

EL CONCEPTO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

FERNANDO GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO

Universidad de La Laguna*

Sumario

I. Introducción. II. La función del trabajador en la estructura típica de los delitos contra los derechos de los trabajadores. A. Aproximación al bien jurídico protegido: ¿pluralidad de bienes jurídicos o bien jurídico único? B. Función típica de la figura del trabajador. III. El concepto de trabajador en el Derecho Penal español. A. El concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo español. B. La propuesta de la sentencia —n.º 407/98, de 15 de octubre— de la Audiencia Provincial de Gerona. C. Otras soluciones. D. Nuestra propuesta. 1. Concepto de trabajador. 2. Anotaciones finales: límites de la propuesta realizada.

I. Introducción

En el Título XV del Libro II del Código Penal se tipifican como delito una pluralidad de acciones relacionadas directa o indirectamente con el mundo del trabajo. Aunque los preceptos recogidos en este Título

* Este trabajo es deudor de los consejos e indicaciones de Dulce M.^a Cairós Barreto, Juan M. Díaz Rodríguez y Juan B. Vivero Serrano, profesores del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna.

lo, artículos 311 a 318 CP, han sido objeto de numerosos estudios por parte de la doctrina, llegando a desarrollarse un auténtico Derecho Penal del trabajo¹, hay un aspecto de los mismos que precisa aún de aclaración: el sujeto pasivo de las distintas conductas tipificadas. Según se establece en el Código, sólo cuando las acciones descritas en los artículos 311, 314 ó 316 CP recaen sobre un trabajador o conjunto de trabajadores, estaremos ante conductas típicas. Sin embargo, no sabemos cuándo estamos ante un trabajador para el Derecho Penal español. ¿Qué requisitos debe cumplir una persona para ser considerada sujeto pasivo de estos delitos?

Aunque pueda parecer lo contrario, no es sencillo responder a esta pregunta. Por poner un ejemplo, si asumimos el concepto que se deduce del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores² (en adelante, ET) —prestación personal libre, por cuenta ajena, dependiente y remunerada³— quedarían desprotegidos, entre otros supuestos, quienes no realizan el trabajo libremente, sea porque se encuentran en manos de organizaciones mafiosas o cualquier otra circunstancia, los menores de dieciséis años (artículo 6 ET), las prostitutas o actividades y trabajos excluidos por el artículo 1.3 ET como, por ejemplo, la relación de servicio de los funcionarios públicos o la del personal estatutario al servicio de la Seguridad Social. Obviamente, tales resultados no son satisfactorios, y nos llevan a cuestionar, ya en un primer momento, el único concepto con perfiles claros del que se dispone para interpretar estos preceptos.

¹ Cuyo objeto concretara ya ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho Penal del trabajo*, Praxis, Barcelona, 1988, p. 10, en «la ordenación sistemática de las figuras de delito de la parte especial orientadas de forma directa a la tutela de derechos laborales».

² Como por ejemplo, ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho Penal del trabajo*, cit. n. 1, pp. 42 y s.; JORDANA DE POZAS GONZÁLEZ, Luis, en Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II, Trivium, Madrid, 1997, p. 3150; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.): *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*. I, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 898; con matices, NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 46; SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.ª ed., Dykinson, Madrid, 2000, p. 543; VALLE MUÑIZ, José Manuel/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1476; los mismos, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 1106.

³ Sobre ello, ampliamente, DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: «Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español», *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, 1972, n.º 4, p. 6.

En el presente trabajo se pretende determinar qué debe entenderse por trabajador en el Derecho Penal español. Para ello hemos procedido del siguiente modo: en la primera parte, realizamos una breve aproximación al bien o bienes jurídicos protegidos en el Título XV para, a continuación, determinar la función del trabajador en las distintas estructuras típicas previstas; una vez que hayamos ubicado esta figura, propondremos una definición, y concluiremos con unas breves reflexiones sobre la idoneidad de este Título para dar respuesta a la realidad laboral que precisa de la intervención del Derecho Penal.

II. La función del trabajador en la estructura típica de los delitos contra los derechos de los trabajadores

A) *Aproximación al bien jurídico protegido: ¿pluralidad de bienes jurídicos o bien jurídico único?*

En la doctrina no existe unanimidad sobre el bien jurídico protegido en las figuras delictivas que se recogen en el Título XV CP. Ni siquiera existe acuerdo sobre la cuestión de si existe un bien jurídico único o no, y a la hora de responder a estas cuestiones se han manifestado opiniones en uno u otro sentido.

Así, uno de los grandes especialistas en la materia, Arroyo Zapatero, señalaba en relación con la regulación prevista en el anterior Código Penal (en adelante, ACP) que estos tipos están orientados a «garantizar el respeto de las condiciones establecidas en la contratación laboral, dentro de los mínimos determinados por fuentes normativas de carácter general: normas estatales y convenios colectivos»⁴; concretando el bien jurídico en «el interés del Estado en que se respeten las condiciones mínimas de vida profesional de los trabajadores por cuenta ajena, condiciones mínimas que él mismo establece al dictar normas legales y al reconocer eficacia general a los convenios colectivos»⁵.

⁴ ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho Penal del trabajo*, cit. n. 1, p. 24.

⁵ ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho Penal del trabajo*, cit. n. 1, p. 26. La opción por este bien jurídico no está carente de consecuencias, como señala ARROYO ZAPATERO, ult. cit., p. 25: «1.º El carácter colectivo del bien jurídico hace indiferente el número de trabajadores afectados; se apreciará un único delito del 499 bis [ACP] y no tantos delitos como afectados. 2.º El carácter no disponible de los derechos laborales mínimos —que como tales reconocen disposiciones legales y convenios— inclu-

En un sentido similar, Bajo Fernández señalaba que en estos delitos se protegen «los intereses del trabajador considerado como parte del contrato de trabajo»⁶, aunque «no se trata de los intereses del trabajador individualmente considerado, sino del trabajador como miembro de una clase social o de un sector de la comunidad con una situación concreta en el mercado de trabajo»⁷. Y más recientemente, Navarro Cardoso afirma que estos delitos protegen «los derechos mínimos de los trabajadores nacidos de la relación laboral»⁸, y aporta dos argumentos principales: el tratamiento unitario que les otorga el Código Penal⁹ y la homogeneidad de los distintos supuestos¹⁰.

so por quien es su titular, determina que en estas figuras el consentimiento del trabajador sea irrelevante. 3.º Por último, la naturaleza del bien jurídico opera singularmente en materia de concurso; las conductas que, además de lesionar bienes jurídicos individuales del trabajador, lesionen los intereses del trabajador en su dimensión colectiva prevista en el 499 bis, han de calificarse como realizadoras de delitos distintos, como concurso de delitos real o ideal según los casos». Siguiendo al anterior, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 471 y s.; el mismo: *Derecho Penal Económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 540 y s.

⁶ En relación también con el art. 499 bis ACP, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: «Delito contra la libertad y la seguridad en el trabajo. Consideraciones sobre modalidades de comisión, concurso y consumación», *Cuadernos de Política Criminal*, 1978, n.º 6, p. 166.

⁷ *Ibidem*, señalando que «en último extremo, el artículo 499 bis es una norma jurídica más de las que pretenden lograr un correcto equilibrio de fuerzas en la libertad de contradicción dentro del mercado de trabajo. De este modo se protege también el orden social, tanto en su aspecto interno de mantenimiento del equilibrio, mediante la defensa del más débil, como en su aspecto externo de mantenimiento de la paz pública, fácilmente perturbable mediante conductas abusivas sobre la masa de trabajadores».

⁸ NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit. n. 2, p. 26. En un sentido similar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit. n. 5, pp. 469 y s.; el mismo: *Derecho Penal Económico*, cit. n. 5, pp. 537 y s.; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.): *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*. I, cit. n. 2, p. 898; el mismo, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.): *Compendio de Derecho Penal español (Parte especial)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 565; NAVARRO CARDOSO, Fernando/DEL RÍO MONTESDEOCA, Luis: «Delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores del artículo 313.1 del Código Penal de 1995. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1998», *La Ley*, 1998/6, D-337, p. 2354; VALLE MUÑIZ, José Manuel/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit. n. 2, pp. 1474 y s.; los mismos, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit. n. 2, p. 1104.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit. n. 2, p. 27.

Sin embargo, Muñoz Conde rechaza tales argumentos, sosteniendo, en oposición a los autores anteriores, que en el Título XV se protegen «una pluralidad de bienes jurídicos, cuyo único denominador común es su referencia al mundo del trabajo»¹¹. Y, dentro de esta segunda corriente, Baylos Grau y Terradillos Basoco identifican, entre otros bienes jurídicos, la vida y la salud de los trabajadores, en relación con el artículo 316 CP¹², el derecho a la igualdad de los trabajadores, en relación con el artículo 314 CP¹³, o la libertad sindical y el derecho de huelga, en relación con el artículo 315 CP¹⁴.

¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 14.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 330. Siguiendo al anterior, CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en VIVES ANTÓN, T. S./BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 607, aunque señalan que «puede matizarse su postura, entendiendo que existe un bien jurídico categorial común que gira en torno a los derechos propios nacidos de la relación laboral (condiciones de trabajo, sindicación, seguridad social, etc.) Sin embargo, a la hora de interpretar cada una de las distintas figuras delictivas, sí puede hablarse de bienes jurídicos específicos o más concretos»; señalando entre otros, los derechos mínimos y esenciales derivados de la contratación laboral (siguiendo a NAVARRO CARDOSO en relación con el art. 311 CP, p. 608), el interés del Estado en evitar la discriminación constitucionalmente proscrita (p. 615) o, en relación con el art. 316 CP, la seguridad e higiene en el trabajo vinculados a la vida, salud e integridad física del trabajador (siguiendo a LASCURAÍN SÁNCHEZ, p. 620); los mismos, en Tomás S. VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 1544 y ss. En el mismo sentido, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: «La protección penal de los derechos de los trabajadores en el Código Penal», *Actualidad Penal*, 1998-I, marg. 111; PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», *Relaciones laborales*, 1997/I, p. 271, señalando, entre otros bienes jurídicos, el equilibrio en el marco de desarrollo de las relaciones laborales (p. 272) o el derecho a no ser tratado de forma desigual sin fundamento (p. 285); siguiendo a CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, SUANZES PÉREZ, Fernando: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», CDJ, *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, 1996, pp. 127 y s. En este sentido también la sentencia n.º 407/98 de la Audiencia Provincial de Gerona, de 15 de octubre, fundamento jurídico cuarto.

¹² V. BAYLOS GRAU, Antonio/TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: *Derecho penal del trabajo*, 2.^a ed., Trotta, Madrid, 1997, p. 116, siguiendo en este punto a LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, p. 110.

¹³ V. BAYLOS GRAU, Antonio/TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: *Derecho penal del trabajo*, cit. n. 12, p. 130. En el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores (II): arts. 314, 315, 316 y 317 del Código Penal», CDJ, *Empresa y Derecho Penal* (I), 1999, p. 414.

¹⁴ V. BAYLOS GRAU, Antonio/TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: *Derecho penal del trabajo*, cit. n. 12, pp. 143 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores (II): arts. 314, 315, 316 y 317 del Código Penal», cit. n. 13, p. 419.

Por varios motivos, esta última postura nos parece más convincente que la anterior. En primer lugar, la diversidad de conductas tipificadas impide, a nuestro juicio, identificar un bien jurídico único como pretenden Arroyo Zapatero o Bajo Fernández. En este sentido, señala con razón Pérez Manzano que «aunque la reunión de las figuras en un título para dotar de unidad al conjunto es razonable, no se puede dejar de reconocer la pluralidad y heterogeneidad de los bienes y derechos afectados, de las conductas tipificadas y de los sujetos que pueden ser sujeto activo y pasivo de los delitos»¹⁵.

Por ejemplo, si estimamos, como Navarro Cardoso, que el bien jurídico protegido son «los derechos mínimos de los trabajadores nacidos de la relación laboral»¹⁶, difícilmente podríamos justificar el castigo de las dos primeras conductas descritas en el artículo 312.2 CP, es decir, reclutar y determinar a personas a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas; pues en el primer supuesto —la mera recluta— no tiene por qué haber una relación laboral previa¹⁷, y en el segundo —determinar al abandono del puesto de

En un sentido similar, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, en Miguel BAJO FERNÁNDEZ (dir.): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*. Volumen II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pp. 635 y ss.; SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 2, pp. 554 y ss., señalando entre otros bienes jurídicos, la libertad sindical (p. 623), el derecho de huelga (p. 624) o la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores (p. 627).

¹⁵ PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, p. 271. Siguiendo a la anterior, HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe: «La protección penal de los derechos de los trabajadores en el Código Penal», cit. n. 11, marg. 111.

¹⁶ NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit. n. 2, p. 26.

¹⁷ Como acertadamente aprecian VALLE MUÑIZ, José Manuel/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit. n. 2, p. 1488, quienes atendiendo a la diferente gravedad de los supuestos, mantienen que en el caso de recluta determinante de abandono se da lugar a un concurso ideal de delitos entre la conducta tipificada en este precepto y la estafa; los mismos, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit. n. 2, p. 1122. En el mismo sentido BAYLOS GRAU, Antonio/TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: *Derecho penal del trabajo*, cit. n. 12, p. 90, señalando «lo sorprendente que resulta que un engaño determinante de la decisión de abandonar el trabajo sea castigado con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, inferior a la correspondiente al engaño que provoca una disposición patrimonial de 50.001 pesetas»; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit. n. 5, p. 492; el mismo: *Derecho Penal Económico*, cit. n. 5, p. 566; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.): *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*. I, cit. n. 2, p. 898; NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit. n. 2, p. 92.

trabajo— se está protegiendo a sujetos cuya relación laboral se ha extinguido¹⁸. Es decir, sujetos que ya no son trabajadores¹⁹.

Lo mismo sucede con las conductas tipificadas en el artículo 313.1 CP, donde se castiga a quien promueva o favorezca la inmigración clandestina de trabajadores a España. Quizá los inmigrantes clandestinos merezcan la consideración de trabajadores a efectos del citado artículo²⁰. Ahora bien, en la gran mayoría de los casos no existirá una relación laboral de la que participen²¹. En consecuencia, los derechos a proteger no se pueden derivar de la misma.

Pero no son sólo las distintas conductas tipificadas las que nos disuaden de seguir la primera corriente doctrinal. De igual modo, creemos que el intento de reconducir todas y cada una de las conductas tipificadas a un único bien jurídico conlleva una difuminación de éste y, en consecuencia, de las conductas prohibidas. Como señala Cerezo Mir, «el Derecho Penal protege los bienes jurídicos mediante sus normas (mandatos y prohibiciones)... prohíbe las acciones dirigidas a la lesión de los bienes jurídicos o que encierran en sí el peligro de dicha lesión»²². Por tanto, cuanto más podamos delimitar el objeto de pro-

¹⁸ Aunque como señalan VALLE MUÑIZ, José Manuel/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit. n. 2, p. 1488, «no es necesario que abandone el anterior puesto de trabajo, ya que la recluta de personas y la determinación a abandonar el puesto de trabajo se prevén en el tipo como formas alternativas y no cumulativas»; los mismos, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit. n. 2, p. 1122.

¹⁹ En este sentido, también, PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, p. 271, señalando además de este precepto los arts. 313 y 315.

²⁰ Como se propone en la sentencia n.º 407/98 de la Audiencia Provincial de Gerona, de 15 de octubre, donde, en su fundamento jurídico séptimo, se determina la laboralidad «desde un punto de vista social». Sobre esta sentencia v. el comentario realizado por TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: «Migraciones ilegales», *Revista de Derecho Social*, n.º 4, 1998, pp. 196 y s.

²¹ Como señala, con razón, PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, p. 282, puesto que la mayoría de las personas con las que se trafica ilegalmente carecen, por lo general, de vínculo contractual alguno. En cualquier caso, se debe señalar que una vez establecida la relación laboral entre el inmigrante en situación de ilegalidad y el correspondiente empresario, la carencia del preceptivo permiso de trabajo no invalida el contrato. En este sentido, v. STSJ Cataluña, de 14 de mayo de 2002 (A. 1974). Sobre esta última cuestión, ampliamente, ARASTEY SAHÚN, M.ª Lourdes: «El despido de los trabajadores extranjeros (extracomunitarios) sin permiso de trabajo tras la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero», *Tribuna Social*, 2002, n.º 142, pp. 33 y ss.

²² CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte general*. I. Introducción, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 15.

tección de tales normas²³, más claramente podremos concretar las conductas que revisten peligro para el mismo²⁴. Y un bien jurídico tan general como el que ofrecen Navarro Cardoso o Arroyo Zapatero ofrece muy pocas pautas para la realización de tal tarea.

En tercer lugar, entendemos que el formalismo de las propuestas unitarias²⁵ dificulta aún más la delimitación del ámbito que corres-

²³ Aún cuando el mismo no permita explicar todos los elementos del delito, pues, como señala JAKOBS, Günther: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1991, 2/16, en la tipificación de una conducta delictiva entran diferentes intereses en conflicto (v. JAKOBS: ult. cit., 2/23. En nuestra doctrina, CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte general*. I. Introducción, cit. n. 22, p. 14; PEÑARANDA RAMOS, Enrique/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J./CANCIO MELIÁ, Manuel: «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», en Günther JAKOBS: *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 35. De otra opinión, JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1996, p. 259), no siendo la sociedad una institución para su maximización; o que la norma penal una vez en vigor constituya en sí misma un objeto de protección penal todavía más específico que el bien o interés que motivó su creación (v. JAKOBS: ult. cit., 2/22 y ss.). En este segundo sentido, defendía ya MIR PUIG, Santiago: *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 138, la utilidad del bien jurídico como «concreto objeto» de tutela penal; en el mismo sentido, PEÑARANDA RAMOS, Enrique/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J./CANCIO MELIÁ, Manuel: ult. cit., p. 38.

²⁴ En este sentido, señala ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Aufbau der Verbrechenslehre*, 3.^a ed., Beck, Múnich, 1997, § 2 marg. 17, con razón, que el principio del bien jurídico ayuda a ver los problemas que se presentan en la delimitación de lo punible y a encontrar su solución racional. En el mismo sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit. n. 23, pp. 257 y 259, defendiendo en la última de las páginas citadas, la importancia del bien jurídico para la interpretación y delimitación del tipo penal; RUDOLPHI, Hans-Joachim: «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», *Festschrift für Richard M. Honig*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1970, pp. 151 y 167, situando originariamente esta función del bien jurídico como principio interpretativo en la concepción metódico-teleológica representada por HONIG, GRÜNHUT y SCHWINGE (*op. cit.*, pp. 153 y s., a la que, por otro lado, critica una falta de contenidos materiales que vinculen al legislador en la creación de normas, p. 158). En nuestra doctrina, con reservas ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire: «Infracciones extrapenales “cualificadas” en el Código Penal español de 1995: problemas de interpretación», RDPyC, 2.^a época, núm. 5 (2000), pp. 29 y ss.; señalando «la función de guía de la interpretación», MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, 6.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2002, p. 165 marg. 44; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio: «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, p. 20.

²⁵ Del que ya advierten TAMARIT SUMALLA, Josep María, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1507; el mismo, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho*

ponde al Derecho Penal respecto del que corresponde a otros sectores del ordenamiento jurídico, especialmente con el que corresponde al Derecho Administrativo sancionador, pese a que en muchos casos es posible una mayor precisión.

Así, por ejemplo, si se parte de que en los artículos 316 y 317 CP se protege el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo²⁶, entonces no sólo se atribuye a estos preceptos la misma función que desempeñan los artículos 11, 12 y 13 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante LISOS)²⁷. Además, se obvia que ya el propio legislador penal, al exigir grave peligro para

Penal, 3.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 1148; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 71.

²⁶ Como sostiene NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit. n. 2, p. 29. En el mismo sentido, AGUADO LÓPEZ, Sara: «El delito contra la seguridad en el trabajo (artículo 316 del Código Penal): Problemas concursales con las infracciones administrativas de seguridad e higiene», RGD, 1996, pp. 11366 y 11368; en relación con el art. 348 bis a) ACP, ARROYO ZAPATERO, Luis: *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo*, Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, Madrid, 1981, p. 50; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire: «Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas», AP, 2000/3, marg. 826; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: «La protección penal de los derechos de los trabajadores en el Código Penal», cit. n. 11, marg. 132; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.): *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*. I, cit. n. 2, p. 912; el mismo, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.): *Compendio de Derecho Penal español (Parte especial)*, cit. n. 8, p. 576; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 11, p. 342; SOTO NIETO, Francisco: «Los riesgos laborales y el nuevo Código Penal», *La Ley*, 1997/1, p. 1812; SUANZES PÉREZ, Fernando: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, p. 153. En sentido contrario, con argumentos de peso, AGUADO LÓPEZ, Sara: *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 80 y ss., modificando su postura anterior.

Críticamente, sobre la técnica utilizada en la tipificación de las conductas recogidas por estos preceptos, ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire: «Infracciones extrapenales “cualificadas” en el Código Penal español de 1995: problemas de interpretación», cit. n. 24, pp. 19 ss., 32 ss. y 44 ss.; GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, 1993, XVI, pp. 74-5, 78-9, 88 y s.

²⁷ Aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Sobre los problemas que ofrece la delimitación de este precepto de las correspondientes infracciones administrativas, v. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire: «Infracciones extrapenales “cualificadas” en el Código Penal español de 1995: problemas de interpretación», cit. n. 24, pp. 31 y ss.; la misma: «Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas», cit. n. 26, margs. 816 y ss. Sobre los problemas que plantea la distinción de lo ilícito administrativo y lo ilícito penal, ampliamente, CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte general*. I. «Introducción», cit. n. 22, pp. 43 y ss.

la vida, salud o integridad física²⁸, ha excluido su intervención ante infracciones leves o incumplimientos de deberes formales como, por ejemplo, la falta de limpieza del centro de trabajo de la que no se derive riesgo para la integridad física o salud de los trabajadores, previsto en el artículo 11.1 de la LISOS²⁹. Y ello se puede y debe reflejar en el bien jurídico³⁰, pues la acentuación de «la línea continua de ilícito material»³¹ que proviene de las infracciones administrativas motiva cambios en los bienes jurídicos primariamente afectados. Por tanto, parece más adecuado estimar, con Lascuraín Sánchez³², que el bien

²⁸ Críticamente sobre el hecho de que la expresión grave haya pasado a calificar el peligro, en vez de la infracción (como sucedía en el art. 348 bis a) ACP), ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire: «Infracciones extrapenales “cualificadas” en el Código Penal español de 1995: problemas de interpretación», cit. n. 24, p. 44; la misma: «Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas», cit. n. 26, marg. 812 y s., señalando que este cambio lo único que hace es aumentar la inseguridad jurídica que acompaña a esta remisión extrapenal. De otra opinión, AGUADO LÓPEZ, Sara: *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, cit. n. 26, pp. 228 y s., señalando, en la última de las páginas citadas, que sólo tiene sentido utilizar este adjetivo «en relación con el peligro, porque como sólo éste incide sobre el bien jurídico protegido puede concretar en cada momento su significado, es decir, el nivel de riesgo permitido por el ordenamiento penal»; TAMARIT SUMALLA, Josep María en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit. n. 25, p. 1509, para quien este cambio «evita una excesiva subordinación del tipo penal a la normativa laboral, y permite que éste sea aplicado aunque la infracción tenga en tal normativa la calificación de leve»; el mismo, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit. n. 25, p. 1150.

²⁹ En este sentido, ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire: «Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas», cit. n. 26, margs. 820 y s.

³⁰ Evitando de este modo los riesgos de responsabilidad *cuasiobjetiva* de los que advierte ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire: «Infracciones extrapenales “cualificadas” en el Código Penal español de 1995: problemas de interpretación», cit. n. 24, p. 45.

³¹ Gráfica expresión de CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte general. I. «Introducción»*, cit. n. 22, p. 47.

³² En relación con el art. 348 bis a) ACP, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit. n. 12, p. 110. En el mismo sentido, AGUADO LÓPEZ, Sara: *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, cit. n. 26, pp. 86 y 92; ALMELA VICH, Carlos: «Los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores. La problemática en el sector de las obras de la construcción», *Actualidad Penal*, 1998/2, marg. 508; BAYLOS GRAU, Antonio/TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: *Derecho penal del trabajo*, cit. n. 12, p. 116; CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en Tomás S. VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II*, cit. n. 11, p. 1564; los mismos, en VIVES ANTÓN, T. S./BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 11, p. 620; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores»,

jurídico protegido por este precepto no son tales derechos, sino la vida, salud e integridad física de los trabajadores³³.

Ciertamente, esta ulterior concreción no siempre será posible, pues en determinados preceptos lo impide ya la propia estructura típica de la figura delictiva. Así sucede, por ejemplo, en los artículos 311.1 y 312.1 CP. En el primero, imposición de condiciones ilegales de trabajo, se protege, como ya señalara Arroyo Zapatero en relación con el artículo 499 bis ACP, derechos y condiciones laborales normativamente establecidos³⁴. Y en el segundo, el delito de tráfico ilegal de mano de

La Ley, 1996/2, D-158, p. 1673; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: «La protección penal de los derechos de los trabajadores en el Código Penal», cit. n. 11, marg. 111; PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, pp. 271 y 300; SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 2, p. 556; TAMARIT SUMALLA, Josep María, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit. n. 25, p. 1508; el mismo, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit. n. 25, pp. 1148 y s.; TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: *Derecho Penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, p. 99; el mismo: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», CDJ, *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 160; el mismo: «Delitos contra los derechos de los trabajadores (II): arts. 314, 315, 316 y 317 del Código Penal», cit. n. 13, p. 429.

³³ Lo que como con razón señala TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 32, p. 160, parece más acorde con su comprensión como delito de peligro concreto. Sobre la naturaleza de este delito v., ampliamente, AGUADO LÓPEZ, Sara: *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, cit. n. 26, pp. 93 y ss.

³⁴ ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho Penal del trabajo*, cit. n. 1, p. 24, aunque este autor, en consonancia con lo previsto por el art. 499 bis 1.º, limitaba la protección a los derechos y condiciones establecidos en fuentes normativas de carácter general: normas estatales y convenios colectivos, no incluyendo el contrato individual; BAYLOS GRAU, Antonio/TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Derecho Penal del trabajo*, cit. n. 12, p. 74, interpretándolos restrictivamente de acuerdo con el carácter fragmentario del Derecho Penal; CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en VIVES ANTÓN, T. S./BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho Penal. Parte especial*, cit. n. 11, p. 608; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 32, p. 1667; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit. n. 5, p. 473; el mismo: *Derecho Penal Económico*, cit. n. 5, pp. 541 y s., quien entiende que este precepto protege «los derechos mínimos y esenciales derivados de la contratación laboral»; SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 2, p. 543, limitando los derechos protegidos a los reconocidos por ley. De otra opinión, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: «Delito contra la libertad y la seguridad en el trabajo. Consideraciones sobre modalidades de comisión, concurso y consumación», cit. n. 6, p. 166, quien entiende, en relación con el antiguo art. 499 bis 1.º, que tal precepto protege el equilibrio en el mercado laboral; siguiendo al anterior, LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, en Miguel BAJO FERNÁNDEZ (dir.): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*. Volumen II, cit. n. 14, p. 633; PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, p. 275.

obra, nos encontramos ante una infracción extrapenal cualificada³⁵ que, aun cuando se exija una puesta en peligro de derechos de los trabajadores para la intervención del Derecho Penal³⁶, pretende proteger,

Criticando la inclusión de los derechos derivados del contrato individual de trabajo en atención al carácter *ultima ratio* propio del Derecho Penal, BAYLOS GRAU, Antonio/TERRADILLOS BASOCO, Juan: ult. cit., p. 78; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: ult. cit., p. 1668; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: ult. cit., p. 476; NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit. n. 2, pp. 60 y s.; TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: *Derecho Penal de la empresa*, cit. n. 32, p. 99; VALLE MUÑIZ, José Manuel/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit. n. 2, p. 1479; los mismos, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit. n. 2, p. 1110. Cuestionando su eficacia práctica, JORDANA DE POZAS GONZÁLEZ, Luis, en Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II, cit. n. 2, p. 3153. En sentido contrario, viendo en la inclusión del contrato de trabajo la posibilidad de evitar fraudes de Ley, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: «La protección penal de los derechos de los trabajadores en el Código Penal», cit. n. 11, marg. 119.

³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 11, p. 334. De otra opinión, CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en Tomás S. VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen II, cit. n. 11, p. 1551; los mismos, en VIVES ANTÓN, T. S./BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 11, p. 611; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.): *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*. I, cit. n. 2, p. 905.

Críticamente sobre estas figuras, ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire: «Infracciones extrapenales “cualificadas” en el Código Penal español de 1995: Problemas de interpretación», cit. n. 24, pp. 11 y ss.

³⁶ Como proponen BAYLOS GRAU, Antonio/TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Derecho penal del trabajo*, cit. n. 12, p. 86, alternativamente, con la obstaculización material efectiva de las políticas públicas de empleo; CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en Tomás S. VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen II, cit. n. 11, p. 1551; los mismos, en VIVES ANTÓN, T. S./BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 11, p. 611; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: «La protección penal de los derechos de los trabajadores en el Código Penal», cit. n. 11, marg. 123; JORDANA DE POZAS GONZÁLEZ, Luis, en Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II, cit. n. 2, p. 3157; aparentemente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit. n. 5, pp. 489 y s.; el mismo: *Derecho Penal Económico*, cit. n. 5, p. 562; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.): *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*. I, cit. n. 2, p. 905; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 11, p. 334; NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit. n. 2, pp. 79 y s.; PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, p. 281; TERRADILLOS BASOCO, Juan M., en Patricia LAURENZO COPELLO (coord.): *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 385 y s.; VALLE MUÑIZ, José Manuel/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit. n. 2, p. 1486; los mismos, en Gonzalo QUINTERO OLI-

al igual que los artículos 5, 26.1 y 28.1 de la LISOS, el interés del Estado en el control del mercado de trabajo³⁷.

Hasta aquí hemos expuesto las razones por las que, creemos, es preferible entender que en el Título XV CP no se protege un único bien jurídico, sino una pluralidad de bienes jurídicos, de distinta naturaleza, relacionados directa o indirectamente con el mundo del trabajo³⁸. Ahora veremos la función que corresponde a la figura del trabajador en la estructura típica de estos delitos.

VARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit. n. 2, p. 1121.

Ofreciendo otras vías de delimitar el ámbito de lo punible, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, en Miguel BAJO FERNÁNDEZ (dir.): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*. Volumen II, cit. n. 14, p. 642, quien reduce las posibilidades a «tres: entender que sólo “trafica” el que media, pero no el que solamente contrata; entender que sólo “trafica” el que contrata o media habitualmente; entender que sólo “trafica” el que tiene ánimo de lucro. Si se acumulan las tres vías resultaría que sólo merecerían las penas de privación de libertad y multa previstas en la norma aquéllos que intermediaran ilegalmente, habitualmente y con ánimo de lucro en el mercado de trabajo».

Críticamente, sobre esta forma de tipificar conductas delictivas, v. FRISCH, Wolfgang: «An den Grenzen des Strafrechts», en *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 91-3 y 105. En nuestra doctrina, GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», cit. n. 26, p. 101.

³⁷ Así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, en Miguel BAJO FERNÁNDEZ (dir.): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*. Volumen II, cit. n. 14, p. 641, quien incluye, además, los intereses individuales del trabajador con cuyo esfuerzo se comercia; PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, p. 280; RUEDA GARCÍA, Luis: «Delitos contra los derechos de los trabajadores (I): artículos 311, 312, 313 y 318 del Código Penal», CDJ, *Empresa y Derecho Penal* (I), 1999, p. 249. En este sentido también la sentencia n.º 442/98 de la Audiencia Provincial de Gerona, en su fundamento jurídico segundo.

En una línea similar señalaba ya ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho Penal del trabajo*, cit. n. 1, p. 41, en relación con el art. 499 bis 3.º ACP, que el precepto sirve «más que a la tutela de los trabajadores objeto del “tráfico” a la del orden del mercado de trabajo, interés sustancial para el conjunto de los trabajadores y para el orden económico, particularmente en tiempo de escasez de puestos de trabajo, interés que asume directamente el Estado, no sólo para evitar el abuso, sino para transparentar el mercado de trabajo, organizar el seguro de desempleo, etc.»; siguiendo al anterior, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 32, p. 1669. En un sentido próximo, JORDANA DE POZAS GONZÁLEZ, Luis, en Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II, cit. n. 2, p. 3157.

³⁸ Tal y como sostiene MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 11, p. 330.

B) *Relevancia típica de la figura del trabajador*

La función de la figura del trabajador en la estructura típica de los delitos recogidos en los artículos 311 y siguientes CP no se puede reducir a la de mero perjudicado. Pues con independencia de que sea titular o no del bien jurídico protegido, el trabajador es el sujeto sobre el que recae la conducta típica. Por tanto, y en la misma medida en que el sujeto sobre el que recae una acción de matar condiciona la tipicidad de una conducta en el sentido de los artículos 138 y 139 CP³⁹, el trabajador tiene una importancia innegable a efectos de su concreción: sólo cuando las conductas descritas en los artículos 311 y siguientes CP se realicen sobre un trabajador o grupo de trabajadores estaremos ante conductas típicas.

Los ejemplos expuestos en la aproximación realizada sobre el bien jurídico nos muestran las dos funciones típicas que puede desempeñar la figura del trabajador:

Así, en primer lugar, el papel del sujeto que reviste la condición de trabajador se puede limitar a la de mero objeto material sobre el que recae la acción típica⁴⁰. Esto sucede, por ejemplo, en los artículos 311.1 y 312.1 CP. Los bienes jurídicos protegidos en estos preceptos, ya sea por su generalidad —como hemos visto en el caso del 311.1 CP⁴¹— o por su naturaleza —en el caso del segundo⁴²—, impiden afirmar la titularidad sobre ellos por parte del trabajador individual concretamente

³⁹ Cfr., por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 11, pp. 35-9. Por ello, adaptando el ejemplo que esgrimiera WELZEL, Hans: *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1969, p. 81; el mismo: *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (traducción castellana y notas de CEREZO MIR, José), Ariel, Barcelona, 1964, p. 58, en su crítica a la teoría de los elementos negativos, sólo estaremos ante una conducta típica en el sentido de los artículos 138 y 139 CP cuando la acción de matar recaiga sobre una persona, pero no cuando recaiga sobre una mosca.

⁴⁰ En este sentido NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit. n. 2, p. 45, en coherencia con el bien jurídico que sostiene, extiende esta interpretación a todos los delitos contenidos en el título XV, y defiende que «el sujeto pasivo de cada tipo penal será el conjunto de la clase trabajadora o, si se prefiere, el colectivo de los trabajadores», mientras que a los trabajadores en concreto afectados en cada delito, *stricto sensu*, les atribuye la consideración de víctimas y perjudicados.

⁴¹ Donde sostenemos, siguiendo a ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho Penal del trabajo*, cit. n. 1, p. 24, que se protegen los derechos y condiciones laborales normativamente establecidos. Para más referencias bibliográficas, v. n. 34.

⁴² Donde sostenemos, siguiendo a un amplio sector de la doctrina (v. n. 37), que se protege el interés del Estado en el control del mercado de trabajo.

afectado⁴³. En consecuencia, la función de éste último en las estructuras típicas de los referidos delitos se agota en la de mero objeto material⁴⁴: es el sujeto sobre el que recae físicamente la acción descrita en el tipo.

Sin embargo, en otras figuras delictivas previstas en este título sucede que el sujeto que reviste la condición de trabajador, además de objeto material del delito, es el titular del bien jurídico protegido. Entonces, el trabajador se presenta como sujeto pasivo del correspondiente delito⁴⁵.

Esto último ocurre en los artículos 316 y siguiente CP. Como señalamos en el apartado anterior, aquí entendemos que en estos preceptos se protege la vida, salud e integridad física de los trabajado-

⁴³ En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: «Delito contra la libertad y la seguridad en el trabajo. Consideraciones sobre modalidades de comisión, concurso y consumación», cit. n. 6, p. 166, en relación con el antiguo 499 bis ACP, defendiendo un bien jurídico distinto del que aquí se sostiene; en relación con el 312.1 CP, BAYLOS GRAU, Antonio/TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: *Derecho Penal del trabajo*, cit. n. 12, p. 84; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.: *Derecho Penal español. Parte especial*, 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1996, p. 606. De otra opinión, en relación con el 311.1, CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en Tomás S. VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II*, cit. n. 11, p. 1548; HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe: «La protección penal de los derechos de los trabajadores en el Código Penal», cit. n. 11, marg. 118; JORDANA DE POZAS GONZÁLEZ, Luis, en Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II, cit. n. 2, pp. 3149 y 3157; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.): *Curso de Derecho Penal español*, cit. n. 2, 898; el mismo, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.): *Compendio de Derecho Penal*, cit. n. 8, p. 566; en relación con el 311.1, SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 2, pp. 543 y s.

⁴⁴ V. CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte general. II. Teoría jurídica del delito*, 6.^a ed., Tecnos, Madrid, 1998, pp. 74 y ss. También, MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 24, pp. 218 y s. margs. 10-16. Sobre ello, ampliamente, TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 149 y ss.

⁴⁵ Sobre ello v. CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte general. II. Teoría jurídica del delito*, cit. n. 44, pp. 74 y s.; MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 24, pp. 217 y s. margs. 8-12. También, TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho Penal*, cit. n. 44, p. 152. Un cambio terminológico propone BONET ESTEVA, *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 129 y ss., 257 y s., quien prefiere utilizar el término víctima para referirse al titular del bien jurídico. A juicio de esta penalista, *op. cit.*, pp. 133 y 257, «el término sujeto pasivo no responde a una concepción dinámica y relacional del titular del bien jurídico protegido en la teoría del delito», y, pese a ser el término utilizado mayoritariamente en la manualística, «no aparece en los textos legales, en los cuales es más frecuente encontrar las palabras víctima y ofendido».

res⁴⁶. Es decir, bienes jurídicos de carácter personal y titularidad individual⁴⁷. Por tanto, el trabajador, en tales casos, además de ob-

⁴⁶ En este sentido, también, BAYLOS GRAU, Antonio/TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: *Derecho penal del trabajo*, cit. n. 12, p. 116; CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen II, cit. n. 11, p. 1564; los mismos, en VIVES ANTÓN, T. S./BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 11, p. 620; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 32, p. 1673; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: «La protección penal de los derechos de los trabajadores en el Código Penal», cit. n. 11, margs. 111 y 132; LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit. n. 12, p. 110; PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, pp. 271 y 300; SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 2, p. 556; TAMARIT SUMALLA, Josep María, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit. n. 25, p. 1508; el mismo, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit. n. 25, pp. 1148 y s. De otra opinión, MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.): *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*. I, cit. n. 2, p. 912; el mismo, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.): *Compendio de Derecho Penal español (Parte especial)*, cit. n. 8, p. 576; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 11, p. 340; NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit. n. 2, p. 29.

⁴⁷ En el mismo sentido, AGUADO LÓPEZ, Sara: *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, cit. n. 26, p. 109. De otra opinión, en un primer momento, AGUADO LÓPEZ, Sara: «El delito contra la seguridad en el trabajo (artículo 316 del Código Penal): Problemas concursales con las infracciones administrativas de seguridad e higiene», cit. n. 26, p. 11366; ARROYO ZAPATERO, Luis: *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo*, cit. n. 26, pp. 50 y s.; ALMELA VICH, Carlos: «Los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores. La problemática en el sector de las obras de la construcción», cit. n. 32, marg. 508; BARTOMEUS PLANA, Daniel, en Eduardo ROJO TORRECILLA (coord.): *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 238; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire: «Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas», cit. n. 26, marg. 826; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 32, p. 1673; JORDANA DE POZAS GONZÁLEZ, Luis, en Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II, cit. n. 2, p. 3171; en relación con el antiguo 348 bis a), LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit. n. 12, pp. 110 y 112-5; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit. n. 5, p. 534; el mismo: *Derecho Penal Económico*, cit. n. 5, p. 627; SOTO NIETO, Francisco: «Los riesgos laborales y el nuevo Código Penal», cit. n. 26, pp. 1812 y s.; TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores (II): arts. 314, 315, 316 y 317 del Código Penal», cit. n. 13, p. 435; el mismo: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 32, p. 161; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal*, cit. n. 25, p. 72. En cualquier caso, no estimamos convincentes los argumentos esgrimidos por LASCURAIN SÁNCHEZ, ult. cit., pp. 113 y s., pues el hecho de que la regulación no sea acorde con la realidad laboral se explica porque la realidad que

jeto material de la acción, desempeña la función típica de sujeto pasivo⁴⁸.

En cualquier caso, debo señalar la concreta función del trabajador —sujeto pasivo u objeto material— no afecta a su relevancia típica dentro de las figuras delictivas a las que acabo de aludir, tan sólo refleja su relación con el bien jurídico lesionado. Puesto que el sujeto que reviste la condición de trabajador, tanto cuando cumple la función de objeto material, como cuando cumple la función de sujeto pasivo, tiene la misma relevancia para la valoración de tales conductas: es el sujeto sobre el que debe recaer la acción para ser típica. Y seguimos sin saber cuando estamos ante un trabajador en el sentido de nuestro CP.

III. El concepto de trabajador en el Derecho penal español

Una vez que hemos ubicado al trabajador en la estructura típica de estos delitos y reflejado su importancia para la misma, vamos a intentar su determinación. Para ello comenzaremos estudiando las distintas soluciones propuestas por la doctrina, sus ventajas e inconvenientes y, finalmente, si no encontráramos una respuesta convincente, intentaremos aportar una solución propia.

regula el DP en el Título XV, como se verá a continuación, tiene bien poco que ver con la misma, por lo menos tal y como la entiende la disciplina jurídica que la estudia específicamente; y que el proceso que ha determinado el reconocimiento de tales derechos se haya basado en la solidaridad es, a nuestro juicio, irrelevante a efectos de la interpretación de estos delitos. En cuanto a la proporcionalidad y eficacia preventiva de la pena que aduce este penalista (*op. cit.*, p. 114), creemos que dada la naturaleza de los bienes afectados es precisamente su consideración individual lo que asegura la proporcionalidad del castigo.

⁴⁸ En el mismo sentido, AGUADO LÓPEZ, Sara: *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, cit. n. 26, pp. 109 y s.; CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en Tomás S. VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen II, cit. n. 11, p. 1565; los mismos, en VIVES ANTÓN, T. S./BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 11, p. 621; SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 2, p. 557. De otra opinión, HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe: «La protección penal de los derechos de los trabajadores en el Código Penal», cit. n. 11, marg. 133; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.: *Derecho Penal español. Parte especial*, cit. n. 43, p. 620, quien considera que en este delito el sujeto pasivo es la colectividad en general y sólo eventualmente el trabajador o trabajadores afectados; SOTO NIETO, Francisco: «Los riesgos laborales y el nuevo Código Penal», cit. n. 26, pp. 1812 y s.

A) *El concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo español*

La mayoría de la doctrina que ha abordado el estudio del Título XV CP se apoya, aunque con matizaciones, en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores a la hora de concretar el concepto de trabajador⁴⁹. Este precepto define al trabajador asalariado a través de cuatro notas⁵⁰: voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución. Trabajador, en el sentido del ET, será aquél «que presta voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona»⁵¹.

⁴⁹ Expresamente, ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho Penal del trabajo*, cit. n. 1, pp. 42 y s.; BARTOMEUS PLANA, Daniel, en Eduardo ROJO TORRECILLA (coord.): *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social*, cit. n. 47, p. 248; JORDANA DE POZAS GONZÁLBEB, Luis, en Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II, cit. n. 2, p. 3150; MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente, en Eduardo ROJO TORRECILLA (coord.): *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 133; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.): *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*. I, cit. n. 2, p. 898; NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit. n. 2, p. 46; NAVARRO CARDOSO, Fernando/Del Río MONTESDEOCA, Luis: «Delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores del artículo 313.1 del Código Penal de 1995», cit. n. 8, p. 2354; SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 2, p. 543; SUANZES PÉREZ, Fernando: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, pp. 135 y 155; VALLE MUÑIZ, José Manuel/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit. n. 2, p. 1476; los mismos, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit. n. 2, p. 1106. En este sentido parecen pronunciarse también CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en Tomás S. VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen II, cit. n. 11, p. 1545; los mismos, en VIVES ANTÓN, T. S./BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 11, p. 608; LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit. n. 12, pp. 27 y 393; NARVÁEZ BERMEJO, Miguel A.: *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 23.

⁵⁰ Sobre ello, ampliamente, v. DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: «Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español», cit. n. 3, pp. 6 y ss. Sobre este concepto y el régimen de exclusiones establecido en el art. 1.3 ET, v. ALONSO OLEA, Manuel/CASAS BAAMONDE, María Emilia: *Derecho del Trabajo*, 20.^a ed., Civitas, Madrid, 2002, pp. 56 y ss.; MARTÍN VALVERDE, Antonio/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín/GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Derecho del Trabajo*, 11.^a ed., Tecnos, Madrid, 2002, pp. 168 y ss.; PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos Manuel/ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel: *Derecho del Trabajo*, 10.^a ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, pp. 670 y ss.

⁵¹ PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos Manuel/ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel: *Derecho del Trabajo*, cit. n. 50, p. 654.

Este primer concepto presenta una gran ventaja. Puesto que el grado de elaboración que alcanza el concepto de trabajador en esa otra disciplina jurídica que constituye el Derecho del Trabajo nos permitiría operar con un alto grado de seguridad jurídica en la interpretación de los preceptos jurídicos penales. Sin embargo, su aceptación en el ámbito penal encuentra obstáculos insalvables. El concepto de trabajador recogido en el artículo 1.1 ET responde a unos fines de política jurídica muy distintos de aquellos que inspiran a los artículos 311 y siguientes CP⁵². El artículo 1.1 ET trata de acotar determinadas realidades laborales para someterlas a un concreto régimen jurídico con especificidades propias muy marcadas⁵³. Mientras que los artículos 311 y siguientes del CP suponen una protección específica —mediante la incriminación de una serie de conductas— de un colectivo de personas que se encuentran en una posición social que las hace particularmente vulnerables⁵⁴.

Tal circunstancia explica la incompatibilidad del concepto de trabajador recogido en el artículo 1.1 ET con la noción de trabajador que se desprende del Título XV CP, pues en muchas de las figuras delictivas previstas en el mismo se hace referencia a circunstancias que impiden limitar el concepto jurídico penal de trabajador «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»⁵⁵.

Así, por ejemplo, los artículos 311.1 y 315.1 CP recogen un tipo de relación laboral en la que media engaño y abuso de una situación de necesidad⁵⁶, en la cual, aún cuando tales agresiones suponen un ataque a la libertad del sujeto mucho más leve que el recogido en el deli-

⁵² Cfr. ALONSO OLEA, Manuel/CASAS BAAMONDE, María Emilia: *Derecho del Trabajo*, cit. n. 50, pp. 51 y ss.

⁵³ V. CAIRÓS BARRETO, Dulce M.ª: *Contrato de mediación laboral y contrato mercantil: Un estudio sobre el objeto del contrato de trabajo*, Tesis doctoral inédita, La Laguna, 2001, pp. 33 y s. También PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos Manuel/ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel: *Derecho del Trabajo*, cit. n. 50, pp. 653 y s.

⁵⁴ V. ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho Penal del trabajo*, cit. n. 1, pp. 5 y s.

⁵⁵ Tal y como son definidos en el art. 1.1 ET.

⁵⁶ Críticamente, sobre la exigencia de engaño o abuso de una situación de necesidad, TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: «Coacciones en el ámbito laboral», CDJ, *Delitos contra la libertad y seguridad*, 1996, pp. 225 y ss.; el mismo: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 32, p. 144. Siguiendo al anterior, BAYLOS GRAU, Antonio/TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: *Derecho Penal del trabajo*, cit. n. 12, pp. 71-3; RUEDA GARCÍA, Luis: «Delitos contra los derechos de los trabajadores (I): artículos 311, 312, 313 y 318 del Código Penal», cit. n. 37, p. 241.

to de coacciones⁵⁷, podría complicar la apreciación de la voluntariedad prevista en el artículo 1.1 del ET⁵⁸. Y en el mismo sentido, los artículos 311.3 y 315.2 CP hablan incluso de fuerza, violencia e intimidación, términos cuya compatibilidad con el mencionado carácter voluntario podría llegar a ser difícilmente sostenible⁵⁹, y que además deben ser interpretados restrictivamente dadas las penas que prevén ambos preceptos⁶⁰. En cualquier caso, carece absolutamente de sentido que la protección penal ceda precisamente en aquellos supuestos extremos donde el ejercicio de amenazas o coacciones por parte del sujeto activo sobre el trabajador, tendentes a imponer unas condiciones de trabajo o a limitar el derecho de huelga, lleguen a negar la voluntariedad —y con ello la laboralidad— de la actividad realizada por este último.

⁵⁷ Como señala PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, p. 277. Para la concreción de estos términos, RUEDA GARCÍA, Luis: «Delitos contra los derechos de los trabajadores (I): artículos 311, 312, 313 y 318 del Código Penal», cit. n. 37, pp. 239 y s.; SUANZES PÉREZ, Fernando: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, p. 159; TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores (II): arts. 314, 315, 316 y 317 del Código Penal», cit. n. 13, p. 421; el mismo: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 32, pp. 145 y s.

⁵⁸ En este sentido, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: «La protección penal de los derechos de los trabajadores en el Código Penal», cit. n. 11, marg. 119; JORDANA DE POZAS GONZÁLEZ, Luis, en Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II, cit. n. 2, p. 3151; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit. n. 5, p. 477, señalando que «el engaño presupone la presencia de una voluntad viciada, y no la ausencia de voluntad»; el mismo: *Derecho Penal Económico*, cit. n. 5, p. 547; en la misma línea, NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit. n. 2, p. 52; PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, p. 277.

⁵⁹ En este sentido, expresamente, MARTÍN VALVERDE, Antonio/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín/GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Derecho del Trabajo*, cit. n. 50, pp. 168 y s., rechazan la calificación de trabajo asalariado para «las actividades que se realicen con carácter forzoso u obligatorio, sea por imposición de otra persona, sea por exigencia legal». Cfr. también DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: «Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español», cit. n. 3, p. 6.

⁶⁰ Como sugieren, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, en Miguel BAJO FERNÁNDEZ (dir.): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*. Volumen II, cit. n. 14, p. 645; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit. n. 5, p. 486; el mismo: *Derecho Penal Económico*, cit. n. 5, p. 559; NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit. n. 2, p. 133; PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, pp. 279 y 295, sosteniendo que estamos ante la misma conducta típica del delito de coacciones; TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: «Coacciones en el ámbito laboral», cit. n. 56, pp. 228 y s., aunque rechazando, en la primera de las páginas citadas, que la violencia e intimidación a la que hacen referencia estos preceptos puedan equipararse a las formas más graves de coacciones o amenazas.

Tampoco pueden olvidarse las consecuencias materiales que tendría la adopción del concepto jurídico laboral de trabajador para la interpretación de estos tipos penales. No se trata sólo de que se excluyan las prestaciones de servicios reguladas por el Derecho administrativo: función pública, contratados administrativos o personal estatutario al servicio de la seguridad social. Como ya comentábamos al principio, la aceptación de este concepto privaría de la protección que ofrecen las normas jurídicas penales a personas y realidades que aconsejan precisamente lo contrario⁶¹: quienes no trabajan libremente, los menores de dieciséis años⁶², las prostitutas⁶³, etc.

Pero es que, además, los matices que introducen los autores que se apoyan en el mismo para concretar el sujeto pasivo —o, cuando no sea

⁶¹ En este sentido también, TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: «Migraciones ilegales», cit. n. 20, p. 196; el mismo, en Patricia LAURENZO COPELLO (coord.): *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 393.

⁶² En este sentido, BARTOMEUS PLANA, Daniel, en Eduardo ROJO TORRECILLA (coord.): *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social*, cit. n. 47, p. 248, defiende una extensión del concepto de trabajador para incluir en la protección penal a los menores de dieciséis años que trabajen pese a la prohibición legal.

⁶³ Pues en este sector no sólo suele faltar la voluntariedad antes comentada, sino que requisitos como la ajenidad son difícilmente identificables en la explotación de estas personas por redes u organizaciones (sobre este requisito, ampliamente, v. ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: «En torno a la polémica ajenidad-dependencia», *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, 1971, n.º 1, pp. 1 y ss.; ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón: «La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1986, n.º 28, pp. 498 y ss.; con amplias referencias jurisprudenciales, CAIRÓS BARRETO, Dulce M.ª: *Contrato de mediación laboral y contrato mercantil: Un estudio sobre el objeto del contrato de trabajo*, cit. n. 53, pp. 44 y ss.; DEL VALLE, José Manuel: «Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo español», *Revista de Trabajo*, 1988, n.º 89, pp. 82 y ss. Críticamente, RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», *Revista de Política Social*, 1966, n.º 71, pp. 150 y ss.). Por ejemplo, si entendemos que este elemento significa que los útiles, materiales o medios de trabajo han de ser aportados por el empleador o empresario (v., DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: «Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español», cit. n. 3, p. 12; con numerosas referencias jurisprudenciales, MARTÍN VALVERDE, Antonio/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín/GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Derecho del Trabajo*, cit. n. 50, pp. 169 y s.), no podríamos predicar la laboralidad de esta actividad. Aunque, ciertamente, tales dificultades disminuyen si se entiende este elemento como «ajenidad en los frutos» (en este sentido, la STS 29-10-1990, A. 7721, fundamento jurídico segundo). No obstante, la STS 12 abril 1991 (A. 2704), en relación con el art. 499.1 ACP que se corresponde con el actual 311.1, apreció este delito pese a que los sujetos sobre los que recaía la acción eran prostitutas, aunque sin plantearse la idoneidad de las mismas como titulares de los derechos protegidos por tal precepto.

titular del bien jurídico, objeto material sobre el que recaen las distintas conductas típicas— hacen que el concepto jurídico laboral de trabajador pierda su principal ventaja: la claridad de contornos.

Así, por ejemplo, Navarro Cardoso, tras partir del concepto recogido en el artículo 1.1 del ET, señala que la noción que proporciona debe ampliarse hasta comprender a «aquéllos sujetos que desean ejercitar su deber de trabajar y, correlativamente, su derecho al trabajo, conforme al artículo 35 CE; es decir, deben incluirse los que pueden y, en principio, van a incorporarse a un puesto de trabajo, eso sí, ofreciéndoles, por ejemplo, unas condiciones laborales engañosas, distintas a las ofertadas»⁶⁴.

Aunque las razones de este penalista son loables⁶⁵, creemos que una ampliación de este concepto de trabajador como la que propone Nava-

⁶⁴ NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit. n. 2, p. 46. Siguiendo al anterior, NAVARRO CARDOSO, Fernando/DEL RÍO MONTESDEOCA, Luis: «Delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores del artículo 313.1 del Código Penal de 1995. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1998», cit. n. 8, p. 2354; VALLE MUÑIZ, José Manuel/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit. n. 2, p. 1476, extendiendo el concepto de trabajador a todos aquellos que van a incorporarse a un puesto de trabajo; los mismos, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit. n. 2, p. 1106. En un sentido similar, BAYLOS GRAU, Antonio/TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: *Derecho penal del trabajo*, cit. n. 12, p. 150; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.): *Curso de Derecho Penal español. Parte especial. I*, cit. n. 2, p. 898, extendiendo el mismo a todo aquél que desee ejercitar su derecho y deber al trabajo; NARVÁEZ BERMEJO, Miguel A.: *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social*, cit. n. 49, pp. 23 y s.; SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 2, p. 543, quien si bien considera sujeto pasivo a todo el que está capacitado para llevar a cabo un contrato laboral, remitiéndose al art. 7 ET, incluye dentro de los mismos a los menores de 16 años. Más restrictivo, BARTOMEUS PLANA, Daniel, en Eduardo ROJO TORRECILLA (coord.): *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social*, cit. n. 47, pp. 248 y s.; MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente, en Eduardo ROJO TORRECILLA (coord.): *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social*, cit. n. 49, p. 133, incluyendo no sólo al «trabajador asalariado en sentido jurídico formal, sino también desde una óptica jurídico-material».

⁶⁵ Concretamente, pretende NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit. n. 2, p. 47, una extensión del ámbito de protección y «fijar determinados extremos en algunos tipos, como son, v. gr., la determinación del momento de imposición de las condiciones abusivas o de la tentativa en el delito contenido en el artículo 311 CP; o la conducta misma descrita en el artículo 312.2 CP, caracterizada por ofrecer empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, es decir, que describe una conducta previa a la contratación laboral».

rro Cardoso conduce a una disolución del mismo, a una pérdida total de contornos que hace imposible su aceptación. No sólo lo subjetiviza y lo extiende más allá de lo delimitable, lo que en la práctica conduce a problemas difícilmente solubles: ¿cómo se prueba el deseo del sujeto de ejercer su deber y derecho al trabajo? Además, carece de requisitos materiales que permitan justificar su especial protección y la imputación de lo injusto al autor como autor⁶⁶. Con otras palabras, no ofrece ningún criterio que permita entender la especial protección del sujeto pasivo y la competencia del activo sobre el objeto de imputación.

Ciertamente, el artículo 1.1 del ET ofrece en el ámbito penal una operatividad muy limitada. Sin embargo, no se debe renunciar a todas sus notas definitorias. Porque entendemos que uno de sus elementos, la relación de dependencia, nos ofrece un instrumento idóneo para explicar tales aspectos. Si asumimos la ampliación propuesta por Navarro Cardoso este instrumento se diluye.

B) *La propuesta de la sentencia —n.º 407/98, de 15 de octubre— de la Audiencia Provincial de Gerona*

Frente al extremado carácter restrictivo del concepto anterior, la Audiencia Provincial de Gerona propone inferir la laboralidad «desde un punto de vista social»⁶⁷ y extender el concepto de trabajador a toda persona «en demanda de trabajar, nacional o extranjero»⁶⁸.

Esta propuesta, de gran valor en su momento⁶⁹, respondía a unas concretas necesidades político-criminales: ampliar lo máximo posible el ámbito de aplicación del artículo 313.1 CP para castigar penalmen-

⁶⁶ De modo similar a lo que sucede con los conceptos de autor de carácter fenomenológico. En este sentido, MURMANN, Uwe: «Zur mittelbaren Täterschaft bei Verbotssirrtum des Vordermannes», GA, 1998/2, p. 80, objeta a la teoría del dominio del hecho que los criterios que utiliza para explicar la misma «no son más que descripciones fenomenológicas cuya relevancia normativa está aún por demostrar». En nuestra doctrina, v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Autoría y participación en los delitos imprudentes*, Tesis doctoral inédita, La Laguna, 2002, p. 105 n. 429.

⁶⁷ Fundamento jurídico séptimo.

⁶⁸ Fundamento jurídico sexto. Asumiendo esta propuesta, TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: «Migraciones ilegales», cit. n. 20, pp. 196 y s.; el mismo, en Patricia LAURENZO COPELLO (coord.): *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, cit. n. 36, p. 393.

⁶⁹ Entonces el CP no tenía respuestas expresas al tráfico ilegal de personas y su art. 313.1 era el único precepto que permitía castigar tales conductas.

te el tráfico de seres humanos⁷⁰. Sin embargo, tras la LO 4/2000, por la que se introduce el Título XV bis CP, estas necesidades han desaparecido y, con ello, la justificación de la propuesta mencionada⁷¹. Tras la inclusión en el CP del artículo 318 bis decaen las razones político-criminales que sustentaban una interpretación tan amplia de este concepto, la cual permitía castigar el tráfico ilegal de personas a través de un precepto que sólo castiga tales conductas cuando el sujeto pasivo reviste la condición de trabajador.

C) *Otras soluciones*

Finalmente, señalar que el resto de la doctrina se limita, por lo general, a identificar al trabajador como sujeto pasivo de estos delitos sin explicar en qué consiste esta figura y cómo se puede proceder a su determinación⁷². Así, por ejemplo, Lascuraín Sánchez se limita a afirmar que sujeto pasivo de las figuras recogidas en este Título será «un trabajador o un colectivo de trabajadores»⁷³, mientras que Morillas Cueva sostiene que sujeto pasivo de estas conductas delictivas «como titular del bien jurídico protegido es el trabajador»⁷⁴. Sin embargo, tales afirmaciones no son una respuesta al problema a resolver, sino un planteamiento del problema mismo. Porque la cuestión que hay que explicar no es tanto el sujeto sobre el que recae la conducta típica, sujeto pasivo o no, ya que este aspecto nos lo indican los distintos preceptos jurídicos penales, sino cuándo estamos ante un trabajador en el sentido del Derecho Penal español.

⁷⁰ Expresamente la STS 143/98, de 5 de febrero, fundamento jurídico quinto.

⁷¹ Sobre ello, v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, en Patricia LAURENZO COPELLO (coord.): *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 298 y ss.

⁷² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 32, p. 1671; GARRIDO PÉREZ, Eva, en Eduardo ROJO TORRECILLA (coord.): *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 105; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: «La protección penal de los derechos de los trabajadores en el Código Penal», cit. n. 11, margs. 117 y s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit. n. 5, p. 471; el mismo: *Derecho Penal Económico*, cit. n. 5, p. 540; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 11, p. 330; PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, pp. 271, 294 y 300; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal*, cit. n. 25, p. 93.

⁷³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, en Miguel BAJO FERNÁNDEZ (dir.): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*. Volumen II, cit. n. 14, p. 631.

⁷⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.): *Compendio de Derecho Penal español. Parte especial*, cit. n. 8, p. 566.

D) *Nuestra propuesta*

Como señalábamos al comienzo de este trabajo, en el Título XV Libro II CP se tipifican como delito una pluralidad de acciones relacionadas directa o indirectamente con el mundo del trabajo. Estas acciones no recaen físicamente sobre una única clase de personas —sujetos pasivos o no⁷⁵—, sino sobre una pluralidad de ellas que podemos clasificar en función de su relación con el mercado de trabajo: personas que pretenden acceder a un puesto de trabajo⁷⁶ y trabajadores⁷⁷.

La solución que vamos a ofrecer a continuación es una respuesta directa a esta última cuestión. Concretamente, pretende ofrecer un criterio para determinar cuándo estamos ante un trabajador o, con otras palabras, ante una realidad laboral que justifique y exija la intervención del Derecho Penal por medio de los preceptos recogidos en este Título XV. De ese modo, podremos identificar inmediatamente al segundo grupo de personas señalado y mediatamente, en tanto realidad material de referencia, al primero.

En cuanto al concepto de trabajador que se propone, queremos señalar que no ha sido elaborado a partir del artículo 1.1 ET, ley que, insistimos, responde a una realidad laboral muy distinta de aquélla a la que debe responder el Derecho Penal⁷⁸. El contenido de este concepto lo hemos deducido teleológicamente⁷⁹, atendiendo a la laborabilidad reflejada en las distintas figuras delictivas y a las necesidades político-criminales a las que el denominado Derecho Penal del Trabajo pretende responder. A nuestro juicio, sólo así se podía dotar satisfactoriamente de contenido al concepto jurídico penal de trabajador.

⁷⁵ V. apartado III.

⁷⁶ Arts. 312.1, 312.2 en los supuestos de mera recluta, 313.1 y 313.2 CP.

⁷⁷ Arts. 311, 312.2 las dos últimas conductas tipificadas, 314, 315 en sus tres apartados, 316 y 317 CP.

⁷⁸ Aspecto que parece no haber advertido el legislador: la realidad laboral a la que debe responder el DP no es la que refleja el ET. Es más, cuanto mayor es la necesidad de intervención de esta disciplina, menor será la relación de la realidad sobre la que se va intervenir con aquella que estudia el Derecho del Trabajo.

⁷⁹ Con carácter general, v. ROXIN, Claus: *Política Criminal y sistema del Derecho Penal* (traducción castellana e introducción de MUÑOZ CONDE, Francisco), Bosch, Barcelona, 1972, p. 52; el mismo, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1973, p. 23.

1. Concepto de trabajador

Los artículos 311 y siguientes del Código Penal constituyen una forma de protección específica a un colectivo de personas cuya participación en la realidad laboral les produce una situación de especial vulnerabilidad⁸⁰. Tales preceptos, mediante el castigo de determinados tipos de conductas que recaen sobre sujetos que revisten la condición de trabajadores, vienen a proteger bienes jurídicos propios de este colectivo, ya sea bienes jurídicos específicos que surgen de la participación del sujeto como trabajador en el mercado de trabajo, como pretende, por ejemplo, el artículo 311 CP, donde se protegen derechos y condiciones laborales normativamente establecidos⁸¹; ya sea intensificando la protección que ofrecen otros tipos penales a ciertos bienes jurídicos como reacción a la especial vulnerabilidad que se genera para el sujeto trabajador por su posición en las relaciones laborales, como sucede con los artículos 316 y siguiente CP en relación con los bienes jurídicos vida, salud e integridad física⁸².

La inclusión del Título XV en el Libro II del CP, para proteger los derechos de los trabajadores mediante normas jurídicas penales específicas, se explica en la doctrina por la situación de dependencia o subordinación del sujeto trabajador⁸³. Se trata de sujetos que ocupan una posición subordinada y dependiente en la relación laboral⁸⁴, por tanto necesitados de mayor protección. Este momento de desequilibrio o desigualdad dota también de contenido al concepto jurídico penal de trabajador. En el CP español el término trabajador debe entenderse únicamente como persona que realiza una actividad productiva en relación de dependencia o subordinación⁸⁵. Veamos por separado los dos elementos que integran esta definición:

⁸⁰ Así ya ARROYO ZAPATERO, Luis: *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo*, cit. n. 26, pp. 30 y s.; el mismo: *Manual de Derecho Penal del trabajo*, cit. n. 1, pp. 5 y s. Ampliamente, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit. n. 12, pp. 167 y ss.

⁸¹ Así ya ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho Penal del trabajo*, cit. n. 1, p. 24. Para más referencias bibliográficas v. n. 34.

⁸² Así ya, en relación con el art. 348 bis a) ACP, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit. n. 12, p. 110. Para más referencias bibliográficas v. n. 32.

⁸³ Véase ya ARROYO ZAPATERO, Luis: *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo*, cit. n. 26, p. 31; el mismo: *Manual de Derecho Penal del trabajo*, cit. n. 1, p. 5.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ En este sentido, también, AGUADO LÓPEZ, Sara: *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, cit. n. 26, p. 336, para quien el concepto de trabajador al que se refiere el art. 316 «comprenderá a toda persona que pres-

1. *Dependencia.* De las cuatro notas con las que el ET caracteriza al trabajo asalariado sólo la dependencia define también al trabajo que debe ser objeto de protección penal. Como hemos visto, la voluntariedad puede presentar problemas de compatibilidad con el tipo de relaciones o actividades laborales que se recogen en preceptos como el 311 o el 315 CP. Y los dos restantes elementos, la ajenidad y la retribución, no son inferibles de los preceptos recogidos en este Título, carecen de relevancia material y limitan en exceso e inconsecuentemente las relaciones de trabajo incluidas en el ámbito penal de protección⁸⁶, dado que no tendría sentido excluir del mismo a quien no recibe contraprestación por su trabajo o, además, aporta los útiles, materiales o instrumentos con los que lo realiza.

Este primer elemento del concepto jurídico penal de trabajador no sólo permite identificar al sujeto sobre el que deben recaer las conductas descritas en los artículos 311 y siguientes CP para ser típicas, además ofrece la razón material de esta protección específica y de la imputación al autor. Como se ha dicho, la relación de dependencia o subordinación es el momento material que explica la especial posición de vulnerabilidad del sujeto pasivo —o, en su caso, objeto material— frente al sujeto activo, quien posee la capacidad de incidir en los derechos y situación laboral del trabajador. Pero también fundamenta la competencia de este último sobre las condiciones de trabajo del primero, por eso debe velar por su vida, salud, integridad física y el resto de derechos y bienes protegidos en estos preceptos, pues incide y dispone sobre los mismos. La situación de subordinación es la razón material sobre la que se fundamenta la autoría del sujeto activo en una parte importante de estos delitos y, al mismo tiempo, la razón que explica la especial protección del trabajador.

Ciertamente, esta opinión no es compartida por todos. Así, en relación con los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo, Arroyo Zapatero ve el fundamento de la imputación al empresario en la apertura de la empresa en tanto que «crea el riesgo para los trabajadores y es titular de un poder fáctico y jurídico de disposición sobre los pro-

te su trabajo bajo la dependencia y dirección de otra, con o sin retribución, incluso cuando tenga por finalidad aprender un oficio, arte o profesión».

⁸⁶ Por tanto, pese a no existir una definición legal específica como las previstas en los arts. 24 y 25 CP en relación con los conceptos de autoridad, funcionario e incapaz, hay razones materiales de peso que justifican nuestro distanciamiento de este otro sector del ordenamiento jurídico. De otra opinión, sin embargo, SUÁÑEZ PÉREZ, Fernando: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, p. 135.

cesos y organización de la empresa y sobre las personas que en ella participan, trabajando bajo su dirección y dependencia»⁸⁷.

Sin embargo, la solución de Arroyo Zapatero no puede ser compartida. Porque ni la apertura de la empresa ni la creación del riesgo permiten fundamentar la competencia del sujeto activo sobre los riesgos que afecten a los trabajadores en cuanto trabajadores⁸⁸. La apertura de la empresa en tanto que creación de riesgos puede fundamentar competencia⁸⁹, sin duda, pero no justifican una protección especial como la que dispensa el artículo 316 CP. Esta última sólo tiene sentido cuando hay una vulnerabilidad adicional que Arroyo advierte pero no le otorga el valor adecuado: una relación de dependencia o subordinación⁹⁰.

La solución aquí propuesta tiene consecuencias prácticas importantes, porque la dependencia en cuanto fundamento constituye, al mismo tiempo, el límite de la imputación⁹¹.

Así, por ejemplo, en relación con el artículo 316 CP, si dentro de los sujetos trabajadores amenazados por el riesgo sólo tres se encuentran en una situación de dependencia o subordinación respecto del sujeto que lo genera, entonces el citado artículo se podrá apreciar únicamente en relación con los mismos. Mientras que en los demás casos estaremos ante supuestos de tentativa imprudente impune.

⁸⁷ ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho Penal del trabajo*, cit. n. 1, p. 155. En un sentido similar, AGUADO LÓPEZ, Sara: *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, cit. n. 26, pp. 311 y s., quien fundamenta el deber de garante del empresario en su actuar precedente.

⁸⁸ En sentido contrario, AGUADO LÓPEZ, Sara: *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, cit. n. 26, pp. 311 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit. n. 12, pp. 261 y ss.

⁸⁹ V. JAKOBS, Günther: *Stafrecht. Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, cit. n. 23, 29/29 y ss.

⁹⁰ De otra opinión, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit. n. 12, pp. 392 y s.; PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, p. 300.

⁹¹ Y permite, insistimos, la concreción del sujeto activo, quien, en contraposición con el trabajador, sería el titular del correlativo poder de organización y dirección. En este sentido, AGUADO LÓPEZ, Sara: *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, cit. n. 26, pp. 257, 258 y 278; en relación con el art. 499 bis ACP, ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho Penal del trabajo*, cit. n. 1, p. 27, señalaba ya que autor «de estos delitos sólo puede ser quien tenga un poder efectivo de resolución a los efectos de concertar las condiciones de trabajo o para alterarlas a posteriori», lo que infiere a partir de la conducta tipificada (op. cit., pp. 27 y s.); CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en Tomás S. VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen II, cit. n. 11, p. 1565.

El mismo criterio vale para explicar los supuestos de alquiler de locales de trabajo en malas condiciones o el ejemplo que propone Lascurain Sánchez: cuando el peligro derivado de la caída de cascotes de un edificio en construcción, al no adoptarse las medidas de seguridad pertinentes, no sólo afecta a los trabajadores, sino a terceros o transeúntes⁹². En tales casos, al no haber una relación de dependencia entre los sujetos amenazados por el riesgo —trabajadores y terceros— y algunos de los sujetos competentes sobre el mismo —arrendador y constructor—, no hay motivo para una protección adicional frente a éstos⁹³.

En cuanto al grado de dependencia o subordinación exigible, dependerá de la estructura típica de la concreta figura delictiva de que se trate, determinando su extinción la exclusión de este específico ámbito de protección penal.

A esta solución no se le puede objetar, por ejemplo, que el artículo 316 CP delimita la autoría a través de la fórmula «legalmente obligados», dado que de la normativa laboral sólo se deduce que el sujeto legalmente obligado es el empresario (v. BAYLOS GRAU, Antonio/TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: *Derecho penal del trabajo*, cit. n. 12, pp. 117 y s.; JORDANA DE POZAS GONZÁLEZ, Luis en Cándido CONDE-PUMPIDO TORÓN (dir.): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II, cit. n. 2, p. 3171; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit. n. 12, pp. 229 y s.; NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit. n. 2, pp. 155-7; TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores (II): arts. 314, 315, 316 y 317 del Código Penal», cit. n. 13, pp. 429 y s.; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal*, cit. n. 25, pp. 72 y ss.), y la idea aquí apuntada sería una forma de concretar materialmente a éste. Pues el concepto de empresario previsto en la normativa laboral (art. 1.2 ET) carece de sentido una vez que hemos rechazado el concepto de trabajador sobre el que se asienta (en este sentido, SUANZES PÉREZ, Fernando: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, p. 130. De otra opinión, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 32, p. 1666; en relación con el art. 311.1, RUEDA GARCÍA, Luis: «Delitos contra los derechos de los trabajadores (I): artículos 311, 312, 313 y 318 del Código Penal», cit. n. 37, p. 237).

⁹² LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit. n. 12, p. 392.

⁹³ De otra opinión, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit. n. 12, pp. 392 y s., quien no aprecia «ningún motivo de magnitud de lo injusto que justifique la ausencia de sanción penal en los casos de infracción de una norma de seguridad e higiene y de seguridad pública que sea inidónea para poner en peligro concreto para los trabajadores y que, sin embargo, origine una puesta en peligro concreto de un no trabajador»; PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, p. 300, quien estima, además, que tal exclusión es contradictoria con la técnica de tipificación de los delitos de peligro, ya que ésta «supone una selección de los comportamientos punibles y una delimitación del objeto de protección atendiendo a la fuente que origina el peligro, no en atención a los posibles implicados».

Así, mientras que en los artículos 314, 316 y 317 CP basta —en principio y según la letra de la ley— con la concurrencia de este requisito de la dependencia tal y como se entiende en el Derecho del Trabajo, esto es, que el trabajo o actividad productiva se realice bajo las órdenes e instrucciones del sujeto activo, en su ámbito de organización y dirección⁹⁴. En los artículos 311.1 y 311.2 CP se refleja una relación de dependencia o subordinación mucho más intensa, pues se habla de imponer mediante engaño o abuso de una situación de superioridad; e incluso en el artículo 311.3 CP se establece una cualificación para el supuesto en que las conductas descritas en los correspondientes tipos básicos hayan sido llevadas a cabo con violencia o intimidación. Como ya vimos más arriba, la interpretación que la doctrina hace de estas circunstancias supone una situación de subordinación del sujeto pasivo al activo que puede plantear problemas para apreciar el requisito de la voluntariedad en relación con las actividades a las que se empuje mediante el ejercicio de tales medios coactivos⁹⁵.

Ahora bien, cuanto mayor es la subordinación del sujeto pasivo al activo, más intensa es la incumbencia de este último. Por tanto, si bien puede bastar con que concurra este requisito tal y como se entiende en el Derecho del Trabajo, es decir, sin anular la voluntariedad del trabajador como, por ejemplo, sucede en relación con el artículo 316 CP. También puede ocurrir que los sujetos cuya vida, salud o integridad física se vean en peligro por la no adopción de las medidas de seguridad e higiene adecuadas sean auténticos esclavos, y entonces tal circunstancia, en cuanto intensificación de competencia, determina una mayor vinculación a lo injusto que debe reflejarse en la pena.

2. *Productividad*. Aquí proponemos entender la segunda nota de la definición en el sentido más amplio posible. Concretamente, como realización de toda actividad productiva, esto es, como toda actividad

⁹⁴ Ampliamente, v. RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», cit. n. 63, pp. 157 y ss. También, MARTÍN VALVERDE, Antonio: «Contrato de trabajo y figuras afines: Arrendamientos de obras y de servicios, contrato de sociedad, contrato de transportes», CDJ, *Aspectos de la contratación laboral*, 1992, pp. 22-5, 29 y ss.; MONTOYA MELGAR, Alfredo: «El ámbito personal del Derecho del trabajo», *Revista de Política Social*, 1966, pp. 91 y ss.; DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: «Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español», cit. n. 3, pp. 7 y ss. Para amplias referencias jurisprudenciales, CAIRÓS BARRETO, Dulce M.^a: *Contrato de mediación laboral y contrato mercantil: Un estudio sobre el objeto del contrato de trabajo*, cit. n. 53, pp. 72 y ss.

⁹⁵ V. apartado VI, A.

que genere medios materiales o bienes económicos⁹⁶. De este modo, el concepto de trabajador se puede extender a cualquier tipo de actividad, con independencia de su naturaleza, incluyendo realidades tan dispares como la prostitución, la explotación de menores de edad o inimputables o las prestaciones de servicios reguladas por el Derecho administrativo —tanto función pública como contratados administrativos o personal estatutario al servicio de la Seguridad Social— en las que, evidentemente, también se da la nota de la dependencia o subordinación.

La razón de esta comprensión tan amplia no radica únicamente en el hecho de que en nuestra disciplina carecemos de margen conceptual y debemos reconducir todas las posibles formas de manifestación de lo que estimamos trabajo, por muy heterogéneas que sean, a través de una única categoría. Además, se debe a que la delimitación del ámbito de aplicación de los distintos preceptos recogidos en este título no puede depender tanto de como se entienda la nota de la laboralidad, como de los concretos bienes jurídicos a proteger y la razón material de su protección.

A nuestro juicio, la mayor o menor extensión de las figuras delictivas estudiadas no debe condicionarse a la nota de la productividad, de ahí la amplitud de la interpretación propuesta para este segundo elemento definitorio, sino en función del momento material que justifica la especial protección que se pretende ofrecer con las mismas: la dependencia, y la naturaleza del bien jurídico protegido en cada uno de los correspondientes preceptos.

Por ejemplo, si el objeto de protección son los derechos y condiciones laborales normativamente establecidos⁹⁷, como en el artículo 311.1 CP, tiene sentido que la intervención penal se limite a los potenciales destinatarios de tales derechos⁹⁸, realizándose tal reducción a partir del bien jurídico protegido. Sin embargo, si lo que se se preten-

⁹⁶ De forma análoga a la definición de trabajo productivo que proponen ALONSO OLEA, Manuel/CASAS BAAMONDE, María Emilia: *Derecho del Trabajo*, cit. n. 50, p. 41.

⁹⁷ V. apartado II, A.

⁹⁸ Por eso rechazamos el razonamiento de la STS 12 abril 1991 (A. 2704), donde, en su fundamento jurídico sexto, se incluye en el ámbito de este precepto a la prostitución. Esta actividad, por sus propias características, es imposible de reconducir jurídicamente a través del contrato de trabajo. Por tanto, aunque la prostitución es un ámbito muy necesitado de protección, quizás el que más, las prostitutas en tanto que prostitutas no son destinatarios actuales ni potenciales de los derechos que se pretenden proteger con esta figura. En consecuencia, y al contrario de lo que se sostiene en la sentencia, no estamos ante una mera causa ilícita ni ante una conducta típica en el sentido del artículo 311.1 CP. En este último sentido, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Granollers, de la que en estos días han

de proteger es la vida, salud e integridad física de los trabajadores, como en los artículos 316 y siguiente CP⁹⁹, carece de sentido que la protección se limite únicamente a quienes realizan actividades a las que sean extensibles las remisiones extrapenales incluidas en ambos preceptos, pareciendo que el legislador no reparó en que el trabajo objeto del Derecho Penal puede y debe ir más allá del trabajo objeto del Derecho del Trabajo. Y aunque la subsunción en tales tipos de determinadas actividades en las que concurren las notas de la productividad y la dependencia presenta grandes dificultades, éstas no se deben derivar del concepto de trabajador.

2. Anotaciones finales: límites de la propuesta realizada

El objetivo de nuestra investigación no es otro que extender el concepto de trabajador a realidades sociales que precisan de la protección proporcionada por las figuras recogidas en el Título XV del Libro II CP. Sin embargo, debido a los obstáculos existentes, los resultados que hemos podido obtener son bastante limitados.

Ya en el mismo Título XV encontramos dificultades para defender un concepto único de trabajador. Pues en el artículo 313.1 CP se incluye expresamente este término para hacer referencia a personas en las que aún no concurren las notas de dependencia y productividad¹⁰⁰, valiendo tan sólo como meros criterios de referencia¹⁰¹.

dado noticia los medios de comunicación (v. El País, 28 de abril de 1003, p. 31), niega el carácter laboral de la actividad de prostitución por considerar —según señala el citado diario— que «nadie puede organizar ni dirigir la actividad sexual de ninguna mujer porque atenta contra los derechos fundamentales y la dignidad humana... El comercio sexual (propriadamente dicho) no puede ser objeto lícito de contrato de trabajo ya que la capacidad de decidir y la libertad sexual están por encima de la dirección y organización empresarial», si bien estima la existencia de una relación laboral en relación con la actividad de servir copas y hacer que el cliente las tome, pues «concurren los requisitos básicos que la configuran: la prestación de un trabajo remunerado dentro del ámbito organicista y rector de la empresa, que consigue sus frutos de tal actividad».

⁹⁹ V. apartado II, A.

¹⁰⁰ Concretamente, se castiga al «que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España». Es decir, se extiende el término trabajador a personas que sólo tienen una relación potencial con el mercado del trabajo, utilizando un mismo concepto para comprender realidades totalmente distintas. Esta circunstancia dificulta una explicación sistemática de las figuras en cuestión.

¹⁰¹ Aunque los problemas que plantea este precepto exceden de los relativos al concepto jurídico penal de trabajador. Pues el artículo 313.1 CP cualifica el tráfico

Pero las mayores dificultades se encuentran en aquellos preceptos cuyo ámbito de protección no es posible extender hacia realidades sociales precisadas de tal intervención jurídica penal. Nos referimos, concretamente, a los artículos 316 y siguiente CP. Los motivos de tales problemas se encuentran en las remisiones extrapenales que se recogen en tales figuras, a nuestro juicio, incoherentes con los bienes jurídicos que pretenden proteger.

Toda creación de una figura delictiva debe estar precedida de una reflexión racional no excluyente sobre el objeto a proteger por la misma¹⁰², en la cual la participación de la ciencia no se justifica sólo por motivos técnicos, sino por razones de legitimidad¹⁰³. La estructura típica de un delito debe ser un desarrollo consecuente de los resultados alcanzados en el estudio del problema al que pretende dar respuesta. Es decir, primero se concreta el objeto de protección, su necesidad y medida, y posteriormente se instrumentaliza la misma a través de la correspondiente estructura típica¹⁰⁴. Este segundo momento, la ins-

ilegal de personas cuando éstas revistan la condición de trabajadores, imponiendo una pena de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, frente a la pena de dos a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses que establece el artículo 318 bis.3 CP para los supuestos en que tales actividades se realicen con menores de edad. Sin embargo, este último colectivo, los menores de edad, parecen mostrar mayor vulnerabilidad y, por tanto, necesidad de protección que el de los trabajadores. Tales incongruencias valorativas nos llevan a recomendar la supresión del artículo 313.1 CP y el tratamiento unificado de todos los supuestos de tráfico ilegal de personas, entre otras razones, para advertir más fácilmente tales problemas valorativos. Sobre la situación del artículo 313.1 CP tras LO 4/2000 v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, en Patricia LAURENZO COPELLO (coord.): *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, cit. n. 71, pp. 298 y ss.

¹⁰² Sobre el impulso problemático en la creación de las normas jurídicas, ampliamente, v. NOLL, Peter: *Gesetzgebungslehre*, Rowohlt, Reinbeck bei Hamburg, 1973, pp. 72 y ss. Más recientemente, también, VOGEL, Joachim: *Juristische Methodik*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1998, pp. 199 y ss.

¹⁰³ V. VOGEL, Joachim: «Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft – Überlegungen zu einer diskurstheoretischen Strafgesetzgebungslehre–», *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 2001, pp. 107 y ss. En un sentido próximo, defendiendo la necesidad de intervención de la ciencia en la actividad legislativa, con anterioridad AMELUNG, Knut: «Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung», *ZStW* 92 (1980), p. 21, quien considera tal actividad como un aspecto importante del proceso democrático; NOLL, Peter: *Gesetzgebungslehre*, cit. n. 102, pp. 70 y ss.

¹⁰⁴ No obstante, dada la imposibilidad de advertir desde un primer momento todos los aspectos que condicionan o afectan a la creación del precepto, no se trata nunca de un proceder lineal, sino de una sucesión de reflexiones provisionales, v. NOLL, Peter: *Gesetzgebungslehre*, cit. n. 102, pp. 72 y ss. También v. GÜNTHER, Hans-Ludwig: «Die Genese eines Straftatbestandes», *JuS*, 1978, pp. 8 y ss.

strumentalización positiva de la protección debe ser lo más precisa posible¹⁰⁵, y es tarea exclusiva del legislador¹⁰⁶. La mayor o menor coherencia entre el objeto de protección y su instrumentalización típica determinará el mayor o menor éxito de la figura delictiva en el cumplimiento de la función político-criminal que tenga asignada.

Pues bien, de esta relación entre el objeto de protección y la estructura típica es de donde se derivan los problemas de los artículos 316 y siguiente CP. Porque, a nuestro juicio, la estructura típica de estos preceptos no es una respuesta coherente al bien o bienes jurídicos que parecen proteger.

Una vez que se ha optado por la defensa de determinados derechos, parece lógico que la intervención penal se limite a castigar las agresiones que recaigan sobre sus titulares o sobre quienes disfrutaban de ellos, como mencionábamos más arriba en relación con el artículo 311.1 CP. Lo que carece totalmente de sentido es que se proteja a determinados titulares y a otros no, máxime cuando los excluidos del ámbito de protección son los más necesitados de la misma. Esto es lo que se ha conseguido con la «endiablada» estructura típica de los artículos 316 y siguiente CP¹⁰⁷.

Si se quiere proteger la vida, salud e integridad física de quienes realizan una actividad productiva en relación de dependencia, entonces qué sentido tiene que únicamente se castiguen las acciones realizadas por los destinatarios de unas normas de seguridad e higiene que sólo regulan una parte de la realidad laboral necesitada de protección. A nuestro juicio, ninguno.

Las lagunas de punibilidad que produce la estructura típica de los mencionados preceptos no son consecuencia del requisito normativo

¹⁰⁵ Cfr. FRISCH, Wolfgang: «An den Grenzen des Strafrechts», en *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, cit. n. 36, pp. 91 y ss.

¹⁰⁶ Sin que ello deba entenderse en el sentido de querer limitar la actividad del legislador a promulgar en forma de ley los resultados de la investigación criminológica, sobre como entendemos la función de éste v. VOGEL, Joachim: «Strafgesetzbung und Strafrechtswissenschaft. Überlegungen zu einer diskurstheoretischen Strafgesetzbungslehre», en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, cit. n. 103, pp. 116 y s.

¹⁰⁷ Mostrándose el adjetivo que TAMARIT SUMALLA, Josep María, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit. n. 25, p. 1508; el mismo, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit. n. 25, p. 1149, emplea para caracterizar este delito más ajustado de lo que en un primer momento sospechábamos.

de «estar legalmente obligado», pues de la normativa laboral se deduce que es el empresario o encargado¹⁰⁸, y tales figuras pueden determinarse de acuerdo con los criterios materiales antes expuestos¹⁰⁹. La razón se halla en la otra remisión extrapenal incluida en el tipo: «con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales»¹¹⁰. Esta cláusula, como ya se advirtiera en la doctrina, no sólo determina que «el empresario que imponga a los trabajadores una actuación abiertamente arriesgada, que ponga en peligro su vida o integridad física, realiza un hecho impune si su actuación no está prevista en las normas laborales como infracción de la normativa sobre seguridad e higiene»¹¹¹. Además, impide castigar a aquéllos que aún realizando las conductas que pretenden evitar tales normas no son destinatarios de las mismas, pues «sin infracción administrativa no existe delito»¹¹², y quien no es destinatario de una norma difícilmente la puede infringir.

Los supuestos que quedarían impunes no son casos de laboratorio. Así, por ejemplo, se estaría excluyendo del ámbito de protección a las prostitutas¹¹³, pese a que la realidad nos demuestra una y otra vez que

¹⁰⁸ V. AGUADO LÓPEZ, Sara: *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, cit. n. 26, pp. 256 y 263; BAYLOS GRAU, Antonio/TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: *Derecho penal del trabajo*, cit. n. 12, pp. 117 y s.; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: «La protección penal de los derechos de los trabajadores en el Código Penal», cit. n. 11, marg. 136; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit. n. 12, pp. 229 y s.; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 11, p. 340; NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit. n. 2, pp. 155-7; PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit. n. 11, p. 296; TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores (II): arts. 314, 315, 316 y 317 del Código Penal», cit. n. 13, pp. 429 y s.; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal*, cit. n. 25, pp. 72 y ss.

¹⁰⁹ V. n. 83.

¹¹⁰ Sobre el alcance de esta remisión v. AGUADO LÓPEZ, Sara: *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, cit. n. 26, pp. 217 y s. Críticamente sobre la misma, ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire: «Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas», cit. n. 26, margs. 811 y ss.; la misma: «Infracciones extrapenales “cualificadas” en el Código Penal español de 1995: Problemas de interpretación», cit. n. 26, pp. 19 y s.; GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», cit. n. 26, pp. 92 y s.

¹¹¹ GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», cit. n. 26, p. 102.

¹¹² GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», cit. n. 26, p. 74. En el mismo sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal*, cit. n. 25, p. 93.

¹¹³ En la jurisprudencia se ha intentado incluir esta actividad en el ámbito de protección del art. 311 CP (STS 12 abril 1991, A. 2704, fundamento jurídico sexto),

estas personas pueden realizar su actividad en situaciones de dependencia extremas¹¹⁴. También a los menores e inimputables que son explotados por mafias para ejercer la mendicidad. Y no es difícil pensar en más supuestos, ya que el ámbito de aplicación de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales lo pone realmente fácil¹¹⁵.

Quizá el legislador no apreció que la inclusión en el tipo objetivo de remisiones extrapenales restringen el ámbito de vigencia de la norma y, en consecuencia, «el ámbito de protección del bien jurídico que el Derecho Penal aspira a tutelar»¹¹⁶, o simplemente, que la realidad a la que ha de responder el DP no es sólo la que se refleja en el ET, sino también aquélla que por su brutalidad sólo puede estar reflejada en las propias leyes penales. En cualquier caso, la respuesta a estos problemas va mucho más allá de la definición del concepto de trabajador.

pero como ya señalamos más arriba, las propias características de la misma hacen inviable tal intento. En consecuencia, el principal bien jurídico del que participan estas personas es el protegido por los artículos 316 y siguiente CP.

¹¹⁴ V. STS 5 febrero 1998 (A. 424); STS 15 febrero 1999 (A. 1168); STS 26 noviembre 1999 (A. 8895).

¹¹⁵ Concretamente, señala en su exposición de motivos que «el ámbito de aplicación de la Ley incluye tanto a los trabajadores vinculados por una relación laboral en sentido estricto, como al personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas, así como a los socios trabajadores o de trabajo de los distintos tipos de cooperativas, sin más exclusiones que las correspondientes, en el ámbito de la función pública, a determinadas actividades de policía, seguridad, resguardo aduanero, peritaje forense y protección civil cuyas particularidades impidan la aplicación de la Ley, la cual inspirará, no obstante, la normativa específica que se dicte para salvaguardar la seguridad y la salud de los trabajadores en dichas actividades; en sentido similar, la Ley prevé su adaptación a las características propias de los centros y establecimientos militares y de los establecimientos penitenciarios».

¹¹⁶ En este sentido ya GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», cit. n. 26, p. 102.