el Estado destacamos lo anterior para afirmar la caracterización plural de los sujetos afectados por la conducta intrusa. ...»¹³.

El juzgado de lo Penal de Almería definió el delito de intrusismo profesional como un delito pluriofensivo que protege, no el interés general en el que determinadas actividades sean únicamente ejercidas por aquellos que tengan la capacitación exigida, tratando de evitar los riesgos de una praxia inhábil o ignorante, sino también, protege en menor medida, el interés corporativo de un grupo de profesionales determinado, ante una competencia desleal, así como la invasión de su esfera económica por terceros que no pertenezcan al colectivo¹⁴.

2. Sujetos y características

Respecto de los sujetos del delito, el sujeto activo del intrusismo profesional al ser un delito común puede ser cualquier persona que no tenga título

¹¹ STS (Sala de lo Penal) núm. 324/2019, de 26 de junio.

¹² CORTÉS GARCÍA, Javier: «El delito de intrusismo profesional. Especial referencia al ámbito de la abogacía», en ROMERO CORONADO, Juan (dir.): *Propuestas de mejora de promoción al empleo para egresados universitarios*, ob. cit., p. 196.

¹³ Vid. entre otras, SSTS (Sala de lo Penal) núm. 648/2013, de 18 de julio, núm. 1045/2011, de 14 de octubre, núm. 934/2009, de 29 de septiembre y núm. 41/2002, de 22 de enero; SAP de las Palmas núm. 3/2018, de 11 de enero.

¹⁴ SJPenal 2 de Almería núm. 163/2016, de 15 de marzo.

que lo habilite para el ejercer la profesión, incluso por aquellos que sólo tengan parte de la formación académica ¹⁵.

En sentido contrario, no podrán ser sujetos activos del delito de intrusismo profesional aquellos sujetos que habiendo superado los estudios hayan solicitado la expedición del título que los habilite para el ejercicio de una profesión a la que se le exige una determinada formación académica y realicen los actos propios de dicha profesión a pesar de carecer en ese momento del título oficial ¹⁶.

Tampoco podrán ser sujetos activos los profesionales que hayan sido inhabilitados o suspendidos para el ejercicio de su profesión y a pesar de esto continúan ejerciendo la misma por cuanto el delito de intrusismo lo que castiga de acuerdo con el tenor literal del artículo 403 CP es el ejercer una determinada profesión careciendo del título correspondiente ¹⁷.

En cuanto al sujeto pasivo, además del Estado, que se reserva la potestad de conceder los referidos títulos, una vez han finalizado los estudios y se han cursado y aprobado las asignaturas prevenidas, también son sujeto pasivo la sociedad, que se encuentra en peligro por el hecho de que no son atendidos por profesionales y los titulados pertenecientes a la profesión de que se trate, los cuales, se encuentran amenazados por una competencia ilegal del intruso, viendo como disminuyen sus posibles beneficios así como el ámbito de su actuación profesional ¹⁸.

Una vez analizados los sujetos del delito de intrusismo se hace preciso realizar un estudio acerca de las características de éste, enumerando la jurisprudencia y la doctrina judicial las siguientes ¹⁹:

¹⁵ JIMENEZ SEGADO, Carmelo: *La Responsabilidad Penal de los Abogados: La intervención del derecho en la profesión*, *ob. cit.*, p. 123.

¹⁶ Así lo señala FARALDO CABANA, Patricia: «Algunos Aspectos del delito de intrusismo», p. 557 en SANZ LARRUGA, Francisco Javier (dir. Congreso), *Lecciones de Derecho sanitario*, A Coruña, Universidad da Coruña, Servizo de publicación, 1999, p. 557.

¹⁷ Entre algunos autores que analizan qué personas no pueden ser sujeto activo de este delito de intrusismo profesional destaca FARALDO CABANA, Patricia: «Algunos Aspectos del delito de intrusismo», pág. 557 en SANZ LARRUGA, Francisco Javier (dir. Congreso), *ob. cit.*, p. 557; CORTÉS GARCÍA, Javier: «El delito de intrusismo profesional. Especial referencia al ámbito de la abogacía», en ROMERO CORONADO, Juan (dir.): *Propuestas de mejora de promoción al empleo para egresados universitarios*, *ob. cit.*, p. 196.

¹⁸ VIDAL CASERO, María del Carmen: «El artículo 403 del Código penal. El intrusismo dentro del ámbito farmacéutico», *Revista Derecho y Salud*, núm. 1, vol. 6, 1998.

¹⁹ SSTS (Sala de lo Penal) núm. 324/2019, de 20 de junio, núm. 648/2013, de 18 de julio, núm. 1045/2011, de 14 de octubre y, núm. 407/2005, de 23 de marzo; SAP Barcelona núm. 324/2023, de 8 de mayo, Sevilla núm. 442/2023, de 16 de octubre, Almería núm. 296/2023, de 29 de junio, Sevilla núm. 183/2021, de 24 de mayo, Barcelona núm. 329/2021, de 11 de mayo y Cantabria 110/2020, de 21 de abril y, Cantabria núm. 55/2020 de 6 de marzo.

1. El delito se consuma con la simple realización de un solo acto propio de la profesión, no siendo necesaria la habitualidad o repetición de actos.

Para que se consuma el delito de intrusismo se requiere, de una parte, que se realicen actos propios de una profesión, y de otra, que los realice quien no está en posesión del necesario título académico que permita su realización.

Se entiende por actos propios de una profesión aquellos que específicamente están reservados a una profesión quedando excluidas de su realización las demás personas²⁰.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, actos propios de una profesión son «aquellos que específicamente están reservados a una profesión quedando excluidas de su realización aquellas personas que carezcan de la titulación precisa. Tal determinación de funciones deberá ser realizada desde una perspectiva objetiva de valoración social»²¹.

La doctrina jurisprudencial ha ido ampliando la interpretación de acto propio de una profesión recogiendo la SAP Barcelona 157/2022 como acto propio de una profesión aquél que de manera específica está atribuido a unos determinados profesionales, si bien no de forma exclusiva, porque puede ser compartido con otros profesionales, pero excluyendo eso sí a los terceros que no ostenten la titulación que lo habilite quedando fuera del derecho penal los actos que no requieran título académico para ser realizados²².

Para conocer los actos que son propios de una profesión hay que acudir a la normativa, nacional e internacional, reguladora de cada profesión en concreto, en la que se determinarán las atribuciones y los actos propios de ella, así como también a los reglamentos de los colegios profesionales. Únicamente cuando no especifica la normativa los actos propios de la profesión o cuando no existe dicha normativa se habrá de atender a la costumbre y a los usos sociales para saber que se entiende por actos propios de dicha profesión²³.

²⁰ CORTÉS GARCÍA, Javier: «El delito de intrusismo profesional. Especial referencia al ámbito de la abogacía», en ROMERO CORONADO, Juan (dir.): *Propuestas de mejora de promoción al empleo para egresados universitarios*, ob. cit., p. 197; JIMENEZ SEGADO, Carmelo: *La Responsabilidad Penal de los Abogados: La intervención del derecho en la profesión*, ob. cit., p. 119, incluyendo en ambos casos la definición dada por QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 1588-1589.

²¹ En el mismo sentido STS (Sala de lo Penal) 41/2002, de 22 de enero. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: «El delito de intrusismo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1969, citado por CORTÉS GARCÍA, Javier: «El delito de intrusismo profesional. Especial referencia al ámbito de la abogacía», en ROMERO CORONADO, Juan (dir.): *Propuestas de mejora de promoción al empleo para egresados universitarios*, ob. cit., p. 197.

²² SAP Barcelona núm. 157/2022, de 28 de abril de 2022.

²³ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte especial*. 25.ª Edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 612.

Una vez delimitados los actos propios de la profesión, el Tribunal Supremo se ha encargado de analizar los aspectos relevantes de estos actos propios, apuntando los siguientes:

1. Han de pertenecer a una profesión reglamentada.
2. Es indiferente que los actos sean onerosos o gratuitos.
3. Es indiferente también que sean uno o varios, ya que el delito es único.
4. El acto propio de una profesión es aquél que específicamente está atribuido a unos profesionales concretos con terminante exclusión de las demás personas.

5. En cuanto al tipo agravado, es necesario que se realice la conducta típica de cualquiera de las dos modalidades del tipo básico y, además, se produzca la atribución pública de la cualidad de profesional, es decir, arrogarse tal cualidad en virtud de una actuación positiva capaz de determinar un error en la sociedad.

6. Únicamente aquellas personas que hayan adquirido los conocimientos y superado ciertas pruebas obteniendo por ello el título de la profesión concreta están autorizados por el ordenamiento jurídico para la realización de actos de esa profesión.

7. La exclusividad no tiene que predicarse siempre de cada clase de titulación.

8. El acto propio ha de estar en relación directa con el título académico que, a su vez, debe atribuir la exclusividad de su realización²⁴.

Dentro de las profesiones sanitarias hay muchas actividades que no se consideran propios de la profesión médica como puede ser la acupuntura, reflexoterapia, medicina naturista o alternativa, así como tampoco el curanderismo, imposición de manos, etc., no constituyendo su práctica el delito de intrusismo, si bien si pueden llegar a acarrear consecuencias penales o civiles si causaran lesiones a sus pacientes.

2. Es un delito de mera actividad que no exige resultado alguno.

El Tribunal Supremo recuerda en una de sus sentencias que el delito de intrusismo es un delito de mera actividad lo que implica que no es necesario que los servicios produzcan un resultado lesivo o perjudicial en el paciente, e incluso que el acto sea gratuito²⁵.

²⁴ STS (Sala de lo Penal) núm. 324/2019, de 20 de junio.

²⁵ SSTs (Sala de lo Penal) núm. 324/2019, de 20 de junio y núm. 407/2005, de 23 de marzo.

De acuerdo con la posición adoptada por Jiménez Segado, «desde la perspectiva del *iter criminis*, el delito se consuma con la realización de un solo acto propio de la profesión invadida»²⁶.

3. Es un delito doloso.

Este tipo de delitos precisa que el sujeto activo tenga conocimiento de que el acto que está realizando pertenece al ámbito de una determinada profesión y lo realiza de manera voluntaria y conscientemente de que está realizando dicha actividad careciendo del título que habilita para su ejercicio y a pesar de ello la realiza²⁷.

El sujeto activo debe tener conciencia de la actividad que realiza y además de que con su ejercicio está infringiendo las normas que regulan la profesión que está realizando, es decir, debe tener conocimiento de la antijuridicidad de su proceder, así como debe concurrir la intencionalidad de usurpar la profesión»²⁸.

La imprudencia no se encuentra regulada en este ámbito, sin embargo, algunos autores como Serrano Tárrega y Suárez López señalan la posibilidad de que se dé el error en este tipo de delitos ya que al ser una norma penal en blanco los actos propios de la profesión se regulan en normas extrapenales administrativas, pudiendo creer el sujeto activo que actúa de manera lícita²⁹.

4. Se trata de un precepto penal en blanco, es decir, es una norma penal incompleta en la que la conducta típica o la consecuencia jurídica no se encuentra totalmente prevista en ella, debiendo acudir a la normativa legal y reglamentaria que regule el ejercicio de cada profesión para su integración, que generalmente serán normas administrativas directamente relacionadas con el quehacer profesional de los servicios que se realizan³⁰.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional se definen a las normas penales en blanco como: «normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, pero siem-

²⁶ JIMENEZ SEGADO, Carmelo: *La Responsabilidad Penal de los Abogados: La intervención del derecho en la profesión*, ob. cit., p. 124.

²⁷ SAP Guipúzcoa núm. 228/2008, de 23 de septiembre.

²⁸ AAP Cáceres núm. 378/2020, de 30 de junio.

²⁹ Así lo señala CORTÉS GARCÍA, Javier: «El delito de intrusismo profesional. Especial referencia al ámbito de la abogacía», en ROMERO CORONADO, Juan (dir.): *Propuestas de mejora de promoción al empleo para egresados universitarios*, ob. cit., pág. 199.

³⁰ SSTS (Sala de lo Penal) núm. 324/2019, de 20 de junio y núm. 41/2002, de 22 de enero; SAP Barcelona núm. 324/2023, de 8 de mayo.

pre que se den los requisitos que ha marcado una doctrina constitucional constante, a saber:

- a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal y,
- b) que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y satisfaga la exigencia de certeza u ofrezca la suficiente concreción, para que la conducta infractora quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo, con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada»³¹.

Van a ser los reglamentos de cada profesión los encargados de contener de manera precisa aquello que está prohibido si se pretende, con arreglo a este, integrar la norma penal en blanco y servir de fundamento de la condena³².

5. El tipo penal no exige la habitualidad.

Es suficiente para que se califique como delito de intrusismo profesional un acto único y global de la profesión. El hecho de que el código penal recoja en su artículo 403 «actos propios» en plural, no significa que deba darse una pluralidad de acciones para que se consuma el delito.

Respecto de la habitualidad, entiende la jurisprudencia que «el tipo penal no requiere la habitualidad por lo que tanto puede ser la actividad de mero ejercicio continuado como la realización de un exclusivo acto de calidad y condición momentánea siempre que sea idóneo y peculiar de la profesión usurpada, integrando la repetición de la conducta o su continuidad una misma infracción, sin que puedan estimarse delitos diferentes los actos distintos en ella efectuados a través del tiempo (STS 29 de septiembre de 2006, de 22 de enero de 2002; de 29 de septiembre de 2000, de 30 de abril de 1994)»³³.

6. No se exonera por el hecho de que la prestación del servicio se haga correctamente, ya que el tipo penal se comete por carecer de título habilitante, no por mala praxis profesional.

³¹ SSTC núm. 14/2021, de 28 de enero, núm. 101/2012, de 8 de mayo, 9 de octubre de 2006 y 5 de julio de 1990.

³² JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo: *La Responsabilidad Penal de los Abogados: La intervención del derecho en la profesión*, ob. cit., pág. 118.

³³ Entre muchas otras vid. en el mismo sentido SSTS (Sala de lo penal) núm. 324/2019, de 20 de junio, núm. 648/2013, de 18 de julio y, núm. 1045/2011, de 14 de octubre; SAP Sevilla núm. 442/2023, de 16 de octubre, Almería núm. 296/2023, de 29 de junio, Sevilla núm. 183/2021, de 24 de mayo, Barcelona núm. 329/2021, de 11 de mayo y Cantabria 110/2020, de 21 de abril.

El que el sujeto titulado no tenga la formación suficiente no supone intrusismo, si bien esa ausencia de formación puede causar un daño grave al ciudadano que recibe la prestación profesional de un profesional habilitado, pero no preparado ni formado para ejercer esa actividad, lo que podría llevar a ser sancionado por su colegio profesional, a ser sancionado penalmente en caso de imprudencia profesional, o a ser sancionado civilmente por responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC)³⁴. Del mismo modo recoge el Tribunal supremo que el delito de intrusismo únicamente castiga la intromisión ilegítima en una profesión no la impericia, aplicando el delito más la correspondiente agravante de imprudencia profesional por el resultado producido cuando se desconoce por parte del titulado o se aplica de manera incorrecta los deberes de la profesión³⁵.

No se refiere el delito de intrusismo a una mala praxis profesional sino al ejercicio de la profesión sin habilitación, por ello «el fundamento de la tipificación de la conducta de intrusismo se encuentra en que la presunción de aptitud e idoneidad que da la titulación y se erige como requisito administrativo, sin el cual, si se ejerce una actividad profesional sin el título resulta un ilícito penal con independencia del resultado; y en definitiva, no exonera de culpa que la prestación del servicio se haga correctamente»³⁶.

7. El tipo penal parte del hecho de la carencia de título sin tener en cuenta otras contravenciones relacionadas con la forma de ejercer la actividad cuando se está en posesión del título, en base a la intervención mínima del derecho penal.

No es típica la ausencia de colegiación, sino que se ejerza la actividad sin el correspondiente título habilitante.

El Tribunal Supremo ya reconocía en su sentencia de 13 de mayo de 1989 la imposibilidad de «considerar típica la acción sólo por haber ejercido una determinada actividad sin la respectiva colegiación, toda vez que la colegiación no se podría entender como un título oficial sin incurrir, como consecuencia de la extensión analógica de la ley, en una infracción del principio de legalidad previsto en el artículo 25.1 CE. Lo que define en la ley el delito de intrusismo es la falta de título, no la falta de colegiación»³⁷.

La doctrina jurisprudencial define título académico como aquel que se obtiene después de finalizar y aprobar un ciclo de estudios universitarios, sien-

³⁴ Vid. STSJ (Sala Civil y Penal) Castilla y León 62/2023, de 11 de julio.

³⁵ Vid. al respecto STS (Sala de lo Penal) núm. 324/2019, de 20 de junio.

³⁶ STS (Sala de lo Penal) núm. 324/2019, de 20 de junio y SAP Jaén núm. 317/2021, de 15 de noviembre.

³⁷ STS núm. 1519, de 13 de mayo de 1989 (rec. 4096/1989).

do el título oficial o profesional aquel que se exige para desempeñar una profesión, sin necesidad de haber realizado unos estudios superiores específicos. Por otro lado, el título oficial al que se refiere el inciso 2 del artículo 403.1 CP hace necesario para su delimitación el acudir a normas extrapenales, normalmente administrativas, que describan los requisitos que son necesarios para obtenerlo, así como los actos que se permiten realizar³⁸.

El título académico es aquel que habilita para el ejercicio de una profesión debiendo tener naturaleza universitaria por ello no se consideran tales, los títulos propios de las universidades, así como las plazas obtenidas en concurso oposición de carácter público.

3. Tipo básico, atenuado y agravado

El tipo penal del delito de intrusismo regulado en el artículo 403 CP se divide en básico (inciso primero, artículo 403.1 CP), atenuado (inciso segundo, artículo 403.1 CP) y agravado (artículo 403.2 CP).

Tipo básico.

Como ya se ha señalado a lo largo de este estudio, el tipo básico del delito de intrusismo se regula en el primer inciso del apartado primero del artículo 403 y consiste en la realización de actos propios de una profesión careciendo del correspondiente título académico expedido o reconocido en España que lo habilite para el ejercicio de dicha profesión³⁹.

En cuanto a los elementos objetivos que configuran el tipo penal, en el caso del tipo básico del intrusismo se refieren al ejercicio de actos propios de una profesión y carecer del título habilitante para la realización de dichos actos, es decir, el título académico. Por otro lado, el elemento subjetivo consiste en la conciencia y voluntad de la realizar de manera indebida actos para los que no se posee el título que es necesario para ello⁴⁰.

Tipo atenuado.

El tipo atenuado del delito se regula en el segundo inciso del artículo 403.1 CP, castigándose con una pena menor para el caso de que la actividad profesional desarrollada exigiese un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviese en posesión del mismo.

³⁸ STS (Sala de lo Penal) núm. 324/2019, de 20 de junio.

³⁹ Entre muchas otras, STS (Sala de lo Penal) núm. 454/2003, de 28 de marzo.

⁴⁰ *Vid.* entre muchas otras SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 231/2022, de 2 de junio.

Se exige, por tanto, a diferencia del tipo básico, estar en posesión de un título oficial acreditativo de la capacitación necesaria que habilite para el ejercicio de la profesión, no siendo necesario estar en posesión de título académico.

De acuerdo con lo anterior, la aplicación del tipo penal básico y atenuado del artículo 403.1 CP referido al intrusismo profesional exige la concurrencia de dos requisitos:

— En primer lugar, el ejercicio de actos propios de una profesión, es decir, actos que están específicamente reservados a una profesión y que por ello se exige una *lex artis* o específica capacitación⁴¹.

— Y, en segundo lugar, que no se posea el título académico u oficial que lo habilite para ello.

La STS núm. 2066/2001, de 12 de noviembre señala el hecho de que el legislador amplió el ámbito punible del intrusismo al prohibir la realización de determinadas actividades careciendo del título académico u oficial, debiendo seguirse, respeto del tipo atenuado, las siguientes reglas de aplicación:

— En primer lugar, se debe restringir la aplicación del tipo atenuado del inciso 2.º a supuestos en que el intrusismo se produzca en profesiones que requieran una especial capacitación de la que dependan bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional, como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad.

— Por otro lado, se debe excluir de manera total su aplicación en aquellas profesiones en las que no se observa en el ejercicio genérico de la profesión un interés público esencial que le haga merecedor de una protección tan alta como la que se dispensa a través del sistema penal de sanciones.

— Por último, se debe interpretar el precepto atendiendo esencialmente al bien jurídico protegido de carácter colectivo, cuya lesión afecta a la sociedad, siendo el interés público el único que puede fundamentar y legitimar cualquier restricción penal al acceso a una profesión mediante la exigencia de un título oficial, académico o no⁴².

⁴¹ Vid. entre otras SSTS núm. 407/2005, de 23 de marzo y núm. 41/2002, de 22 de enero. MORILLAS CUEVAS, LORENZO: «Falsedades», en MORILLAS CUEVAS, LORENZO (dir.): *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, ob. cit., p. 824.

⁴² En este sentido analiza las reglas de aplicación del tipo atenuado, entre otras, la STS (Sala de lo Penal) núm. 324/2019, de 20 de junio.

Tipo agravado.

Por último, se regula en el apartado segundo del artículo 403 CP el tipo agravado del delito de intrusismo, modificado por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, siendo en este caso mayor la sanción aplicable. Con esta reforma son dos los tipos agravados del delito de intrusismo.

Se aplicará el tipo agravado del delito de intrusismo cuando una persona además de ejercer una profesión sin tener el título académico u oficial que lo habilita para ello se atribuye de manera pública la cualidad de profesional, o bien, ejerciera los actos propios de una profesión, para la que no estuviera habilitado, en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de la profesión.

De lo señalado anteriormente se deduce que los requisitos que se deben dar para apreciar el tipo agravado del delito de intrusismo son los siguientes:

— Que la persona ejerza los actos propios de una profesión sin poseer título académico y oficial que lo habilite para esa profesión, atribuyéndose la cualidad de la misma, y,

— Que realice los actos en un local o establecimiento abierto al público y, anunciándose en dicho establecimiento la prestación de servicios propios de la profesión.

La atribución pública que se recoge en el apartado 2 del artículo 403 CP se refiere a la actividad realizada por el sujeto pasivo relativa a hacer publicidad indiscriminada sobre su falsa cualidad de profesional, a través de radio, prensa, televisión, tarjetas de visita, etc. En otro orden de cosas, la jurisprudencia ha considerado impune que un sujeto se atribuya la cualidad de profesional sin realizar actos propios de la profesión⁴³, si bien el hecho de incluir en el curriculum que era licenciado por una universidad, así como atribuirse la condición de licenciado en una entrevista realizada por una revista conlleva que esos hechos se califiquen dentro de modalidad agravada del delito de intrusismo⁴⁴.

III. INTRUSISMO PROFESIONAL DESDE UN PUNTO DE VISTA LABORAL: MOVILIDAD FUNCIONAL

El estudio del intrusismo profesional no sólo debe realizarse desde un punto de vista penal referido al delito, sino también es necesario el análisis del

⁴³ Vid. al respecto STS (Sala de lo Penal) núm. 407/2005, de 23 de marzo.

⁴⁴ Vid. en ese sentido SAP Madrid, núm. 526/2009, de 10 de diciembre.

intrusismo profesional desde un punto de vista laboral, siendo imprescindible examinar la movilidad funcional.

Como ya se ha señalado en este estudio, las sociedades modernas requieren que los ciudadanos tengan la capacitación exigida para realizar cualquier trabajo de la manera más eficiente posible y por ello, la movilidad funcional en la empresa ha de efectuarse siguiendo dos premisas: realizarse de acuerdo con las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador.

Martín Valverde y García Murcia definen la movilidad funcional como la facultad de variar las funciones laborales contratadas en determinados supuestos y con determinadas compensaciones⁴⁵.

La CE en su artículo 35.1 reconoce el deber de todos los españoles de trabajar y el derecho al trabajo, 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.

Ese derecho de promoción a través del trabajo se incluye en la regulación de la movilidad funcional a través del artículo 39.1 del 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 (ET) según el cual: «La movilidad funcional en la empresa se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador».

El poder de dirección que ostenta el empresario, de acuerdo a la potestad que le concede el artículo 20 ET, se limita en el caso de movilidad funcional al hecho de que el trabajador posea la titulación académica o profesional precisa para el ejercicio de la nueva prestación laboral. En sentido contrario no operará dicho límite cuando las nuevas funciones no impongan el estar en posesión de una específica titulación.

Ha sido motivo de controversia la incidencia de la exigencia de titulación al efecto de que se reconozca al trabajador que haya sido objeto de movilidad funcional ascendente las diferencias salariales por realizar trabajos de categoría superior. Señala el Tribunal Supremo que el único motivo por el cual se puede denegar al trabajador las diferencias retributivas es que este careciera del título para desempeñarlas de acuerdo con la legislación estatal aplicable, ya que, en ese caso, no sólo no se tendría derecho a percibir las diferencias

⁴⁵ MARTÍN VALVERDE, Antonio y GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Derecho del Trabajo*, 30 ed., Tecnos, Madrid, 2021, p. 624.

salariales, sino que ni siquiera estaría facultado para desempeñar las funciones propias de aquella categoría superior⁴⁶.

El Tribunal Supremo ha resuelto dos situaciones que concurren en los casos de movilidad funcional ascendente referidas a la exigencia o no de una titulación establecida por parte de una norma o por parte de un convenio colectivo para tener derecho a cobrar las diferencias retributivas por parte del trabajador que había desempeñado el puesto de categoría superior.

En primer lugar, señala el Tribunal Supremo que cuando el ejercicio de las funciones de una determinada actividad profesional se regula por normas legales imperativas que exigen para poder realizarlas una determinada titulación académica, no es posible realizarlas válidamente, aunque sea de manera temporal, sin estar en posesión de ese título, por cuanto la norma prohíbe el ejercicio profesional cuando se carece de la titulación que habilita para ello, pudiendo cometerse un delito de intrusismo en caso de que se infrinja dicha norma. Los servicios que presta el trabajador que no posee la titulación oficial requerida no generan derecho al reconocimiento de diferencia retributiva alguna ya que estar en posesión de la titulación oficial es requisito, de la propia identidad profesional.

En segundo lugar, analiza el supuesto de que la exigencia de poseer el título para poder realizar las funciones de una determinada actividad profesional no venga regulada por norma legal imperativa, sino que se imponga a través del convenio colectivo. En este caso, la carencia de la titulación convencionalmente prescrita impide el reconocimiento de la categoría superior al trabajador que realiza las funciones inherentes a la misma, pero no puede privarle de la percepción de las retribuciones correspondientes⁴⁷.

La doctrina referida a la movilidad funcional ascendente se puede resumir de acuerdo con la doctrina judicial señalando en primer lugar que la regla general estatutaria contenida en el artículo 39.3 ET reconoce el derecho del trabajador a la retribución correspondiente a las funciones que realmente realice cuando se le hayan atribuido funciones superiores a las de su categoría profesional; se podrán denegar las diferencias retributivas cuando el trabajador carezca del título que le habilite para ejercerlas según la legislación aplicable y, las exigencias que se contienen en un convenio no impiden que se puedan

⁴⁶ Vid. STS (Sala de lo Social) 206/2016, de 9 de marzo.

⁴⁷ Entre otras, SSTS 17 de julio de 2018 (rcud. 2672/2017), núm. 206/2016, de 9 de marzo, 23 de mayo de 2003 (rec. 4318/2002) y 30 de marzo de 1992; SSTSJ Sala de lo Social Andalucía (Granada) núm. 1295/2023, de 22 de junio, núm. 2936/2018, de 20 de diciembre; Sala de lo Social Andalucía (Sevilla) núm. 3481, de 5 de diciembre y Sala de lo Social Islas Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) núm. 1665/2023, de 14 de diciembre, núm. 922/2021, de 7 de octubre de 2021 y núm. 474/2020, de 26 de mayo de 2020.

percibir los salarios correspondientes a las funciones realmente realizadas por el trabajador ya que no es un fin público el que requiere tal titulación sino el propósito de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado⁴⁸.

En otro orden de cosas, reconoce la jurisprudencia que en el caso de que un trabajador realice las funciones propias de una profesión de la cual carece el título que le habilita para su ejercicio no va a tener derecho a percibir el salario que le correspondería por realizar las funciones que son propias de dicha categoría profesional así como tampoco se le va a reconocer el derecho a ostentar la categoría profesional correspondiente a esa profesión por cuanto no realiza ni puede realizar de manera adecuada y conforme a derecho las funciones que son propias de esa categoría, por cuanto no se encuentra en posesión del título que le habilita para ello⁴⁹.

IV. INTRUSISMO PROFESIONAL EN LA ABOGACÍA

El intrusismo profesional se encuentra a la orden del día respecto de multitud de profesiones y oficios, si bien es cierto que el intrusismo en el ámbito sanitario es más preocupante por la gravedad de las consecuencias que pueda llevar aparejada el ejercicio de esa profesión sin estar habilitado para ello (desde lesiones que puedan no tener mucha importancia hasta la muerte). Del mismo modo también es preocupante el intrusismo en la esfera de los arquitectos, interioristas, ingenieros técnicos de obras, etc, debido a las consecuencias que pueden derivarse del ejercicio sin estar habilitado para ello.

Son muchos los sujetos que, a pesar de no encontrarse habilitados para el ejercicio de una profesión, por no haber obtenido el título académico u oficial, desarrollan los actos propios de esa profesión, de la que no se encuentran habilitados, pudiendo conllevar el desempeño de esos actos, dependiendo de la profesión realizada, consecuencias fatales como lesiones, perjuicios económicos, civiles, etc., a los que solicitan sus servicios.

En este apartado se va a tratar únicamente el intrusismo en el colectivo de la abogacía, ya que es una de las profesiones en las que va en aumento esta práctica delictiva, incluso a través de la utilización de las nuevas tecnologías

⁴⁸ STSJ Sala de lo Social Islas Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) núm. 1665/2023, de 14 de diciembre.

⁴⁹ Vid. SSTs (Sala de lo Social) núm. 206/2016, de 9 de marzo y 23 de mayo de 2003 (rec. 4318/2002); STSJ Sala de lo Social Andalucía (Granada) núm. 1295/2023, de 22 de junio de 2023 y STSJ Sala de lo Social Islas Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) núm. 1665/2023, de 14 de diciembre.

de la información y la comunicación, es decir, por medio de software, inteligencia artificial, chatbots, etc.

Es difícil pensar que una persona sin estar habilitada para el ejercicio del derecho pueda no sólo asesorar sobre temas jurídicos, sino incluso redactar una demanda y defender a un particular en juicio, pero ha ocurrido y seguirá ocurriendo a no ser que se establezcan los protocolos necesarios para tratar de evitarlo.

En todos los años que llevo de ejercicio nunca me pidieron en el juzgado que acreditara de ningún modo mi condición de abogado ejerciente, por eso considero que es realmente sencillo que cualquiera actúe como abogado sin estar habilitado.

Por otro lado, cuando es necesaria la intervención en un procedimiento del procurador es incluso más sencillo que se pueda producir este intrusismo respecto de la figura del abogado, ya que el procurador es el encargado de llevar a cabo todos los actos de comunicación con el juzgado, que si bien van firmados por el abogado puede que éste no se encuentre habilitado para hacerlo, bien por que carezca de la titulación necesaria o bien porque se encuentre en ese momento inhabilitado por alguna causa legal.

1. Regulación legal de la profesión de abogado

Actualmente la profesión de abogado se encuentra bastante regulada a través de normas que recogen, no sólo una definición de la profesión de abogado, sino que regulan también las funciones para las que estos profesionales se encuentran habilitados.

La constitución española no sólo regula el deber de los españoles de trabajar, el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE) sino que recoge asimismo la obligación normativa de regular las particularidades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas (art. 36 CE).

Antes de realizar un análisis sobre el concepto de abogado es importante delimitar qué actividades profesionales se encuentran reservadas legalmente a la profesión de abogado ya que esta delimitación va a permitir determinar si la realización por un sujeto de una concreta actividad se puede calificar de intrusismo profesional o no.

El artículo 542.1 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), señala literalmente que corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección

y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico.

De este artículo se deduce que entre las actividades propias de la profesión de abogado se encuentran tanto la dirección y defensa de las partes en los procedimientos, como el asesoramiento y consejo jurídico, es decir, habrá intrusismo cuando se efectúen actuaciones, por sujetos no habilitados para desempeñarlas, ante autoridades judiciales, así como cuando se realice simplemente un asesoramiento jurídico.

El ejercicio de la abogacía consistía, de acuerdo con el anterior Estatuto General de la Abogacía Española en la actividad de asesorar «por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la justicia»⁵⁰.

Actualmente es el Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE) en su artículo 5 el que concreta el ámbito del ejercicio profesional del abogado, ampliando las funciones de estos profesionales respecto de las contenidas en el anterior estatuto de la abogacía y señalando que:

«1. El abogado y la abogada podrán ejercer su profesión, en los términos que legalmente se establezcan, ante cualquier clase de órganos jurisdiccionales y administrativos de España, así como ante cualesquiera entidades o personas públicas y privadas. También podrá ejercer, conforme a las normas en cada caso aplicables, como árbitro, mediador o interviniente en cualesquiera otros métodos alternativos a la jurisdicción para la resolución de conflictos o litigios.

2. También podrán ejercer su profesión ante los órganos jurisdiccionales internacionales o supranacionales cuyas normas reguladoras lo permitan.

3. La intervención profesional del abogado o abogada en toda clase de procesos y ante cualquier jurisdicción será preceptiva cuando así se disponga por el ordenamiento jurídico.

4. El profesional de la Abogacía podrá ostentar la representación procesal del cliente cuando no esté reservada en exclusiva por Ley a otras profesiones».

Por otro lado, y respecto de quiénes se consideran habilitados para el ejercicio de la profesión de abogado, el artículo 4 EGAE define abogado como aquellos que además de estar en posesión del título oficial que les habilite para

⁵⁰ SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 231/2022, 2 de junio de 2022. Artículo 1.1 Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

el ejercicio de esa profesión, se encuentren incorporados a un Colegio de la Abogacía como ejercientes, dedicándose de forma profesional al asesoramiento jurídico, a la solución de disputas y a la defensa de derechos e intereses ajenos, tanto públicos como privados, en la vía extrajudicial, judicial o arbitral.

La Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales reconoce, en su exposición de motivos, como una exigencia derivada de la CE la regulación del régimen de acceso a la profesión de abogado y esto debido a que los abogados son profesionales colaboradores fundamentales en la impartición de justicia, redundando directamente la calidad del servicio que prestan en la tutela judicial efectiva garantizada a los ciudadanos por la CE.

Para acceder a la profesión de abogado, desempeñando la defensa letrada en los procesos extrajudiciales y judiciales que sea obligatoria su asistencia, y en todo caso para prestar asistencia letrada o asesoramiento en derecho utilizando la denominación de abogado y poder colegiarse en el colegio profesional correspondiente, es requisito obligatorio la obtención del título profesional de abogado, así como acreditar la capacitación profesional a través de la realización de una formación especializada⁵¹.

Siendo esto así no parece difícil delimitar aquellas actividades y aquellos sujetos que pueden cometer el delito de intrusismo profesional respecto de la profesión de abogado, pero esto no siempre es sencillo, siendo los órganos judiciales a través de sus sentencias los encargados de poner luz al respecto.

Por último, hay que señalar que se está preparando una ley (Ley del derecho de defensa), actualmente aprobada el proyecto de Ley Orgánica, que desarrolle el derecho fundamental contenido en el artículo 24 CE, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva, así como a la prohibición de indefensión con el objeto de evitar, entre otros aspectos, el intrusismo laboral en el ámbito de los abogados.

2. A través de personas físicas

El intrusismo profesional afecta, en el caso de la abogacía, a los derechos e intereses de los ciudadanos, ya que aquellos que no están habilitados para ejercer el derecho de acuerdo con la normativa, asesorando y defendiendo a terce-

⁵¹ Artículo 1 Ley 34/2006, 30 de octubre.

ros pueden causar con su conducta riesgos o daños en los derechos e intereses personales y patrimoniales estas personas a las que asesoran y defienden⁵².

Como ya se ha analizado a lo largo de este estudio, el delito de intrusismo requiere no sólo la realización de actos propios de una profesión, en este caso, la abogacía, sino que se exige además que se carezca del título académico u oficial.

Los colegios de abogados no pueden sancionar a quienes no son profesionales pertenecientes a dicho colegio siendo por ello la única vía para poder castigarles el que medie una denuncia o bien de un particular o bien de un profesional ante el colegio de abogados.

Se han dado casos de licenciados en derecho o graduados en derecho que actúan como abogados, pero sin estar colegiados. Tienen la titulación académica que les habilita para actuar como abogados, pero no la colegiación.

La AP Madrid entendió que ejercer de abogado sin estar dado de alta en el colegio de abogados no supone la comisión de un delito de intrusismo. En este caso se entendió que no se daba el delito intrusismo ya que lo que se exige para que se consuma el delito, entre otros requisitos, es carecer de la preparación adecuada que te la otorga el haber obtenido el título académico expedido por el Estado, por lo que el hecho de no estar dado de alta en el colegio respectivo o al día de pago en las cuotas sociales, son cuestiones de menor entidad, que tiene su respuesta fuera del ámbito penal, sino que más bien hay que buscarla en el ámbito deontológico disciplinario⁵³.

Son muchos y variados los supuestos resueltos por los órganos judiciales respecto de qué se consideran actos propios de la profesión de abogado por sujetos no habilitados para actuar como tales, analizando en este apartado algunos de ellos.

Han considerado como actos propios de la profesión de abogado, el cobrar la provisión de fondos para reclamaciones judiciales⁵⁴ o asistir a juicio defendiendo al cliente⁵⁵, pero en sentido contrario excluye el asesoramiento

⁵² MAZÓN BALAGUER, Miguel Pedro: <https://www.miguelmazon.com/post/el-intrusismo-profesional-en-la-abogac%C3%ADa>

⁵³ Vid. SAP Madrid 4 de diciembre de 2014 (rec. 48/2014) y SAP Granada núm. 530/2016, de 18 de octubre que se refiere a excluir del delito de intrusismo a los que ejerzan actos propios de la abogacía estando dados de alta en un colegio de abogados, pero como «no ejercientes».

⁵⁴ El Tribunal Supremo se pronunció al respecto en las sentencias núm. 41/2002, de 22 de enero y núm. 287/2002, considerando como actos propios de la profesión de abogado el constituir una sociedad para el asesoramiento jurídico, aceptando encargos de reclamaciones judiciales y recibiendo cantidades económicas en concepto de provisión de fondos.

⁵⁵ Vid. SAP Madrid núm. 526/2009, de 10 de diciembre.

administrativo por no ser exclusivo de la profesión de abogado⁵⁶; cuando no posee título académico español, pero sí se posee su homólogo en el extranjero⁵⁷; cuando el abogado ha sido inhabilitado o suspendido para el ejercicio del derecho y durante la inhabilitación o suspensión ejerce como tal⁵⁸; cuando el licenciado en derecho no está colegiado o se encuentra colegiado como no ejerciente⁵⁹.

Según la jurisprudencia, no sólo hay intrusismo cuando se realicen actuaciones ante los órganos judiciales sino también en actividades de asesoramiento jurídico ya que de todos es conocido cómo es precisamente en sus consultas privadas, aconsejando a sus clientes, donde estos profesionales desarrollan una parte importante de su actividad como tales.

3. A través de la inteligencia artificial por medio de chatbots

En la sociedad digitalizada en la que vivimos actualmente, la comunicación a través de internet se ha convertido en la norma general, siendo esta forma de comunicación lo que ha impulsado a distintos sectores de actividad, entre los que se encuentra, el sector legal, a implantar chatbots con el objeto de que sean estos los que tengan una primera toma de contacto con los posibles clientes.

La inteligencia digital (IA) es «la disciplina que trata de crear sistemas capaces de aprender y razonar como si de un ser humano se tratase, debido a un proceso de aprendizaje de la maquinaria que se caracteriza por la experiencia en el procesamiento de datos y el contraste de cierta información mediante estudios estadísticos y probabilidades»⁶⁰.

⁵⁶ Vid. a este respecto STS núm. 934/2006, de 29 de septiembre y SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 231/2022, de 2 de junio, que han determinado que el asesoramiento administrativo no constituye un acto exclusivo de la profesión de abogado, y que en el ámbito jurídico, «la implicación o la proyección de la persona y de sus múltiples facetas en el mundo del Derecho le hace susceptible de recibir consejos de tal orden en muy diversos planos (mercantil, bancario, bursátil; tributario, laboral y relacionado con la Seguridad Social), sin que se tenga que llegar a la tipicidad penal que debe quedar reservada para cuando lo que se ejecuta pertenece en exclusiva a una determinada profesión».

⁵⁷ Vid. SAP Sevilla núm. 662/2003, de 21 de noviembre.

⁵⁸ En este caso la SAP Madrid 4 de diciembre de 2014, señala que no se comete un delito de intrusismo sino de quebrantamiento de condena.

⁵⁹ Los licenciados no colegiados o colegiados como no ejercientes no cometen delito de intrusismo en el caso de que realicen actos propios de la profesión de abogado, sino más bien podrían dar lugar a una sanción disciplinaria. AAP Madrid núm. 983/2014, de 4 de diciembre.

⁶⁰ ARAGÜEZ VAKENZUELA, Lucía: «La profesión de la abogacía a través de la IA: Chatbots y nuevos desafíos para el asesoramiento jurídico», *Revista de Estudios Europeos*, núm. extraordinario monográfico 2, 2023, p. 56.

Una de las profesiones que se está viendo más afectada por la incorporación de la IA y el *machine learning* es la abogacía. No todas las herramientas de software en el sector legal dan soporte a los mismos sujetos jurídicos, mientras unas de ellas están enfocadas a ayudar a los abogados para prestar servicios jurídicos de la manera más eficiente posible, otras se centran en el consumidor con el fin de ofrecerle solución a las cuestiones legales que plantee⁶¹.

No todas estas herramientas son herramientas jurídicas, ya que algunas de ellas están orientadas al sector legal desde un ámbito formal como es el caso de los gestores de documentos, automatización de plantillas y formularios, etc., pero no asesoran jurídicamente por ellas mismas, necesitando de un abogado para el asesoramiento jurídico.

Por otro lado, sí existen herramientas que prescinden del abogado y ofrecen soluciones jurídicas por ellas mismas. En estos casos se habla de software legal o chatbots.

Hay que diferenciar entre los chatbots de acceso a bases de datos tanto de sentencias, como de jurisprudencia o de cualquier tipo de información jurídica, de los chatbots de atención al cliente y de los chatbots jurídicos. Del mismo modo dentro de estos chatbots jurídicos es necesario diferenciar los que apoyan al abogado como una simple herramienta, de los que se encuentran dotados de inteligencia artificial generativa que están capacitados para sustituir al abogado en sus funciones.

Un bot conversacional es un software que simula tener una conversación con una persona ya que le proporciona respuestas automáticas a preguntas que le realizan los clientes⁶², siendo uno de los principales motivos por los que los despachos de abogados apuestan por incluir un chatbot, es decir, un asistente virtual en la empresa que resuelva las dudas sencillas que les surgen a los clientes.

Respecto de los chatbots de acceso a bases de datos destaca Alma, el chatbot conversacional apoyado en IA y en la ética de Mutuality Abogacía⁶³ y de entre los chatbots jurídicos el más avanzado del mercado es DoNoPlay

⁶¹ PASCUAL MALDONADO, Javier: «IA en el sector legal: ¿Un software puede asesorar jurídicamente? ¿Quién debe desarrollarlo y sobre quién recae la responsabilidad?», LegalTech, septiembre 2018.

⁶² The Impact Lawyers Newsroom: «Los chatbots jurídicos. Todo lo que necesitas saber sobre estos asistentes virtuales», <https://theimpactlawyers.com/es/articulos/los-chatbots-juridicos-todo-lo-que-necesitas-saber-sobre-estos-asistentes-virtuales>

⁶³ LORENTE, Javier: El uso de chatbots de atención al cliente en despachos de abogados Abogacía Española. Consejo General. <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-comunicacion-y-marketing-juridicos/el-uso-de-chatbots-de-atencion-al-cliente-en-despachos-de-abogados/>

(opera en Reino Unido y en casi todos los Estados Unidos)⁶⁴, creado inicialmente para ayudar a los usuarios con las reclamaciones de multas de tráfico.

Las empresas obtienen, con la implantación de estos asistentes legales una serie de ventajas competitivas que les proporcionan un valor añadido al cliente, si bien también pueden generar inconvenientes de diversa índole.

Entre las principales ventajas de los bots para las empresas y más concretamente para los despachos de abogados se encuentran:

— La mejora de la atención al cliente proporcionando respuestas inmediatas a las preguntas que el chatbot entiende como frecuentes. Con esto se da la impresión de una atención inmediata al cliente y se pretende que éste, consecuencia de esa inmediatez, interactúe con el asistente virtual;

— La optimización de los recursos siendo los chatbots los encargados de atender consultas sencillas siendo los empleados los que se van a encargar de dar soluciones a las preguntas más complejas. El tipo de contacto con el cliente no debe ser excluyente pudiendo decidir él mismo la forma de contactar con el despacho, bien a través del asistente virtual o bien del asesoramiento personal vía telefónica.

— Disponibilidad ilimitada, por cuanto los chatbots están activos 365 días, veinticuatro horas y con ellos se libera a la empresa de contratar a empleados que estén pendientes del teléfono, dedicándose a tareas más especializadas. Además, pueden gestionar múltiples preguntas al mismo tiempo.

— Mejora la imagen de la empresa, ya que al ofrecer el servicio veinticuatro horas, siete días a la semana, aporta un servicio ágil y eficaz y sin esperas, sin ser necesaria la intervención personal del letrado para todas las consultas.

Estos chatbots resuelven rápidamente las dudas de los clientes, pero sin quitar trabajo al abogado ya que hay actividades que tiene que realizar de manera obligatoria el profesional humano, sirviendo esta herramienta como apoyo al despacho, pero no como competencia⁶⁵.

Los chatbots no son igual de eficaces en todos los tipos de empresas, siendo más útiles en unos sectores que en otros. Los inconvenientes que tiene el uso de estos chatbots son:

— No pueden reemplazar totalmente la atención personal, siendo necesario el empleado para resolver las dudas más complejas, por cuanto estos

⁶⁴ LEGALTECH: «Cómo el sector legal está usando los chatbots», <https://legaltechies.es/2018/10/18/como-el-sector-legal-esta-usando-los-chatbots/>

⁶⁵ The Impact Lawyers Newsroom: «Los chatbots jurídicos. Todo lo que necesitas saber sobre estos asistentes virtuales», <https://theimpactlawyers.com/es/articulos/los-chatbots-juridicos-todo-lo-que-necesitas-saber-sobre-estos-asistentes-virtuales>

chatbots todavía no tienen ni capacidad de improvisación ni de interpretación respecto de determinadas consultas.

— No son adecuados para determinados servicios sensibles como determinadas consultas legales en los que se deben utilizar para consultas sencillas, pero finalmente al cliente se le tiene que derivar a un empleado para solucionar las dudas más complejas.

— No tienen capacidad de improvisación, pudiendo interactuar con humanos cuando las conversaciones respondan a algoritmos previamente programados⁶⁶.

— Pueden plantearse problemas con la Ley de protección de datos de datos personales y garantías de los derechos digitales, ya que los chatbots recaban y utilizan una serie de datos personales, debiendo cumplirse la normativa de protección de datos.

— También se pueden plantear problemas respecto de la responsabilidad de los chatbots por error en la solución de la consulta planteada, por ejemplo, por no estar actualizado de manera continua, etc.

Aunque todavía tienen camino por recorrer, parece que los beneficios de los chatbots superan a sus inconvenientes, ya que contribuyen a generar con los potenciales clientes de la sociedad actual, más acostumbrados a la interacción con las nuevas tecnologías de la comunicación y la información, una buena experiencia y mejoran la satisfacción de estos.

Es necesario diferenciar entre los chatbots jurídicos, los que apoyan al abogado como una simple herramienta, de los que van más allá y se encuentran dotados de inteligencia digital generativa que operan en la posición del abogado, sustituyéndolo en sus funciones. Como ya se ha señalado al inicio de este apartado, entre los chatbots jurídicos más avanzados del mercado se encuentra DoNotPlay.

Si bien todo esto es cierto, no lo es menos que estos chatbots no son perfectos y pueden tener fallos técnicos o quedarse obsoletos debiendo ir perfeccionándolo cada cierto tiempo⁶⁷.

El uso de los chatbots, en los despachos se encuentra actualmente en auge no sólo en el extranjero sino también en España. Son muchos los chatbots que ofrecen servicios de abogacía, asesoramiento, mediación, que han sido

⁶⁶ SAP España: <https://news.sap.com/spain/2021/10/ventajas-e-inconvenientes-del-uso-de-chatbots-para-su-empresa/>; The Impact Lawyers Newsroom: «Los chatbots jurídicos. Todo lo que necesitas saber sobre estos asistentes virtuales», <https://theimpactlawyers.com/es/articulos/los-chatbots-juridicos-todo-lo-que-necesitas-saber-sobre-estos-asistentes-virtuales>

⁶⁷ LEGALTECH: «Cómo el sector legal está usando los chatbots», <https://legaltechies.es/2018/10/18/como-el-sector-legal-esta-usando-los-chatbots/>

creados por empresas externas o por despachos de abogados. Entre los más conocidos a nivel internacional se encuentran: Billy Bot; Parker, de Norton Rose Fulbright (referido a la materia de protección de datos); Patbot, de Palace Law; Larissa (solo existe una demo sobre materia civil); Juribot; Chatbots internos de Allen & Overy; Ailira, de Cartland Law; Convey Law; Renters Union (relativo al ámbito de arrendamientos).

Estos son chatbots que se centran en materias legales como mediación (Billy Bot); derecho laboral referido a reclamaciones por accidentes laborales (Patbot, de Palace Law); la jurisprudencia, realizando búsquedas a través de filtrado de las características de defensa o acusación, búsqueda en secciones específicas de un documento, filtrar por juez o abogado, seleccionar absoluciones o condenas (Juribot); leyes de consumo e impuestos australianos ofreciendo una amplia información legal acerca de cuestiones como la estructuración comercial, testamentos y planificación patrimonial, pudiendo generar de manera instantánea documentos legales australianos para su negocio y uso personal; en materias de incapacidades laborales, despidos y reclamaciones de seguros a través de información gratuita con la posibilidad de consultar también a un profesional del despacho de abogados.

Cada vez hay más chatbots en el sector legal español como, por ejemplo, Mike, Alma, Fiabilito, Bryter, Issa, etc. Estos chatbots se dedican a la asesoría legal en derecho inmobiliario, sector financiero, también se dedican a la digitalización de los procesos legales, consultas y trámites de la seguridad social o de la administración tributaria.

Entre los chatbots que pueden, gracias a la IA, ofrecer una respuesta predefinida por el programador, así como buscar dicha respuesta en sentencias, leyes, reglamentos, etc., se plantean numerosas cuestiones relativas a la consideración o no de estos softwares como asesoramiento jurídico, al intrusismo profesional, a la responsabilidad por daños y perjuicios y en su caso, a la exención de responsabilidad⁶⁸.

Son cada vez más numerosos los casos de abogados en EE. UU. que utilizan los chatbots legales para preparar un juicio y estos incluyen sentencias falsas o inventan antecedentes legales que no tienen que ver con el caso concreto. Esta práctica puede llevar y de hecho ya hay sentencias condenatorias en las que se multan a los abogados por hacer «dejación de responsabilidades

⁶⁸ PASCUAL MALDONADO, Javier: «IA en el sector legal: ¿Un software puede asesorar jurídicamente? ¿Quién debe desarrollarlo y sobre quién recae la responsabilidad?», LegalTech, septiembre 2018.

cuando presentaron las opiniones judiciales no existentes acompañadas de citas falsas creadas por la herramienta artificial ...»⁶⁹.

El año pasado un abogado demandó en EE. UU. al chatbot DoNotPlay por intrusismo profesional por ejercer la abogacía sin tener título universitario, si bien todavía no existe un pronunciamiento por parte de los órganos judiciales al respecto.

Como ya se ha analizado en la parte de los sujetos del delito de intrusismo, el sujeto activo del intrusismo sólo puede ser una persona física, entonces, ¿dónde incluyo a los chatbots? ¿Son susceptibles de ser sujeto activo?

Según Pascual Maldonado⁷⁰, o se entiende que el asesoramiento jurídico prestado por un software diseñado por una persona física es, indirectamente, un asesoramiento jurídico de la persona jurídica que lo diseña, o se entiende que no existe responsabilidad penal por el diseñador del software y, por tanto, no existe delito de intrusismo. No hay sentencias en España que se pronuncien sobre esta cuestión.

Tampoco hay una respuesta por parte de los órganos judiciales al respecto del delito de intrusismo cometido por parte de los chatbots, pero en el caso de que se produzca un daño o perjuicio a un cliente como consecuencia de un mal asesoramiento por parte del software es complicado que no se dé responsabilidad de ningún tipo, ya sea penal, administrativa o civil.

El Código civil (CC) regula la obligación de reparar el daño causado por parte de aquel que lo haya causado a un tercero ya sea por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia (art. 1902 CC). Aplicando la analogía que permite el artículo 4 CC⁷¹ señala Pascual Maldonado⁷² que el programador del software o IA sería el responsable de los perjuicios causados por estos.

4. Protección ante el intrusismo en la abogacía: Medidas de protección

En lo que se refiere al intrusismo profesional en el ámbito de la abogacía y debido a la preocupación cada vez mayor de la realización de dichas prácti-

⁶⁹ <https://efe.com/ciencia-y-tecnologia/2023-06-23/multa-de-5-000-dolares-a-abogados-que-usaron-un-chatgpt-que-se-invento-precedentes/>

⁷⁰ PASCUAL MALDONADO, Javier: «IA en el sector legal: ¿Un software puede asesorar jurídicamente? ¿Quién debe desarrollarlo y sobre quién recae la responsabilidad?», LegalTech, septiembre 2018.

⁷¹ De acuerdo con el tenor literal del artículo 4 CC: «1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

⁷² PASCUAL MALDONADO, Javier: «IA en el sector legal: ¿Un software puede asesorar jurídicamente? ¿Quién debe desarrollarlo y sobre quién recae la responsabilidad?», LegalTech, septiembre 2018.

cas por terceros, el EGAE ha regulado la protección del ejercicio de la abogacía por aquellos que se encuentran habilitados para ello, a través de los distintos órganos de los colegios de abogados. Así, recoge en su articulado, como competencias del Consejo General, el impedir y perseguir por todos los medios legales el intrusismo en el ejercicio profesional [art. 90.1.r)].

Del mismo modo el EGAE reconoce a la junta de gobierno y al decano de los colegios de abogados la competencia para ejercitar las acciones y actuaciones oportunas para impedir y perseguir el intrusismo, así como el ejercicio de la profesión por quienes, colegiados o no, la ejerciesen en forma y bajo condiciones contrarias a las legalmente establecidas (art. 78.3.d), facultando, por otro lado, a los distintos colegios de la abogacía a la adopción de medidas que traten de evitar y persigan el intrusismo profesional, así como impidan la competencia desleal entre los colegiados [art. 68.k)].

Pero no sólo los órganos de gobierno de los distintos colegios de abogados y el consejo general tienen que proteger la actividad de los abogados frente al intrusismo, sino que son también los profesionales de la abogacía los que deben proteger en primera instancia su profesión, estando obligados a denunciar ante el Consejo cualquier acto de intrusismo o ejercicio ilegal que conozcan, sea por falta de colegiación, por suspensión, por inhabilitación del denunciado o por que se den supuestos de incompatibilidad o prohibición [art. 87.d)].

La protección ante el intrusismo va de la mano de la normativa reguladora de la competencia desleal, la protección de los consumidores y usuarios, etc., a través de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal; Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y, Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

La Ley de competencia desleal considera desleal por ser engañosa, toda conducta que contenga información falsa o que, aun no siendo falsa, induzca a error en los destinatarios y que sea susceptible por ello de alterar su comportamiento económico siempre y cuando incida sobre alguno de los aspectos recogidos en la norma, como puede ser, las características principales del bien o servicio en cuestión; el alcance de los compromisos del empresario o profesional; la naturaleza de la operación comercial; el contrato, etc.

Reforzar las medidas de protección y control previo es importante para prevenir y detectar casos de intrusismo profesional. En la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y de Comercio se recoge la obligación de incluir los datos relativos a la colegiación profesional, título

académico, Estado que expidió dicho título, normas profesionales aplicables al ejercicio de su profesión, etc., a los que prestan servicios por vía telemática [art. 10.1.d)].

Por otro lado, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, regula determinados requisitos de transparencia, información y comunicación referidos a determinados extremos referidos a la obligación de los prestadores de poner a disposición de los destinatarios, entre mucha otra información, un número de teléfono, dirección de correo electrónico, que son aplicables a la abogacía. El que se haya publicado un censo actualizado de letrados de España es una medida que puede ayudar a luchar contra el intrusismo profesional en la abogacía⁷³.

Una de las medidas de persecución y protección que se ha adoptado por parte de los colegios de abogados, a los efectos de luchar contra el intrusismo en la abogacía, es actuar como acusación particular en el procedimiento de intrusismo solicitando la imposición de una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de abogado a los que son letrados en ejercicio y a los que no lo son, por si antes del transcurso del tiempo al que ha sido condenado a la pena de inhabilitación accediera a la titulación exigida para el ejercicio de la abogacía⁷⁴.

Otra de las medidas que adoptan los colegios de abogados para el caso de personas que ejerzan la abogacía sin estar habilitadas para ello, que se encuentran recogidas en el artículo 84.h) EGAE es sancionarles con la suspensión del ejercicio de la abogacía por un plazo de tres meses a dos años.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÜEZ VAKENZUELA, Lucía: «La profesión de la abogacía a través de la IA: Chatbots y nuevos desafíos para el asesoramiento jurídico» *Revista de Estudios Europeos*, núm. extraordinario monográfico 2, 2023.
- CORTÉS GARCÍA, Javier «El delito de intrusismo profesional. Especial referencia al ámbito de la abogacía», en ROMERO CORONADO, Juan (dir.): *Propuestas de mejora de promoción al empleo para egresados universitarios*, Dykinson, Madrid, 2018.

⁷³ Circular 104/2015, de 7 de julio de 2016, del Consejo General de la Abogacía Española, Comisión jurídica 1/2016.

⁷⁴ STS núm. 617/2008, de 6 de octubre y SAP Madrid núm. 526/2009, de 10 de diciembre.

- FARALDO CABANA, Patricia: «Algunos Aspectos del delito de intrusismo», p. 557 en SANZ LARRUGA, Francisco Javier (dir. Congreso), *Lecciones de Derecho Sanitario*, A Coruña, Universidad da Coruña, Servizo de publicación, 1999.
- JAÉN VALLEJO, Manuel: «Sentencia del Tribunal Constitucional 142/1999 (De nuevos obresobre el principio de legalidad a propósito del delito de intrusismo)», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, núm. 5, 2000.
- JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo: *La responsabilidad penal de los abogados. La intervención del Derecho penal en la profesión*, Dykinson, Madrid, 2017.
- LORENTE, Javier: El uso de chatbots de atención al cliente en despachos de abogados Abogacía Española. Consejo General. <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-comunicacion-y-marketing-juridicos/el-uso-de-chatbots-de-atencion-al-cliente-en-despachos-de-abogados/>
- LLORÍA GARCÍA, Paz: «La tutela de la salud: magia y curanderismo en el CP de 1822», en CALLEJÓN HERNANZ, Gregorio María y MARTÍNEZ PATÓN, Víctor (coords.): *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio y GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Derecho del Trabajo*, 30 ed., Tecnos, Madrid, 2021,
- MAZÓN BALAGUER, Miguel Pedro: <https://www.miguelmazon.com/post/el-intrusismo-profesional-en-la-abogac%C3%ADa>
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011.
- «Falsedades», en MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (dir.): *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte especial. 25.ª Edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.
- PASCUAL MALDONADO, Javier: «IA en el sector legal: ¿Un software puede asesorar jurídicamente? ¿Quién debe desarrollarlo y sobre quién recae la responsabilidad?», LegalTech, septiembre 2018.
- QUERALT JIMÉNEZ, Juan J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Taller, Barcelona, 2008.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 1588-1589.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: «El delito de intrusismo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1969.
- SUÁREZ LÓPEZ, Jose María: El tratamiento Penal del Intrusismo, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 1, 2012.
- VIDAL CASERO, María del Carmen: «El artículo 403 del Código penal. El intrusismo dentro del ámbito farmacéutico», *Revista Derecho y Salud*, núm. 1, vol. 6, 1998.
- LEGALTECH: «Cómo el sector legal está usando los chatbots», <https://legaltechies.es/2018/10/18/como-el-sector-legal-esta-usando-los-chatbots/>

SAP España: <https://news.sap.com/spain/2021/10/ventajas-e-inconvenientes-del-uso-de-chatbots-para-su-empresa/>

The Impact Lawyers Newsroom: «Los chatbots jurídicos. Todo lo que necesitas saber sobre estos asistentes virtuales», <https://theimpactlawyers.com/es/articulos/los-chatbots-juridicos-todo-lo-que-necesitas-saber-sobre-estos-asistentes-virtuales>

— <https://efe.com/ciencia-y-tecnologia/2023-06-23/multa-de-5-000-dolares-a-abogados-que-usaron-un-chatgpt-que-se-invento-precedentes/>

Nuestro sistema jurídico no permanece impasible ante el incumplimiento de las normas laborales. Sin perjuicio de eventuales reclamaciones privadas, arbitra una tutela administrativa (a cuyo efecto resulta decisiva la LISOS) dejando para los casos especialmente graves la responsabilidad penal. La doctrina (laboralista, penalista) viene examinando el campo que han de ocupar los delitos con conexiones sociolaborales, pues los límites entre la responsabilidad penal y administrativa no siempre están bien definidos, pudiéndose llegar a castigar la misma conducta desde dos perspectivas distintas. Además, los conceptos acuñados en el ámbito laboral pueden divergir de los establecidos en el ámbito penal (por ejemplo, en el acoso).

Esta monografía colectiva, aborda los delitos vinculados a las relaciones laborales, el empleo, la emigración irregular, la contratación, la cesión ilegal, el intrusismo, la prevención de riesgos laborales, la vulneración de derechos fundamentales, la trata de seres humanos, los atentados contra la libertad sindical, el derecho de huelga, la prohibición de discriminación, el derecho a la intimidad o los conexos con el acoso. También analiza los delitos asociados a incumplimientos en materia de Seguridad Social o el acceso a subvenciones, la responsabilidad de las personas jurídicas, sus administradores o encargados, los programas de cumplimiento (*compliance*), los canales de denuncias de delitos, la administración desleal de empresas, la insolvencia punible, la revelación de secretos empresariales, o aspectos procedimentales como la estafa procesal en el ámbito laboral y la frustración en la ejecución.

El volumen recoge y sistematiza todos esos delitos desde una perspectiva principalmente laboral, con un enfoque teórico-práctico que aúna rigor y utilidad.