

¿EL LEGISLADOR PENAL CONOCE LA NORMATIVA SANCIONADORA LABORAL? SUPERPOSICIÓN DEL ILÍCITO PENAL Y EL ADMINISTRATIVO-LABORAL. EL EJEMPLO DEL TRÁFICO ILEGAL DE MANO DE OBRA

Juan Luis Fuentes Osorio

Profesor Contratado Doctor (Titular acreditado).
Departamento de Derecho penal, Filosofía del Derecho,
Filosofía moral y Filosofía Universidad de Jaén

Sumario: I.- Introducción; II.- La relación entre el derecho laboral y el penal laboral; III.- Distinción en los supuestos de tráfico ilegal de mano de obra; A.- La apropiación penal del ilícito sancionador-laboral; B.- La creación de un espacio de ilícito penal propio; 1.- Plus de desvalor de la acción o el resultado; 1.1.- Capacidad lesiva; 1.2.- Resultado de peligro o de lesión; 2.- La conversión del art. 312.1 CP en un tipo pluriofensivo; 2.1.- Acceso al empleo y explotación del trabajador; 2.2.- Distinción con otras figuras penales afines; 2.2.1.- Imposición efectiva de condiciones laborales ilícitas (arts. 311 y 312.2, segundo inciso, CP); 2.2.2.- Trata de personas (art. 177 bis CP); 2.2.3.- Migración clandestina (art. 318 bis CP) y fraudulenta (art. 313 CP); 2.2.4.- Ofertas engañosas

Recibido: mayo 2016. Aceptado: octubre 2016

(art. 312.2, primer inciso, CP); IV.- Conclusiones; Relación de sentencias; Bibliografía

Resumen: El derecho penal laboral recoge como conductas típicas comportamientos que pueden ser, al mismo tiempo, objeto de sanción por la vía laboral. Esta coincidencia no siempre viene acompañada de criterios para diferenciar ambos ilícitos. Ello puede generar dificultades en la aplicación de ambas normativas y una infracción de los principios de legalidad y subsidiariedad. Tal situación se aprecia especialmente en el caso del tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1 CP). Artículo que demanda tácitamente una remisión genérica a la regulación laboral y que no prevé ninguna regla de distinción. Se debe establecer, por tanto, un criterio para discriminar ambos ilícitos: el sujeto activo tiene que realizar alguna de las formas de tráfico ilícito definidas laboralmente como muy graves y, además, debe «perseguir la explotación del trabajador».

Palabras clave: Derecho penal laboral, delitos contra los trabajadores, tráfico ilegal de mano de obra, explotación laboral, accesoriadad administrativa.

Abstract: The labor criminal law describes as crimes conducts that may be, at the same time, sanctioned by the labor law. This coincidence is not always accompanied of criteria to distinguish between both of them. This may create difficulties in the application of both regulations and be against the principles of legality and subsidiarity. This situation is particularly noticeable in the case of illegal labor trade (art. 312.1 SCC). This article of the criminal code demands a general reference to the labor regulation to complete it and doesn't include a distinction rule with the labor offenses. It should be added a rule to distinguish between criminal law and administrative law: the perpetrator has to perform some form of illegal labor trade (defined as serious offense by labor law) «for the purpose of labor exploitation».

Keywords: Labor criminal law, crimes against workers, illegal labor trade, labor exploitation, administrative accessory.

I. Introducción

El derecho penal clásico¹, centrado en la tutela de bienes jurídicos individuales como la vida, la salud personal o el patrimonio, no mantiene una relación con el derecho administrativo². La persecución penal es autónoma y ello se debe a que todo el marco sancionador, en la protección de un mismo bien jurídico, es ocupado por el derecho penal³.

No obstante, cuando el derecho penal extiende su périmetro y abarca otros bienes jurídicos (especialmente los denominados colectivos) se encuentra con un marco jurídico previo regulado por el derecho administrativo y, además, con una posible confluencia con este ordenamiento en el ejercicio de la función de tutela. En consecuencia, en torno a dichos bienes se puede establecer un sistema sancionador dual en el que conviven ilícitos administrativos y penales. El derecho penal pierde su autonomía: la construcción del tipo penal y su interpretación necesariamente debe mirar a la normativa administrativa.

La relación entre los dos órdenes⁴ se construye en torno al principio de unidad del ordenamiento jurídico entendido

1 Artículo realizado en el contexto del proyecto de investigación «Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en la era de la globalización» (ref. DER2014-56417-C3-1-P).

Agradezco a Beatriz Cruz Márquez los acertados comentarios y críticas realizadas a este trabajo que tanto han ayudado en su conformación final.

2 Afirmación que también habría que poner en duda. Por ejemplo: ¿no se fijan legalmente los requisitos para usar legítimamente un arma por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado? Vid. art. 5.2.d LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

3 Si bien, el carácter pleno de la autonomía viene igualmente determinado porque en los tipos penales no se introduzcan elementos normativos que requieran acudir a otros ordenamientos para concretar su definición.

4 Que la doctrina penal analiza dentro de la problemática de la «accesoriedad administrativa» (que engloba asimismo los problemas de las normas penales en blanco y el principio del non bis in idem), vid. al respecto FRISCH, W.: *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, Heidelberg, 1993; GARCÍA ARÁN, M.: “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, 1993, pp. 63 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, N.:

en un doble sentido: en un sistema sancionador dual *no puede haber contradicciones al definir lo prohibido, ni duplicidades al sancionar lo prohibido*. Ello se articula a su vez mediante la previsión de un doble mecanismo de preeminencia.

(1) El derecho administrativo tiene preeminencia respecto al derecho penal al definir el ámbito de lo permitido. Los comportamientos expresamente permitidos administrativamente no podrán ser objeto de sanción penal. El derecho administrativo limita, por tanto, en este sentido, al penal.

Esta preeminencia no implica que se tengan que imponer las reglas del derecho administrativo cuando haya una controversia al respecto. El derecho penal tiene su propio marco teórico-conceptual para resolver conflictos jurídicos. Así la conducta ajustada al derecho administrativo se podrá oponer en el proceso penal como el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento un deber o como un caso de no superación del riesgo permitido.

(2) El derecho penal tiene preeminencia respecto al administrativo cuando haya una concurrencia de sanciones respecto a un mismo ilícito. La norma penal prevalente aplicable contiene todo el desvalor del comportamiento realizado.

Ello se concreta en el principio de non bis in ídem. Este implica una prohibición de doble sanción (*vertiente material*) y doble proceso (*vertiente formal o procesal*) sobre supuestos que poseen una igualdad en el sujeto, hecho y fundamento⁵.

Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa, Barcelona, 1996; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia, 2008, pp. 149 y ss.; RANDO CASERMEIRO, P.: *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, Valencia, 2010; FUENTES OSORIO, J.L.: "Accesoriedad administrativa y delito ecológico", en Arana García; Mercado Pacheco; Pérez Alonso; Serrano Moreno (eds.): *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Valencia, 2012, pp. 707 y ss.

- 5 Cualquier dualidad sancionatoria, si se dan estos presupuestos, vulnera los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Ahora bien, el principio non bis in ídem y el de prejudicialidad penal ejercen una insuficiente función de control *ex post*. Se encargan de «arreglar los desperfectos producidos en sede legislativa», RANDO CASERMEIRO: *supra* nota 4, p. 509.

La primacía del derecho penal tendrá como consecuencia, cuando haya una coincidencia total en los ilícitos, la inaplicación de la normativa administrativa. Para evitar este efecto es necesario establecer criterios de demarcación de los espacios de actividad que eviten la completa superposición de ambos órdenes. Si se parte del reconocimiento de la capacidad sancionadora del derecho administrativo⁶ estos pueden ser:

(a) *Atribución a un ordenamiento de la competencia exclusiva*. Se rompe la igualdad en el hecho (hay un hecho que solamente tiene relevancia penal o administrativa) o en el sujeto mediante un reparto efectuado en función de tres factores.

Tipo de bien jurídico. En un sistema sancionador dual se puede decidir distribuir el ámbito de tutela según el objeto protegido. Así, sería posible indicar que el derecho penal tendría que ocuparse del conjunto de bienes jurídicos individuales, mientras que los que tengan naturaleza colectiva (como podría ser el caso en los delitos laborales⁷ o en el medio ambiente) deberían ser protegidos únicamente por el administrativo-sancionador.

Tipo de agresión. Un sistema sancionador dual también puede repartir el ámbito de tutela, cuando ambos órdenes concurren en la protección de un mismo bien jurídico, atendiendo a la forma de agresión. De este modo se podría sostener, por ejemplo, que los fraudes a la Hacienda Pública mediante la obtención indebida de devoluciones o beneficios fiscales únicamente se sancionarán por vía administrativa, mientras que los generados por el impago de tributos o de cantidades retenidas serán siempre delitos. La decisión no se apoya en la gravedad del ataque

6 Se puede construir un sistema sancionador en el que el derecho penal esté encargado de sancionar (todas o algunas de) las conductas definidas previamente como ilícitas por el derecho administrativo – modelo absoluto de accesoriadad administrativa -.

7 Defiendo, en cambio, que son bienes jurídicos de carácter individual relativos al ejercicio de una relación laboral, FUENTES OSORIO, J.L.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Ortiz de Urbina Gimeno (coord.): *Memento práctico derecho penal económico y de la empresa*, Madrid, 2016, margs. 7162 y ss.

(puede ser idéntica) sino en otros motivos de política criminal: se opta, por ejemplo, por el derecho administrativo en las primeras formas de fraude fiscal porque tienen una tasa de incidencia insignificante o, al contrario, porque es muy elevada y se quiere aumentar la certeza y la celeridad de la reacción «desformalizando» la respuesta.

Naturaleza del sujeto activo. El derecho Administrativo sancionador, si hay confluencia con el penal, podría asumir en exclusiva la depuración de la responsabilidad de la persona jurídica (como ha sucedido en un sentido autónomo hasta la reforma del CP operada por la LO 5/2010, de 22 de junio).

(b) *Reparto de los ámbitos* en una situación en la que hay una competencia dual para los mismos hechos y sujetos. Se realiza mediante una ruptura de la igualdad en el fundamento.

Diferente objeto protegido. Sería posible evitar el desplazamiento del derecho administrativo sancionador si se niega que existe una igualdad cualitativa con el derecho penal: ambos tienen diverso fundamento o finalidad. Se puede mantener que mientras que el derecho penal protege bienes jurídicos el derecho administrativo tutela sectores de actividad; el orden y la organización interna de la Administración; modalidades de solución de conflictos de intereses, etc⁸. Por ejemplo, un mismo acto de tráfico ilegal de mano de obra lesionaría el modelo de gestión de la política de empleo, respecto al derecho laboral, y el derecho al acceso al puesto de trabajo, en relación con el derecho penal. Por esta vía se consigue justificar la imposición conjunta de la sanción penal y administrativa.

Diferente contenido de injusto. Cuando hay una confluencia de ambos órdenes en la protección de un mismo bien

8 Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del derecho penal*, 2.ª edición, Madrid, 2001, pp. 125 y ss. Vid. también al respecto GARCÍA ALBERO, R.: “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos”, en Morales Prats, Quintero Olivares (coord.): *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Cizur Menor, 2001, pp. 295 y ss.

jurídico, respecto a idénticos tipos de agresión, el criterio de distinción debe ser el diverso contenido de injusto. El derecho penal interviene, como cierre del sistema sancionador, frente a comportamientos con un desvalor (de la acción o del resultado) superior al definido en el ilícito administrativo. Este plus se concreta mediante la inclusión en el tipo penal de algún elemento (objetivo y/o subjetivo) no recogido en el ámbito administrativo. Su existencia permite distinguir con claridad ambos ilícitos y favorece la aplicación de ambas normativas conforme a la lógica del concurso de leyes (asumiendo la administrativa un carácter subsidiario).

(3) Mi objetivo en este trabajo es analizar cómo se articula esta relación en el ámbito del derecho penal laboral. En este contexto se han creado tipos que protegen los derechos de los trabajadores. Ahora bien, el problema se halla en que pueden hacer referencia a comportamientos que ya son objeto de sanción por la vía laboral. ¿Se indica en todas las ocasiones el criterio que se debe utilizar para deslindar ambos ilícitos? Su ausencia, siempre que no se niegue la igualdad cualitativa entre ambos órdenes, produciría consecuencias no deseadas (inaplicación de la normativa administrativa o penal al no apreciarse con claridad sus lindes), la infracción de los principios de legalidad (al no determinarse el núcleo de injusto en el tipo penal) y de subsidiariedad (al reaccionar penalmente ante conductas que ya son objeto de sanción por la normativa administrativa aplicable de manera eficaz). Ello se observa especialmente en el ejemplo del art. 312.1 CP en el que se da un paso más: la simple referencia al tráfico ilegal de mano de obra implica una necesaria remisión genérica (tácita) a toda la normativa laboral en este ámbito sin señalar, además, una regla de distinción.

Con esta intención el artículo se divide en tres partes:

En un primer momento se plantea cómo se organiza la protección de los derechos de los trabajadores en un plano sancionador.

A continuación se estudia el caso concreto de los delitos de tráfico ilegal de mano de obra.

Finalmente, se efectúa una propuesta de distinción entre el ámbito penal y administrativo en los delitos de tráfico ilegal de mano de obra.

II. La relación entre el derecho laboral y el penal laboral

(1) ¿En qué situación se encuentra la legislación sancionatoria-laboral española? Para dar respuesta a esta cuestión se puede realizar una comparación entre el Título XV del Libro II del CP (arts. 311 – 318 CP) con el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social⁹. Se pueden sacar las siguientes conclusiones:

La mayor parte de las infracciones en el ámbito laboral son objeto de sanción únicamente por la vía administrativa.

Se recurre a la vía penal para dar respuesta a las agresiones que tienen mayor gravedad. Se puede afirmar, por tanto, que existe un sistema sancionador dual en el ámbito laboral.

Los tipos penales que recogen estos ataques con mayor intensidad lesiva sancionan, no obstante, comportamientos ya definidos como ilícitos muy graves (excepcionalmente incluso como graves) por la regulación administrativa laboral.

Esta coincidencia se produce de dos formas según la redacción del tipo penal:

Se sanciona el mismo comportamiento *concreto* en el ámbito penal y laboral. Ejemplo de ello serían los arts. 311.2 CP y 22.2 TRLISOS que recogen como ilícito «no comunicar el alta del trabajador a la Seguridad Social».

Se sanciona una forma *genérica* de comportamiento que requiere una remisión a la normativa administrativa que lo pre-

⁹ A partir de ahora TRLISOS.

cisa y que determina el ámbito de lo punible. Un ejemplo lo encontramos en el art. 312.1 CP que pune el tráfico ilegal de mano de obra. ¿En qué consiste esta conducta? La normativa laboral identifica dos posibles formas de tráfico de mano de obra: colocación de mano de obra o intermediación laboral y los préstamos o cesiones.

En el siguiente cuadro expongo la relación existente entre los tipos penales que protegen los derechos de los trabajadores y la normativa laboral.

TABLA 1. Relación entre el derecho penal laboral y el derecho sancionador laboral

Normativa Penal (CP)	Normativa Laboral (TRLISOS)	Tipo de coincidencia
Art. 311.1, 3 y 4 Imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social ilícitas	Ilegalidad determinada por el régimen de infracciones laborales. Depende de la condición ilícita impuesta.	<i>Genérica</i>
Art. 311.2 No comunicar alta en seguridad social	Art. 22.2 No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido.	<i>Concreta</i>
Art. 311 bis Emplee o de ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo Emplee o de ocupación a un menor sin permiso de trabajo	Art. 37.1 Infracción muy grave por utilizar trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo ¹⁰ Art. 8.4 Infracción muy grave por la transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral ¹¹	<i>Concreta</i>

¹⁰ También recogida por el art. 54.1.d Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración

Art. 312.1 Tráfico ilegal mano de obra	Ilegalidad determinada por el régimen de infracciones laborales sobre: Colocación: arts. 14-16 Cesiones: arts. 8.2 y 18	<i>Genérica</i>
Art. 312.2 (primer inciso) Reclutar o determinar a abandonar el puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas	Art. 15.5 Infracción grave por publicitar por cualquier medio de difusión ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado, o que contengan condiciones contrarias a la normativa de aplicación	<i>Concreta</i>
Art. 312.2 (segundo inciso) Imposición de condiciones laborales ilícitas a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo	Ilegalidad determinada por el régimen de infracciones laborales. Depende de la condición ilícita impuesta.	<i>Genérica</i>
Art. 313 Determinar o favorecer la emigración a otro país simulando contrato o colocación, o usando otro engaño semejante.	Art. 36.2 Infracción muy grave por la simulación o engaño en la contratación de los trabajadores que se desplazan al exterior	<i>Concreta</i>
Arts. 314 Discriminación laboral	Art. 8.11 Infracción muy grave por las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas	<i>Concreta</i>

social: infracción muy grave por la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo.

- 11 Vid. art. 6 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. A partir de ahora ET.

Art. 315.1 y 2 Limitaciones libertad sindical y de huelga	Ilegalidad determinada por el régimen de infracciones laborales sobre libertad sindical y de huelga (arts. 8.5-10, 9.2d, 10bis.2.d, 19.3a)	<i>Genérica</i>
Arts. 316 y 317 Seguridad laboral	Ilegalidad determinada por el régimen de infracciones en prevención de riesgos laborales. Art. 12: Infracción grave. Art. 13: Infracción muy grave.	<i>Genérica</i>

Fuente: elaboración propia

La normativa laboral recoge la prohibición de concurrencia de procesos y sanciones respecto a comportamientos que son un ilícito laboral y penal. El art. 3.1 TRLISOS declara la incompatibilidad de la sanción administrativa y penal cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Además, el art. 3.2 TRLISOS¹² fija un deber de abstención de la Jurisdicción laboral y la preeminencia de la penal¹³.

No todos los tipos penales establecen un criterio para deslindar el ámbito penal del administrativo-laboral.

12 Art. 3.2 TRLISOS: «En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones». Vid. al respecto MEGÍAS BAS, A.: “Órganos intervinientes en la lucha contra el tráfico ilegal de mano de obra, el empleo irregular y el fraude a la seguridad social en España”, en *Revista Policía y Seguridad Pública*, Julio-Diciembre 2014, p. 89 y s.

13 Vid. RODRÍGUEZ MESA, M.J.: “Tráfico ilegal de mano de obra”, en Terradillos Basoco (Coord.): *Memento Práctico Francis Lefebvre, Penal de la Empresa 2004 – 2005*, Madrid, 2003, margs. 2351 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ: *supra* nota 4, pp. 164 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Quintero Olivares (dir.), Morales Prats (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.^a edición, Cizur Menor, 2011, p. 1135; FUENTES OSORIO: *supra* nota 7, margs. 7190 y s.

TABLA 2. Criterios de distinción el derecho penal laboral y el derecho sancionador laboral

Normativa Penal (CP)	Criterio de Distinción
Art. 311.1, 3, 4	Medio comisivo (engaño, abuso, violencia o intimidación)
Art. 311.2	Porcentaje de sujetos afectados en relación con el tamaño de la empresa
Art. 311.bis (extranjeros)	De forma reiterada
Art. 311.bis (menores)	No se establece
Art. 312.1	No se establece
Art. 312.2 (primer inciso)	No se establece
Art. 312.2 (segundo inciso)	No se establece
Art. 313	No se establece
Art. 314	Mantenimiento de situación tras requerimiento o sentencia
Art. 315.1 y 2	Medio comisivo (engaño, abuso, coacción)
Arts. 316/317	Puesta en peligro grave de la vida, salud o integridad física.

Fuente: elaboración propia

Los criterios de distinción expresamente descritos se elaboran sobre la existencia de un mayor desvalor de la acción o del resultado¹⁴:

- Medio comisivo: engaño, abuso de situación, violencia o intimidación.
- Número de sujetos afectados.
- Reiteración de la conducta.
- Desobediencia.
- Puesta en peligro grave de la vida, salud o integridad física.

14 Insiste en la relevancia de estos elementos para distinguir la normativa penal de la sancionadora laboral RANDO CASERMEIRO: *supra* nota 4, pp. 505 y s.

Los artículos que no recogen un criterio de distinción son los siguientes: art. 311.bis (emplear o dar ocupación a menores sin permiso de trabajo), art. 312.1 (tráfico ilegal de mano de obra), art. 312.2 (primer inciso, ofertas engañosas), art. 312.2 (segundo inciso, imposición de condiciones laborales ilícitas a extranjeros sin permiso de trabajo), art. 313 (migraciones fraudulentas) CP.

(2) El proceso para diferenciar el ilícito penal del administrativo, cuando no existe un criterio expreso, se enfrenta a problemáticas distintas en función de la forma de coincidencia.

Cuando es concreta y no se prevé cómo discriminar ambos ilícitos la posibilidad de aplicar la normativa laboral se reduce a tal extremo que se podría hablar de una derogación de facto. Ello acontece por la unión de tres factores: la superposición absoluta entre los ilícitos, la prohibición de doble sanción y el principio de preeminencia penal. Se impondrá, en consecuencia, únicamente el tipo penal que, además, no tiene que acudir al derecho laboral para concretar su contenido.

Para soslayar la inaplicación de la normativa administrativa hay que añadir al tipo penal un elemento que no aparezca en la infracción laboral. Aunque de este modo se encuentra una solución al problema de la superposición de conductas, cuando no esté recogido de manera expresa quedará comprometido el principio de legalidad (mandato de determinación) ya que no habrá una definición plena del injusto penal en el tipo.

Cuando hay una remisión genérica a la normativa administrativa las dificultades crecen.

La regulación laboral de referencia delimita el ámbito de lo punible: lo permitido laboralmente no podrá ser objeto de sanción penal. El tipo penal solo podrá alcanzar comportamientos que constituyan un ilícito laboral. Por este motivo, la relación genérica entre el tipo penal y la normativa laboral se desarrolla mediante un proceso dividido en tres fases:

Hay que identificar qué conductas son ilícitos laborales. Por ejemplo, la imposición de condiciones ilícitas del art. 311.1 CP es un amplio concepto que contiene una remisión a todo el sistema de infracciones laborales. Para cada tipo de condición impuesta existe un régimen sancionatorio (conductas ilícitas y sanciones). En materia de relaciones laborales las infracciones graves y muy graves vienen recogidas por los arts. 7 y 8 TRLISOS.

A continuación, se tiene que especificar cuáles de estos ilícitos podrán ser sancionados penalmente. Esta selección se puede realizar de alguna de las siguientes formas: Una posibilidad sería que el tipo penal comprenda todo el espectro del ilícito administrativo posible. La otra que se concentre en algunos de los ilícitos. Con ese objetivo se puede elegir las conductas consideradas leves, graves o muy graves por la normativa laboral (por ejemplo, se podría decidir que el derecho penal se ocupará de las infracciones muy graves); elegir conductas concretas entre las definidas como leves, graves o muy graves; elegir conductas concretas con independencia de su clasificación.

Finalmente, se debe incluir en el tipo penal (de forma expresa o mediante una interpretación restrictiva) un elemento adicional al ilícito administrativo. Se crea así un injusto penal distinto del administrativo (con un mayor desvalor de acción o de resultado) que permite deslindar ambos órdenes.

Se corre el peligro de terminar este proceso en el segundo momento, con la selección de los ilícitos administrativos que integran el tipo penal. Posiblemente esto ocurre porque predomina la lógica preocupación del intérprete penal por conocer qué conductas se subsumen en el tipo. Sin embargo, si no alcanzamos la última fase no habrá una delimitación de los espacios propios de cada ámbito. En tal caso el derecho administrativo también sufriría una derogación de facto pero ahora porque, aunque asume un papel fundamental al determinar las conductas ilícitas, estas no son objeto de sanción administrativa: el derecho penal se apropia de la competencia sancionadora administrativa.

Si se dice que solo serán sancionadas penalmente dos de las conductas clasificadas por la normativa laboral como muy graves, se señala que el tipo penal solo abarca esos dos comportamientos, pero no se acota el espacio propio de cada ámbito. Al contrario, sucede que el derecho penal «elimina» la competencia sancionadora administrativa para esas dos conductas.

La remisión genérica a la normativa laboral sin la determinación de un criterio de distinción explícito implica delegar por completo la precisión del injusto penal a la normativa administrativa. Ello supone la infracción de dos de los requisitos marcados por el TC en relación con la norma penal en blanco: exigencia de reenvío normativo expreso; la norma penal debe contener el núcleo esencial de la prohibición¹⁵.

En ambos casos, cuando el derecho penal se aplique de manera preeminente en perjuicio del administrativo o se fije que el Derecho penal debe asumir la competencia sancionadora frente a una clase de conductas (por ejemplo, las infracciones muy graves) desplazando al sancionador-laboral, se produce la vulneración del principio de subsidiariedad.

Ahora bien, esta superposición sin criterio diferenciador puede producir igualmente una fuerte restricción del uso derecho penal (o su utilización selectiva¹⁶) en la medida en que el juez, por ejemplo, se resista a aplicar sanciones desproporciona-

15 Según el TC la constitucionalidad del recurso a la ley penal en blanco depende de la satisfacción de cuatro requisitos: (i) presencia de un reenvío normativo expreso a leyes y disposiciones generales; (ii) precisión de la conducta considerada delictiva (la norma penal debe contener el núcleo esencial de la prohibición); (iii) satisfacción de la exigencia de certeza; (iv) que el reenvío esté justificado por las necesidades de protección del bien jurídico tutelado, vid. SSTC 118/1992 de 16 septiembre; 111/1993 de 25 marzo; 62/1994 de 28 febrero; 24/1996 de 13 febrero; 120/1998 de 15 junio; 16/2004 de 23 febrero; 24/2004 de 24 febrero.

16 Lo que plantea cuestiones de desigualdad en la aplicación de la ley, poder económico y criminalización secundaria, vid. ORTUBAY FUENTES, M.: *Tutela penal de las condiciones del trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, Bilbao, pp. 316 y s.

das por la escasa gravedad de la conducta o que le pese más el principio de subsidiariedad que el de preeminencia penal¹⁷.

III. Distinción en los supuestos de tráfico ilegal de mano de obra

En las dos tablas descritas el tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1 CP) y la imposición de condiciones ilegales a trabajadores extranjeros (art. 312.2 segundo inciso CP) sobresalen porque sus descripciones típicas presentan los dos aspectos que más complicaciones ocasionan en la relación entre derecho laboral y penal: remisión tácita genérica, ausencia de un criterio de distinción. ¿Cómo se diferencia entre los dos ámbitos sancionadores y se evitan así las complicaciones indicadas? En las siguientes páginas voy a dar respuesta a esta cuestión en lo que atañe al tráfico ilegal de trabajadores.

(1) El art. 312.1 del CP describe la conducta típica de forma muy breve: «los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra». Esta escueta frase deja abierto un aspecto fundamental: ¿qué conductas son formas de tráfico ilegal?

El art. 312.1. CP sanciona una forma *genérica* de comportamiento no definida en su contenido por el tipo penal. Esto tiene dos efectos: se produce una remisión a la normativa laboral. Esta determinará qué conductas pueden ser tráfico de mano de obra. Asimismo, según el principio de unidad del ordenamiento jurídico no se podrán sancionar por vía penal formas de intermediación que sean lícitas. La intervención penal requiere, en primer lugar, un tráfico de trabajadores con infracción de la normativa laboral que regula esta actividad.

17 Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ: *supra* nota 4, p. 151: «(...) la falta de un criterio de diferenciación expedito ha hecho que en la práctica la cuestión se resuelva la mayoría de las veces a favor de las infracciones administrativas (...)»

En consecuencia, aunque el tipo penal no establezca una remisión a un precepto administrativo concreto, conocer qué se entiende por «tráfico de mano de obra», demanda acudir a la normativa que desarrolla el contenido de este concepto¹⁸. Como ya he indicado esta falta de determinación de la conducta y la ausencia de una remisión *expresa* en el art. 312.1 CP¹⁹ podría representar una infracción de los requisitos impuestos por el TC para admitir la constitucionalidad del recurso a la ley penal en blanco. Es cierto que no se pueden definir específicamente todos los términos típicos y que por ello la fijación del contenido de algún elemento normativo requiere un reenvío tácito a la legislación competente²⁰, sin embargo, en este caso parece que hubiera sido necesario un mayor esfuerzo en la concreción de una conducta típica que, como a continuación se indica, se vincula con dos conceptos adicionales que requieren una nueva definición²¹.

(2) Cuando se consulta la normativa laboral apreciamos que hay dos posibles formas de tráfico de mano de obra²²:

18 Vid. FUENTES OSORIO: *supra* nota 7, margs. 7184, 7383.

19 El art. 312.1 CP tampoco incluye en la descripción típica la necesaria vulneración de la normativa laboral (solamente una mención a la «ilegalidad») como el legislador sí ha hecho en otros artículos que presentan una relación con el derecho administrativo similar, vid. por ejemplo el art. 325 CP que describe formas de contaminación que serán objeto de sanción penal siempre que se realicen «contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente».

20 La reserva de ley en el ámbito penal no abarca «todos los aspectos relativos a la descripción o configuración de los supuestos de hecho penalmente ilícitos», STC 118/1992 de 16 de septiembre. «El legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo», STC 89/1993 de 12 marzo; vid. también STC 24/2004 de 24 febrero. Si se hiciera de este modo sería imposible construir un tipo de forma razonable ya que exigiría definiciones demasiado extensas.

21 Críticamente SAP Tarragona 422/2014 de 3 de noviembre (FJ 1): «No cabe duda pues, que los términos empleados por el tipo son equívocos y desafortunados, siendo conveniente el empleo de colocación y cesión ilegales, en lugar del tráfico ilegal, así como una descripción de las notas que definen una y otra conducta»

22 Vid. SSAP Girona 407/1998 de 15 octubre; Girona 442/1998 de 10 de noviembre; Las Palmas 137/1999 de 31 julio; Huelva 134/2004 de 22 mayo;

Colocación de mano de obra o intermediación laboral (vid. arts. 31-35 Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo²³, art. 1 Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal²⁴). Proceso de registro de ofertas y demandas de empleo y de intermediación entre ambas con vistas a la contratación²⁵. La colocación se realiza mediante la intermediación de agencias de colocación²⁶.

Huelva 27/2005 de 7 noviembre; Alicante 14/2006 de 21 marzo; Huelva 77/2006 de 23 marzo; Huelva 63/2007 de 20 marzo; A Coruña 268/2013 de 11 de noviembre; SAP Tarragona 422/2014 de 3 de noviembre; AAP Madrid 1203/2004 de 13 diciembre; STS 678/2014 de 23 de octubre.

Vid. BAYLOS, A; TERRADILLOS, J.: *Derecho penal del trabajo*, 2.ª edición, Barcelona, 1997, p. 84; NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia, 1998, p. 80; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra, lo que falta”, en *ADPCP*, n. 57, 2004, p. 44; RODRÍGUEZ MESA: *supra* nota 13, marg. 2253; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.: “Artículo 312”, en Cobo del Rosal (dir.): *Comentarios al Código Penal*, tomo X, vol. I, Madrid, 2006, p. 260; TERRADILLOS BASOCO, J.: “Artículo 311-312, 314-318 CP”, en Arroyo Zapatero y Otros (dir.): *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2007, p. 702; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Gómez Tomillo (dir.): *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, 2010, p. 1218; ídem: “Artículo 312”, en Gómez Tomillo (dir.): *Comentarios prácticos al Código Penal, Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos*, t. III, Cizur Menor, 2015, pp. 843 y s.; VILLACAMPA ESTIARTE: *supra* nota 13, p. 1154; POMARES CINTAS, E.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Álvarez García (dir.): *Derecho penal español. Parte especial (II)*, Valencia, 2011, p. 920; AGUADO LÓPEZ, S.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores” en Boix Reig (dir.): *Derecho penal. Parte especial*, t. III, Madrid, 2012, p. 64; MEGÍAS BAS: *supra* nota 12, p. 83; HORTAL IBARRA, J.C.: “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Mir Puig; Corcoy Bidasolo (dirs.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1 y 2/2015*, 2.ª Edición, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1108; MORILLAS CUEVA, L.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Morillas Cueva (dir.): *Sistema de Derecho penal español*, Madrid, 2016, p. 842; FUENTES OSORIO: *supra* nota 7, marg. 7385.

23 A partir de ahora LEm.

24 A partir de ahora LETT.

25 Vid. MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ – SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del trabajo*, 22.ª edición, Madrid, 2013, p. 477.

Préstamos o cesiones (vid. arts. 43 ET, art. 1 LETT). Se trata de una contratación de trabajadores por una empresa para cederlos temporalmente a otra²⁷. La cesión será legal cuando se efectúe por una empresa de trabajo temporal (art. 1 LETT).

(3) En torno a estas dos figuras se desarrolla un sistema de infracciones leves, graves o muy graves (vid. arts. 14-16 – colocación – y arts. 8.2 y 18 – cesión – TRLISOS). El tipo penal contiene un injusto que se apoya sobre esta normativa. La duda que surge a continuación es ¿cuándo se aplica el art. 312.1 CP? Es decir, ¿cuándo se debe actuar penalmente en el ámbito del acceso al trabajo?

(4) No existe un criterio de distinción en el tipo penal²⁸.

Esta situación de superposición sin un factor de discriminación no conduce a la aplicación directa de la normativa penal en perjuicio de la laboral en función del principio de preeminencia penal sino a la busca e implantación de una pauta que permita diferenciar ambos ilícitos y a la negativa por parte

Art. 31 LEm:

1. La intermediación laboral es el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación. La intermediación laboral tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades.

2. También se considerará intermediación laboral la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación.

26 Si bien, la colocación, entendida ahora como el acto de conclusión de un contrato de trabajo, se puede celebrar directamente entre el trabajador y el empresario.

27 Vid. MARTÍN VALVERDE; RODRÍGUEZ SAÑUDO; GARCÍA MURCIA: *supra* nota 25, p. 483.

28 Crítico al respecto MESTRE DELGADO, E.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Lamarca Pérez (coord.): *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3.^a Edición, Madrid, 2015, p. 526; SAP Tarragona 422/2014 de 3 noviembre.

de los tribunales a aplicar el tipo penal mientras no concurra. Ello genera una disyuntiva entre varias soluciones indeseadas: desuso de la normativa penal (por la coincidencia, la dificultad de separación, la percepción de desproporcionalidad de la respuesta penal, etc.) o su utilización selectiva (según una regla indeterminada y cambiante)²⁹.

Los factores de distinción existentes han sido creados por la doctrina y jurisprudencia. Se pueden organizar, para esta forma genérica de comportamiento que requiere una definición por vía administrativa³⁰, en dos grupos:

El derecho penal se apropia de la competencia sancionadora administrativa: el art. 312.1 CP alcanza únicamente a alguno de los comportamientos catalogados como ilícitos laborales muy graves.

Creación de un espacio de ilícito penal propio. Se localiza en el art. 312.1 CP un plus de injusto respecto al del ilícito administrativo.

A. La apropiación penal del ilícito sancionador-laboral

En el primer grupo situamos a aquellos criterios que al precisar el injusto penal realizan un reparto de las infracciones administrativas laborales, definidas (y ya sancionadas) por la legislación laboral, entre el derecho sancionador-laboral y el derecho penal. De este modo otorgan a este último competencias sancionatorias respecto a ciertas conductas en detrimento del derecho administrativo. En el caso del tráfico ilegal de mano de obra se deja a este último algunas de las señaladas como muy graves:

Ausencia de agencia de colocación o empresa de trabajo temporal. Se afirma que no podrán ser delictivas las infraccio-

29 Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ: *supra* nota 22, pp. 20 y s., que señala, asimismo, que esto puede provocar el abandono o la infrautilización de otros instrumentos preventivos más ágiles y efectivos.

30 Vid. II.(2).

nes leves en materia de cesiones y colocaciones. El marco típico únicamente podrá alcanzar las infracciones muy graves y dentro de ellas las *más evidentemente ilícitas*: en las que falta la empresa de trabajo temporal o la agencia privada de colocación autorizada³¹.

(i) Inicialmente se consideraba muy grave la actuación por agencias de colocación no autorizadas (se opera sin disponer de una autorización administrativa o ésta no se encuentra en vigor en el momento en que se realiza la cesión). Este planteamiento permanece inalterado sin tener en cuenta que a partir de julio de 2014 dejó de ser necesaria la previa autorización de ningún Servicio Público de Empleo³². Desde este momento pasó a ser una infracción grave ejercer actividades de intermediación laboral sin haber presentado, con carácter previo a la actuación como agencia de colocación, una declaración responsable al Servicio Público de Empleo competente³³.

(ii) La cesión de trabajadores sin la actuación de una empresa de trabajo temporal – ETT –³⁴, o mediante una empresa temporal que no se encuentra autorizada (no posee autorización, ha sido denegada o suspendida o no ha sido renovada³⁵).

La doctrina, empero, suele hacer una distinción según la forma de intermediación. En la colocación de los trabajadores lo habitual es que se concentre en destacar que la ausencia de agencia de colocación es la única conducta que podría ser típica y a continuación acuda a un criterio para deslindar el ilícito administrativo del penal. Normalmente se hace exigiendo que la colocación ilegal tenga una relación de lesividad con el bien

31 Vid. SSAP Girona 442/1998 de 10 de noviembre; Huelva 134/2004 de 22 mayo; Huelva 27/2005 de 7 noviembre; Huelva 63/2007 de 20 marzo.

32 Vid. art. 119.1 del Real Decreto-ley 8/2014 de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que modifica el art. 16.1 TRLISOS.

33 Vid. art. 16.1 TRLISOS.

34 Vid. art. 43.1 ET, art. 1 LETT, art. 8.2 TRLISOS.

35 Vid. art. 43.1 ET, art. 2 LETT, art. 8.2 TRLISOS.

jurídico³⁶. En la cesión de trabajadores, en cambio, es más habitual que se considere que pueden ser directamente típicas las cesiones sin una ETT debidamente autorizada³⁷ sin demandar una adicional relación de lesividad con el bien jurídico protegido por el tipo³⁸.

Comerciar o negociar con mano de obra. El espacio propio del art. 312.1 CP se fija interpretando el verbo típico «traficar» como comerciar o negociar con la mano de obra en un sentido estricto³⁹. Las infracciones administrativo-laborales muy graves únicamente serán típicas cuando:

- (i) El sujeto actúe con ánimo de lucro⁴⁰ o exista una contraprestación económica⁴¹.

36 Vid. BAYLOS; TERRADILLOS: *supra* nota 22, p. 86; RODRÍGUEZ MESA: *supra* nota 13, marg. 2260; POMARES CINTAS: *supra* nota 22, p. 920; VILLACAMPA ESTIARTE: *supra* nota 13, p. 1155; PÉREZ CEPE-DA, A., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Gómez Rive-ro, C. (dir.): *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte especial*, vol. II, 2.ª edición, 2015, p. 411.

37 Vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Diario La Ley*, D-158, 1996, p. 1669; BAYLOS; TERRADILLOS: *supra* nota 22, p. 88; RODRÍGUEZ MESA: *supra* nota 13, marg. 2295; DE VICENTE MARTÍNEZ: *supra* nota 4, p. 287; ídem: *supra* nota 22, p. 1219; ídem: *supra* nota 21 (2), p. 845; MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 5.ª edición, Valencia, 2015, p. 820; PÉREZ CEPEDA, A., *supra* nota 36, p. 411.

38 Reclaman no obstante de modo expreso esta relación adicional NAVARRO CARDOSO: *supra* nota 22, p. 82; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO: *supra* nota 22, p. 270; FIGUERA ALBET, J.; TOMÁS SALÀS I DARROCHA, J.: “Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1 y 2 CP)”, en *Revista técnico laboral*, vol. 31, nº. 119, 2009, p. 11; POMARES CINTAS: *supra* nota 22, p. 920; VILLACAMPA ESTIARTE: *supra* nota 13, p. 1155; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*, 20.ª edición, Valencia, 2015, p. 309; AGUADO LÓPEZ: *supra* nota 23, pp. 63 y s.

39 Vid. al respecto GARCÍA ARÁN, M.: “Artículo 312”, en Córdoba Roda; García Arán (dir.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, Barcelona, Madrid, 2004, pp. 1277 y s.; DE VICENTE MARTÍNEZ: *supra* nota 4, pp. 281 y ss.; ídem: *supra* nota 22, p. 1219; MARTÍNEZ-BUJÁN: *supra* nota 37, p. 818. Vid. SAP Tarragona 422/2014 de 3 noviembre.

40 Así, STS 678/2014 de 23 de octubre; AAP Madrid 1203/2004 de 13 diciembre; SAP Madrid 10/2008 de 8 enero; SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO

(ii) Se compruebe la existencia de una actividad «comercial» habitual y continua⁴².

Si bien es normal que se demande la presencia conjunta de ambas notas⁴³.

MAILLO, A.: *Derecho penal, Parte Especial*, 15.^a edición, Madrid, 2010, p. 607; MORILLAS CUEVA: *supra* nota 22, p. 842; VILLACAMPA ESTIARTE: *supra* nota 13, p. 1155 (solo para los supuestos de colocación); MEGÍAS BAS, A.: “El tráfico ilegal de mano de obra”, en *Anales de Derecho*, n. 32, 2014, p. 7; MARTÍNEZ- BUJÁN, C.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en González Cussac (coord.): *Derecho Penal, Parte Especial*, 4.^a edición, Valencia, 2015, p. 536; PÉREZ CEPEDA, A., *supra* nota 36, p. 411 (solo para los supuestos de colocación); VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Delitos contra los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos extranjeros”, Serrano Gómez, A.; Serrano Maíllo, A.; Serrano Tárraga, M.D.; Vázquez González, C.: *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, 2.^a edición, Madrid, 2015, pp. 475 y s.

MARTÍNEZ-BUJÁN precisa en otro texto su posición (*supra* nota 37, p. 820): considera (solo para los supuestos de colocación) que se requiere una intención de lucro que no se puede identificar con un ánimo de lucro adicional ya que dicha intención ya viene abarcada por el dolo vinculado con el significado de la conducta traficar (en el mismo sentido AGUADO LÓPEZ: *supra* nota 23, p. 54; SAP Tarragona 422/2014 de 3 noviembre).

En contra SSAP Girona 442/1998 de 10 de noviembre; Huelva 134/2004 de 22 mayo; Huelva 27/2005 de 7 noviembre; Huelva 63/2007 de 20 marzo; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ: *supra* nota 37, p. 1669; BAYLOS; TERRADILLOS: *supra* nota 22, p. 84; NAVARRO CARDOSO: *supra* nota 22, p. 84; DE VICENTE MARTÍNEZ: *supra* nota 4, p. 289; ídem: *supra* nota 21 (2), pp. 845; POMARES CINTAS: *supra* nota 22, p. 920.

41 Vid. GARCÍA ARÁN: *supra* nota 39, pp. 1277, 1280.

42 Vid. SAP Barcelona 15 de diciembre de 1998; AAP Vizcaya 319/2003 de 5 junio. Vid también En la misma línea GARCÍA ARÁN: *supra* nota 39, pp. 1279 y s. que exige la existencia de una «actividad negocial» que requiere cierta estabilidad y una especial magnitud.

En contra de la exigencia de habitualidad y continuidad FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ: *supra* nota 37, p. 1669; NAVARRO CARDOSO: *supra* nota 22, p. 82; MEGÍAS BAS: *supra* nota 40, p. 23. Del mismo modo la SAP Huelva 77/2006 de 23 marzo en un caso en el que hay implicados varios trabajadores, colocados con distintos empresarios y en distintas localidades, aplica un delito continuado (vid. también SAP Zaragoza 68/1999 de 12 febrero). A esta solución se le opone críticamente que el tipo delictivo recoge la idea de pluralidad de personas explotadas (SAP Albacete 190/2004 de 27 mayo).

43 Así LASCURÁIN SÁNCHEZ: *supra* nota 22, p. 46; ídem: “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Memento Práctico Penal*, 2016, marg.

Ahora bien, este planteamiento no consigue realizar una distinción tajante entre ilícitos ya que, aunque se sostenga que esa exigencia de comercio es el plus de antijuricidad necesario para diferenciarlos⁴⁴, olvida dos cuestiones esenciales: en la actualidad algunas conductas de intermediación con ánimo de lucro están autorizadas; otras, en cambio, están prohibidas pero ya son sancionadas como infracciones graves y muy graves en el ámbito sancionador laboral.

Hasta la reforma introducida por Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, se estimaba como infracción muy grave (art. 16.1 TRLISOS) la persecución de fines lucrativos por la agencia de colocación autorizada⁴⁵. La regulación actual admite las agencias privadas que tienen ánimo de lucro⁴⁶. Sin embargo se sigue considerando una infracción grave demandar a los trabajadores precio o contraprestación por los servicios prestados⁴⁷. Así, la LEm recoge en el art. 33.4 que las agencias de colocación deberán garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios, no pudiéndose exigir a éstos ninguna contraprestación por los mismos⁴⁸. Del mismo modo se indica en el art. 34.4 LEM que la exigencia de gratuidad en la intermediación

13232; GARCÍA ARÁN: *supra* nota 39, pp. 1278 y s.; FIGUERA; TOMÀS: *supra* nota 38, p. 11; MESTRE DELGADO: *supra* nota 28, p. 526. SSAP Barcelona 15 de diciembre de 1998; A Coruña 268/2013 de 11 de noviembre; AAP Vizcaya 319/2003 de 5 junio.

También se pueden utilizar ambas pero de manera alternativa. Así, mantiene que su presencia dependerá del tipo de conducta de intermediación ESCRIBUELA CHUMILLA, F.J.: *Todo Penal*, Madrid, 2011, p. 1135 (colocación con ánimo de lucro, cesión no aislada de trabajadores).

44 Vid. por ejemplo, SSAP Madrid 10/2008 de 8 enero; A Coruña 268/2013 de 11 de noviembre. MEGÍAS BAS: *supra* nota 40, p. 7.

45 Vid. al respecto RODRÍGUEZ MESA: *supra* nota 13, margs. 2260 y s.; MARTÍN VALVERDE; RODRÍGUEZ SANUDO; GARCÍA MURCIA: *supra* nota 25, p. 479.

46 Vid. arts. 33 Lem y 2.1 Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación.

47 Vid. art. 16.1 TRLISOS.

48 Vid. igualmente los arts. 5.c y 17.e Real Decreto 1796/2010.

laboral alcanzará a los empleadores cuando sea efectuada por los servicios públicos de empleo, por sí mismos o a través de las entidades o agencias de colocación cuando realicen actividades incluidas en el ámbito de la colaboración con aquellos. El art. 18.2.e TRLISOS también mantiene, en el contexto de las ETTs, que será una infracción grave cobrar al trabajador cualquier cantidad en concepto de selección, formación o contratación.

De este modo, por un lado el derecho penal sigue apropiándose de la competencia sancionadora laboral si se aplica el art. 312.1 CP cuando la agencia de colocación o las ETTs cobren por el servicio a los trabajadores. Por el otro, no es posible sancionar a las ETTs o a las agencias de colocación si cobran a los empresarios⁴⁹ (cuando cualquiera de las dos clases de empresas no colaboren con los servicios públicos de empleo) ya que son conductas permitidas.

Con todo, como en el supuesto anterior, hay autores que indican con claridad que la exigencia de lucro limita las conductas típicas en un sentido negativo: las que no lo tengan no podrán ser sancionadas, pero en un sentido positivo demandan, además, una adicional relación de lesividad con el bien jurídico⁵⁰.

Este proceso de selección de infracciones laborales integradoras del tipo sin aportar otro criterio adicional de distinción vinculado con el objeto de tutela representa una reconfiguración de la relación entre el derecho sancionador laboral y el derecho

49 Ya antes de la nueva regulación NARVÁEZ BERMEJO, M.A.: *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Valencia, 1997, p. 56 excluía del ámbito penal el cobro al empresario (conducta que consideraba que podría tener responsabilidad administrativa).

50 Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ: *supra* nota 22, p. 46; ídem: *supra* nota 43, marg. 13232 (que requiere, además, que ello pueda generar un perjuicio en los intereses económicos o de otro tipo del trabajador); MARTÍNEZ-BUJÁN: *supra* nota 37, p. 820 (que reclama la aptitud lesiva respecto al bien jurídico si bien solo para los supuestos de colocación; en el mismo sentido AGUADO LÓPEZ: *supra* nota 23, p. 64); PÉREZ CEPEDA, A., *supra* nota 36, p. 411 (puesta en peligro, en los casos de colocación, del derecho de otros trabajadores a acceder al puesto de trabajo). Vid. también AAP Madrid 1203/2004 de 13 diciembre.

penal: en los ilícitos seleccionados el derecho penal desplaza al derecho administrativo y asume sus competencias sancionatorias (infracción del principio de subsidiariedad) en relación con comportamientos que en ocasiones tienen una baja carga lesiva respecto al bien jurídico protegido (infracción del principio de fragmentariedad). Finalmente se aprecia una infracción del principio de legalidad, ya que la determinación del núcleo del injusto no la realiza el tipo penal sino la normativa administrativa de remisión, lo que arroja serias dudas sobre su constitucionalidad.

B. La creación de un espacio de ilícito penal propio

En este contexto de remisión genérica el derecho penal laboral se apropia, en consecuencia, de las competencias administrativo-sancionadoras cuando el intérprete se limita a indicar cuáles son los concretos ilícitos laborales que podrán ser sancionados penalmente.

Cuando hay identidad en el fundamento (mismo bien jurídico, respecto a idénticos tipos de agresión) únicamente puede utilizarse como criterio de distinción el diverso contenido de injusto: el del tipo penal se coloca en un nivel superior al del ilícito administrativo de referencia que asume un rol subordinado.

Para ello el ilícito penal debe contener un desvalor de acción o de resultado adicional al previsto en el administrativo.

Ese plus depende de la relación de ofensividad que presente el ilícito administrativo con bien jurídico tutelado.

(i) Basta con posicionar el ilícito penal en un nivel, dentro de la escala de injusto, mayor al del ilícito administrativo (por ejemplo, lesión – peligro abstracto respectivamente). Sin embargo, cuando en los dos ilícitos hay una referencia al mismo nivel de ofensividad dentro de esta escala (por ejemplo, ambos supuestos de hecho, administrativo y penal, se limitan a demandar cierta capacidad lesiva) se requiere la inclusión de una cláusula adicional de notoriedad: que tenga capacidad lesiva para producir un resultado (*más grave*), que produzca un resultado lesivo (*más grave*). En ocasiones se precisa expresamente cuán-

do concurre ese nivel superior. Por ejemplo, se afirma que la conducta será sancionada penalmente siempre que sobrepase en una cantidad fija o en un porcentaje concreto los límites marcados en el supuesto de hecho administrativo⁵¹.

(ii) También se puede incrementar el ilícito penal mediante la conexión con un bien jurídico añadido al que es objeto de tutela por vía administrativa, es decir, demandando la pluriofensividad de la conducta sancionada penalmente.

Esta exigencia material agregada justifica la intervención penal: son agresiones más graves al bien jurídico de referencia que las ya sancionadas por el Derecho administrativo. Se evita, por consiguiente, una superposición entre el contenido del ilícito administrativo y el penal y la infracción de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad.

El artículo 312.1 CP no ha incorporado ninguno de los criterios que, como a continuación expongo, se han desarrollado por doctrina y jurisprudencia para dar al ilícito penal un contenido de injusto material propio, superior al administrativo⁵². En consecuencia, aunque se consiga estructurar la protección del bien jurídico en una relación de complementariedad y subordinación entre derecho administrativo-laboral y el penal, sigue sin especificarse en el tipo el núcleo esencial del injusto de la prohibición o mandato (grado de afectación del bien jurídico protegido) lo que sigue planteando dudas sobre su constitucionalidad.

51 Por ejemplo, la distinción entre el delito de fraude a la Hacienda Pública y la infracción administrativa se halla en 120.000 €, art. 305.1 CP.

52 Vid. críticamente por la ausencia de un factor típico de restricción (DE VICENTE MARTÍNEZ: *supra* nota 4, p. 286) basado en la aptitud lesiva (MARTÍNEZ-BUJÁN: *supra* nota 37, p. 820) o en la puesta en peligro real de los derechos de los trabajadores (ORTUBAY FUENTES: *supra* nota 16, p. 192; SAP Tarragona 422/2014 de 3 de noviembre).

1. Plus de desvalor de la acción o el resultado

1.1. Capacidad lesiva

Se reclama, como elemento diferenciador entre el ilícito administrativo y el penal, que la conducta que se subsuma en el art. 312.1 CP tenga una elevada capacidad lesiva del bien jurídico defendido (acceso al trabajo de los trabajadores, las políticas públicas de empleo, etc.)

Existen varias alternativas de determinación del bien jurídico en los delitos de tráfico ilegal de mano de obra⁵³:

(a) La primera de ellas considera, desde un enfoque colectivo, que el bien jurídico es la fuerza de trabajo como titular de intereses colectivos (reflejo del orden económico y social⁵⁴). Ello se concreta en dos aspectos (evitar el abuso del empleador respecto al derecho al acceso al puesto de trabajo y las condiciones laborales⁵⁵) o únicamente en uno (la indemnidad de la relación laboral⁵⁶ o la explotación⁵⁷ o el riesgo de explotación⁵⁸ o la expectativa empleo de los trabajadores⁵⁹).

(b) Una segunda interpretación defiende que el bien jurídico es el orden del mercado de trabajo⁶⁰: afectación de las políticas públicas de empleo. De este modo el Estado asume el papel del sujeto pasivo y desaparece el trabajador. Para evitar este efecto se han desarrollado otras opciones interpretativas del bien jurídico que combinan estos dos puntos (por un lado las políticas

53 Vid. al respecto DE VICENTE MARTÍNEZ: *supra* nota 4, pp. 277 y ss.

54 Vid. BAYLOS; TERRADILLOS: *supra* nota 22, p. 50.

55 Vid. NAVARRO CARDOSO: *supra* nota 22, pp. 79 y s.; RODRÍGUEZ MESA: *supra* nota 13, marg. 2230; FIGUERA; TOMÁS: *supra* nota 38, p. 10; MARTÍNEZ-BUJÁN: *supra* nota 37, p. 817; AGUADO LÓPEZ: *supra* nota 23, p. 59, 63; SAP Girona 407/1998 de 15 octubre.

56 Vid. STS 321/2005 de 10 marzo; SAP Barcelona 53/2009 de 3 febrero.

57 Vid. STS 321/2005 de 10 marzo.

58 Vid. STS 143/1998 de 5 febrero; SSAP Las Palmas 137/1999 de 31 julio; Almería 420/2000 de 24 noviembre.

59 Vid. SAP Barcelona 15 de diciembre de 1998.

60 Vid. ORTUBAY FUENTES: *supra* nota 16, pp. 190 y s.; VILLACAMPA ESTIARTE: *supra* nota 13, p. 1155.

públicas de empleo, por otro, los derechos de los trabajadores como colectivo, los derechos esenciales laborales o la indemnidad de la relación laboral)⁶¹.

El problema es cómo determinar esa capacidad lesiva cuando, además, no hay ninguna referencia al respecto en el tipo. Se intenta precisar mediante alguna de estas dos formas:

(i) Las infracciones laborales muy graves tienen esta capacidad⁶². Si bien, así volvemos al anterior modelo de solución⁶³.

(ii) Demandar una aptitud lesiva respecto al bien jurídico tutelado superior a la prevista en la infracción laboral conexas. Tiene que concurrir, por tanto, algún desvalor adicional a la capacidad lesiva que ya poseen los ilícitos administrativos laborales⁶⁴. Se tendrá que exigir, obligatoriamente, la posibilidad de perjuicio *gravísimo* (superior al que tiene la infracción laboral muy grave) y fijar cuándo concurre.

La doctrina suele reclamar que es necesario comprobar la idoneidad del tráfico ilícito para lesionar las políticas de empleo, los derechos de los trabajadores, las expectativas de empleo, etc., pero no indica en qué consiste y cómo realizarlo de manera que no se efectúe un juicio de ofensividad idéntico al previsto en la infracción laboral de referencia⁶⁵.

61 Vid. SSAP Girona 442/1998 de 10 de noviembre; Huelva 134/2004 de 22 mayo; Huelva 27/2005 de 7 noviembre; Huelva 63/2007 de 20 marzo; A Coruña 268/2013 de 11 de noviembre; Tarragona 422/2014 de 3 noviembre; vid. también ORTUBAY FUENTES: *supra* nota 16, pp. 191 y s.; RODRÍGUEZ MESA: *supra* nota 13, marg. 2235; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO: *supra* nota 22, pp. 256, 259 y s.; VILLACAMPA ESTIARTE: *supra* nota 13, p. 1155; MEGÍAS BAS: *supra* nota 12, p. 83.

62 Vid. SSAP Girona 442/1998 de 10 de noviembre; Huelva 134/2004 de 22 mayo; Huelva 27/2005 de 7 noviembre; Huelva 63/2007 de 20 marzo.

63 Vid. punto III.A.

64 Vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO: *supra* nota 22, pp. 265 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE: *supra* nota 13, p. 1155.

65 Vid. por ejemplo, NAVARRO CARDOSO: *supra* nota 22, pp. 81 y s.; VILLACAMPA ESTIARTE: *supra* nota 13, p. 1155; MUÑOZ CONDE: *supra* nota 38, p. 309; MARTÍNEZ-BUJÁN: *supra* nota 37, pp. 820 y s. Vid. también AAP Madrid 1203/2004 de 13 diciembre.

1.2. Resultado de peligro o de lesión

También se puede realizar una distinción entre el ilícito penal y el sancionador laboral mediante la exigencia de una puesta en peligro concreta o de una efectiva lesión, lo que dependerá de nuevo del bien jurídico defendido y de la infracción laboral conexas.

(i) Se puede afirmar que hay una lesión o puesta en peligro cuando se producen infracciones laborales muy graves. Se repite el problema indicado: no resuelve la coincidencia. Por ejemplo, cuando se indica que constituyen un grave ataque al bien jurídico protegido, sancionable por el art. 312.1 CP, las cesiones por empresas temporales para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria⁶⁶ ello se enfrenta con el problema de que esa misma conducta es un ejemplo de contrato de puesta a disposición expresamente prohibido (art. 8.a LETT) y sancionado por los arts. 8.10 y 19.3a TRLISOS.

(ii) Se debe exigir la concurrencia de un resultado lesivo superior al previsto en la infracción laboral conexa⁶⁷. Así, se considera que ello acontece cuando las operaciones realizadas tienen cierta magnitud⁶⁸. Este aspecto aparece vinculado en ocasiones con la idea de reiteración o habitualidad⁶⁹.

66 Vid. POMARES CINTAS: *supra* nota 22, p. 920, que también pone como ejemplo la contratación de menores de 16 años, igualmente sancionada por el art. 8.4 TRLISOS. En el mismo sentido POMARES CINTAS, E.: “La revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015”, en Quintero Olivares (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor, 2015, pp. 638.

67 Vid. SAP Tarragona 422/2014 de 3 noviembre.

68 Vid. BAYLOS; TERRADILLOS: *supra* nota 22, p. 86 (mantienen que la magnitud de las operaciones puede poner en peligro las expectativas de empleo de los demás trabajadores u obstaculizar materialmente las políticas públicas de empleo; en el mismo sentido RODRÍGUEZ MESA: *supra* nota 13, marg. 2260; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO: *supra* nota 22, p. 256; TERRADILLOS BASOCO: *supra* nota 22, p. 702); POMARES CINTAS: *supra* nota 22, p. 921 (señala la necesidad de que haya un número considerable de extranjeros).

Vid. SAP Tarragona 422/2014 de 3 noviembre.

Conexión entre magnitud (número de sujetos afectados) y reiteración (repetición o continuidad) que no es del todo correcta en la medida en que el número de afectados no depende siempre del número de operaciones. Es decir, podemos imaginar situaciones en las que, por ejemplo, el empleador efectúe una sola operación de cesión ilícita pero que esta afecte a 300 trabajadores.

Sin embargo, no queda claro ni cuántas operaciones, ni cuántos sujetos deben resultar afectados para poder poner en marcha el art. 312.1 CP, lo que genera una evidente inseguridad jurídica. Por consiguiente aunque se recogiera este requisito de manera expresa en el tipo penal, si no se precisa (como sucede en el nuevo art. 311 bis a CP)⁷⁰ seguiría existiendo una vulneración del mandato de determinación.

2. La conversión del art. 312.1 CP en un tipo pluriofensivo

Defiendo que la solución a este complejo galimatías se encuentra en la habilitación de un espacio adicional de ilícito en el art. 312.1 CP mediante su transformación en un tipo pluriofensivo en el que se tutele el derecho al acceso al empleo y los derechos mínimos y esenciales de la contratación laboral.

69 Vid. AAP Vizcaya 319/2003 de 5 junio que inserta el número de sujetos dentro del concepto de habitualidad.

Vid. POMARES CINTAS: *supra* nota 22, p. 921; ídem, *supra* nota 66, p. 638. Autora que destaca, además, que tanto la reiteración o continuidad como la magnitud vienen recogidos como criterios de referencia para medir la gravedad de la contratación de extranjeros en situación irregular por la Directiva 2009/52/CE.

70 Cuando el sujeto pasivo sea un extranjero mayor de edad que requiere autorización laboral el CP art. 311 bis propone de manera expresa como criterio de distinción la reiteración («de forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo»). ¿Cómo se define reiteración?

2.1. Acceso al empleo y explotación del trabajador

El tráfico ilegal de mano de obra manifiesta una especial gravedad que justifica la sanción por vía penal cuando se conecta con los derechos anexos a la relación laboral que se pueden ver afectados. Si se quiere tener en cuenta este aspecto, el objeto de tutela del art. 312.1 CP no ha de ser el simple derecho al acceso al empleo (expectativa de empleo de los trabajadores ya protegido de forma adecuada por el orden social), sino el acceso en condiciones respetuosas de los derechos laborales (el tráfico ilegal de mano de obra se puede utilizar para impedir al trabajador ejercer sus derechos y/u obligarle a aceptar condiciones ilícitas)⁷¹. Ello implica una reinterpretación del término «tráfico» que se sitúa próximo a la «trata»⁷².

Esto delimitaría el tipo respecto a la normativa laboral: para poder aplicar el art. 312.1 CP el sujeto activo, junto a la co-

71 Vid. FUENTES OSORIO: *supra* nota 7, marg. 7403. Vid. también SAP Girona 407/1998 de 15 octubre.

Vid. próximos: NARVÁEZ BERMEJO: *supra* nota 49, p. 57 (añade dos supuestos adicionales: situaciones de tráfico ilegal en que se produzca una actuación discriminatoria en el empleo que favorezca la imposición de condiciones de trabajo peyorativas; percibir remuneraciones, abusando de la situación de necesidad laboral del demandante, superiores a los costes de los servicios prestados); ORTUBAY FUENTES: *supra* nota 16, pp. 189, 196 (el tráfico ilegal de mano de obra se configura como un delito de peligro abstracto que prohíbe la creación de una situación capaz de afectar las condiciones mínimas de trabajo); LASCURAÍN SÁNCHEZ: *supra* nota 22, p. 48; ídem: *supra* nota 43, marg. 13234 (solo habrá tráfico ilegal de mano de obra cuando se cosifique al trabajador: «con fines de explotación se negocie con su actividad laboral sin su voluntad o con su voluntad viciada por falta de conocimiento o libertad»); QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 913 (el objetivo del tipo debe ser causar un perjuicio en los derechos laborales o sociales, de modo que si este perjuicio no estuviera presente en el plan del autor debería sancionarse únicamente por la vía administrativa); HORTAL IBARRA: *supra* nota 22, p. 1109 (las conductas de cesión y colocación ilícita demandan una conexión con el bien jurídico en un sentido de explotación -imposición de condiciones laborales abusivas-).

72 Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ: *supra* nota 22, p. 48; ídem: *supra* nota 43, marg. 13234; GARCÍA ARÁN: *supra* nota 39, pp. 1275 y s.

misión de formas de tráfico ilícito de mano de obra definidas laboralmente como muy graves, debería perseguir la imposición, per se o por tercero, de condiciones laborales ilícitas (incluyendo el ejercicio forzoso de la actividad laboral), sin necesidad de querer abarcar los medios de comisión del art. 311 CP⁷³.

Esta ampliación del objeto de protección, como criterio de distinción con las infracciones previstas en el ámbito sancionador-laboral, se puede extender a otras conductas típicas integradas dentro de la denominación «delitos contra el acceso al empleo»⁷⁴.

(i) En el art. 313 CP se tutela, como en el art. 312.1 CP, el derecho al acceso al puesto de trabajo frente a la creación de expectativas laborales falsas que condicionan una emigración (o al favorecimiento de la emigración en ese contexto fraudulento). Emigración fraudulenta que se quiere utilizar para imponer condiciones ilícitas.

(ii) En el art. 312.2 CP (primer inciso) se protege el derecho al acceso al puesto de trabajo sancionando la obtención de un consentimiento viciado por el engaño respecto a la aceptación o la finalización de una relación laboral que en realidad pretende la imposición de condiciones laborales ilícitas.

En suma, el acceso al puesto de trabajo se formula como un bien jurídico intermedio conexo con los derechos mínimos y esenciales laborales y de seguridad social. De esta interpretación, en la que se establece una relación mediata entre ambos bienes, se derivan dos consecuencias: la estructura del injusto se constituye en función del objeto principal de protección (disfrute de los derechos mínimos y esenciales laborales y de seguridad social). Solo se sancionarán ataques mediatos contra estos derechos a través de la lesión del derecho al acceso al puesto de trabajo producida por un tráfico ilegal de mano de obra.

Posiblemente esta interpretación subyace en la idea de tráfico o «mercantilización» del trabajador como criterio de distinción.

73 Vid. FUENTES OSORIO: *supra* nota 7, marg. 7403.

74 Vid. FUENTES OSORIO: *supra* nota 7, margs. 7371, 7425, 7460.

Hay una evidente asociación entre la cosificación (con tráfico y precio) del trabajador y la explotación del trabajador. Pero esta vinculación no siempre acontece. Las condiciones de acceso al empleo de los trabajadores y sus derechos laborales se pueden ver igualmente afectadas por conductas de intermediación en las que no se dan las notas del comercio (habitualidad y lucro) pero en las que sí se aprecia la intención del sujeto de explotar al trabajador (del mismo modo puede haber ánimo de lucro y no existir ánimo de explotación). Ahora bien, se podría sostener la *comercialización* de la mano de obra para la explotación como elemento accidental agravante.

Esta configuración del tipo exige para su aplicación: verificar la presencia de todos los elementos objetivos (estructura del tipo) y, a continuación, fijar el grado de realización del ataque contra el bien jurídico que debe concurrir (estructura del injusto). Una vez comprobado el primer plano (deben tratarse de alguno de los ilícitos administrativos laborales graves o muy graves relativos a la colocación o cesión) hay que determinar si se requiere un resultado de lesión del objeto principal de tutela.

¿Se debe demandar la efectiva explotación del trabajador? En esta línea parece ir la jurisprudencia cuando apunta que solo serán sancionados como tráfico ilegal los supuestos que impliquen una explotación del trabajador por las restricciones (hay que tener en cuenta su naturaleza y trascendencia) a las que sea sometido en la relación laboral constatada⁷⁵.

Así el STS 321/2005 de 10 marzo justifica la concurrencia del tráfico ilícito sobre la base de que los acusados facilitaron la colocación «con documentación falsa, en una situación de evidente y clamorosa explotación, privándoles de los mínimos exigibles e irrenunciables en sus condiciones salariales, en cuanto hacían propios la mayor parte de los salarios hasta el extremo de que los cobraban directamente de la empresa haciendo en-

75 Vid. STS 321/2005 de 10 marzo; SSAP Huelva 77/2006 de 23 marzo; Madrid 10/2008 de 8 enero; Barcelona 53/2009 de 3 febrero. En esta línea se posiciona HORTAL IBARRA: *supra* nota 22, p. 1109 que demanda una acreditación de la imposición de unas condiciones laborales abusivas (lesivas de la dignidad del trabajador).

trega a los trabajadores de una mínima parte, lo que constituye una manifestación de comercio y tráfico de mano de obra ajena, incuestionablemente ilegal, haciendo las funciones de oficina de colocación, enriqueciéndose con la mano de obra de los trabajadores a los que explotaban» (FJ 2).

Esta exigencia limitaría en exceso el uso de este artículo: todas las situaciones en las que todavía no se hubiera producido esa explotación no podrían ser objeto de sanción (o únicamente por la vía de la tentativa).

Parece más correcto no demandar que se produzca esta explotación. Basta con que el sujeto actúe con esa intención (debe perseguir la imposición, per se o por tercero, de condiciones ilícitas)⁷⁶. El dolo alcanza la voluntad de realizar la conducta típica de tráfico ilegal. La voluntad de lesionar los derechos laborales y de seguridad social se establece como elemento subjetivo adicional no descrito en el tipo.

También se encuentra jurisprudencia que ha defendido que el acto de colocación o cesión es un acto potencialmente lesivo de los derechos de los trabajadores que no demanda su efectiva afectación⁷⁷. Ahora bien, con la propuesta que aquí defiende no basta con un riesgo de simple afectación de los derechos de trabajador sino que este debe ser de explotación. Además, no es suficiente con la constatación objetiva de este riesgo, el sujeto activo también ha de tener esa finalidad⁷⁸.

El delito se consumaría con el acto de tráfico (colocación o la cesión) sin que sea necesario que se produzca la imposición de condiciones ilegales para el trabajador⁷⁹. Sin embargo, tanto

76 Si bien la explotación efectiva se puede utilizar como prueba de la concurrencia evidente de un ánimo de explotación que se podría probar, empero, por otras vías.

77 Vid. SSAP Girona 442/1998 de 10 de noviembre; Huelva 134/2004 de 22 mayo; Huelva 27/2005 de 7 noviembre; Huelva 63/2007 de 20 marzo; SAP A Coruña 268/2013 de 11 de noviembre.

78 Cuestión distinta sería aceptar que la actuación con conocimiento de ese riesgo se considere suficiente prueba (indicador objetivo) de su intención.

79 Sostienen que es suficiente la realización del acto de tráfico NAVARRO CARDOSO: *supra* nota 22, p. 84; DE VICENTE MARTÍNEZ: *supra* nota

la colocación como la cesión deben ser efectivas⁸⁰. Tiene que producirse la contratación o el pase efectivo a prestar servicios como trabajador, consecuencia de los actos de mediación o interposición efectuados por el autor⁸¹. Pero no tiene que iniciarse el trabajo en condiciones de explotación.

Desde el momento consumativo aquí defendido se admite la tentativa (acabada) cuando, estando dentro de los supuestos de infracciones administrativas graves y persiguiendo la imposición de condiciones ilícitas, no se haya consumado el acto de tráfico (por ejemplo, cuando la contratación no haya tenido lugar por circunstancias que no dependían del intermediario⁸²).

2.2. Distinción con otras figuras penales afines

El planteamiento recién expuesto se enfrenta a una posible crítica: se confundirá el art. 312.1 CP con otros tipos vinculados con el Derecho penal laboral⁸³. El Código penal recoge

4, p. 290; ídem: *supra* nota 21 (2), p. 845; VILLACAMPA ESTIARTE: *supra* nota 13, p. 1155; FUENTES OSORIO: *supra* nota 7, marg. 7405; MEGÍAS BAS: *supra* nota 12, p. 90; VÁZQUEZ GONZÁLEZ: *supra* nota 40, p. 476. En contra NARVÁEZ BERMEJO: *supra* nota 49, p. 59, que requiere para la consumación la producción de un perjuicio en el trabajador.

80 Respecto a la exigencia de una colocación o cesión efectiva sin lesión de los derechos de los trabajadores vid. SSAP Girona 442/1998 de 10 de noviembre; Huelva 134/2004 de 22 mayo; Huelva 27/2005 de 7 noviembre; Huelva 63/2007 de 20 marzo.

81 Vid. NAVARRO CARDOSO: *supra* nota 22, p. 84; RODRÍGUEZ MESA: *supra* nota 13, marg. 2325; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO: *supra* nota 22, p. 271; DE VICENTE MARTÍNEZ: *supra* nota 4, p. 290; FUENTES OSORIO: *supra* nota 7, marg. 7405; MARTÍNEZ-BUJÁN: *supra* nota 37, p. 821.

82 Admiten en general la posibilidad de la tentativa en el art. 312.1 CP NARVÁEZ BERMEJO: *supra* nota 49, p. 59; DE VICENTE MARTÍNEZ: *supra* nota 4, p. 290; MARTÍNEZ-BUJÁN: *supra* nota 37, p. 821. En contra NAVARRO CARDOSO: *supra* nota 22, p. 84.

83 Vid. en contra de la exigencia de la explotación como elemento determinante por la confusión que genera con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral, MEGÍAS BAS: *supra* nota 40, p. 7; ídem: *supra* nota 12, pp. 90 y s. De manera más extensa en la crítica SAP Tarragona 422/2014

agresiones directas contra los derechos de los trabajadores y otras conductas que les afectan de manera tangencial (trata y tráfico ilegal de personas). Todas presentan entre sí espacios de intersección. En consecuencia, la definición del tráfico ilegal de mano de obra propuesta se enfrenta con la complejidad propia de la normativa laboral penal y tiene, por ello, que ser relacionada y diferenciada de otros comportamientos típicos.

2.2.1. Imposición efectiva de condiciones laborales ilícitas (arts. 311 y 312.2, segundo inciso, CP)

El tráfico ilegal, según lo que he mantenido, solo debe punirse cuando se incorpore, como fase intermedia, en el proceso de vulneración de los derechos laborales y de seguridad

de 3 noviembre: «(...) no faltan autores que vienen defendiendo que puedan englobarse en esta figura los supuestos de trata de personas con fines de explotación laboral, considerando necesario dar un paso adelante en pos de la legitimación de la intervención penal, de concreción de la misma y de un deslinde claro y eficaz entre la intervención penal y la administrativa. Estos autores defienden que estaría cometiendo tráfico ilegal de mano de obra quien captara, trasladara o contratara a personas de un modo coactivo, engañoso o abusivo, haciéndolo con la finalidad de que trabajen y de que su actividad laboral se desarrolle de un modo claramente desfavorable para el trabajador y correlativamente beneficioso para el empleador. Ahora bien, pese a los loables esfuerzos de quienes apuntan dicha línea interpretativa cabe reseñar una serie de objeciones muy serias. En primer lugar, por criterios de lógica sistemática del CP, ya que las conductas que se proponen para dar vida al supuesto de hecho contemplado en la norma se solapan claramente con las contenidas en los art. 311 y 312.2 CP, que vienen a sancionar precisamente la imposición de condiciones laborales abusivas para el trabajador. En segundo lugar, porque ello se opondría a criterios teleológicos que deben presidir la interpretación de toda norma penal, ya que la finalidad perseguida por la norma contenida en el art. 312.1 CP, guste o no, es, como decíamos anteriormente, la protección del mercado laboral y de los demás trabajadores frente a determinadas conductas desplegadas por los intermediarios que actúan en el mercado laboral. En tercer lugar, se produce una interpretación bastante alejada del tenor literal del precepto, que ni exige el empleo de medios comisivos destinados a determinar la voluntad del trabajador ni finalidad de explotación alguna. Finalmente, se producirían problemas concursales de difícil y compleja solución dado que el art. 312.1 se convertiría en norma especial frente al art. 318 bis, con la consiguiente consecuencia penológica» (FJ 1).

social esenciales de los trabajadores. En ese proceso, en el que no se requiere la efectiva lesión de estos derechos, actúa como una forma de sanción autónoma de una tentativa específica (de autoría y participación), realizada mediante una lesión de los derechos de acceso al empleo y que absorbe, por su pluriofensividad, las tentativas de lesión (y de participación) de los arts. 311 y 312.2 (segundo inciso) CP⁸⁴. Esto explicaría satisfactoriamente el elevado marco sancionador del art. 312.1 CP (privación de libertad de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses), su proximidad al del art. 311 CP (privación de libertad de 6 meses a 6 años y multa de 6 a 12 meses) y su coincidencia con el del art. 312.2, segundo inciso, CP⁸⁵.

Pero cuando sobrevengan las fases superiores, por ejemplo, cuando haya una imposición efectiva de condiciones ilícitas a los sujetos del art. 312.2 (segundo inciso) CP o mediante alguno de los medios de comisión del art. 311 CP, no podrá resolverse la relación entre los tipos concurrentes mediante un concurso de leyes⁸⁶ a favor de estos dos últimos artículos porque no contienen la peculiaridad del art. 312.1 CP: el ataque contra el acceso al empleo⁸⁷.

84 Vid. ORTUBAY FUENTES: *supra* nota 16, p. 196.

85 «De cualquier modo, solo esa lectura –que restringe la aplicación del tipo a quien provee ilegalmente de trabajadores para que estos ejerzan su labor de modo clandestino o, cuando menos, sin que se respeten plenamente sus derechos laborales- permite explicar la equiparación en la penalidad», ORTUBAY FUENTES: *supra* nota 16, p. 196.

86 Aplica, en cambio, solo el art. 311 CP NARVÁEZ BERMEJO: *supra* nota 49, p. 59.

87 Respecto a esta referencia al derecho al acceso al puesto de trabajo no incluida en el art. 311 CP como explicación de la diferencia entre las penas de ambos delitos vid. MARTÍNEZ-BUJÁN: *supra* nota 37, pp. 817 y s. «Únicamente teniendo en cuenta ambas perspectivas [tutela del acceso al trabajo y derechos de los trabajadores], puede encontrar alguna explicación la gran diferencia que ahora (...) existe entre las penas del art. 312 y las del art. 311. Y es que, en efecto, si se acoge sólo la segunda perspectiva, llegaríamos a la insostenible conclusión de que, tutelando el mismo bien jurídico, el delito del art. 312 se sanciona con penas más graves que el delito del art. 311, sin que exista criterio material alguno en la definición del tipo que lo justifique: es más, en rigor el delito del art. 312 presentaría un contenido de

Cuando esto suceda se plantean dos situaciones:

(i) El mismo sujeto realiza el tráfico ilícito y lleva a cabo la explotación laboral. Concurso medial del art. 312.1 CP con el art. 311 CP o el art. 312.2 segundo inciso CP⁸⁸.

(ii) La efectiva imposición de condiciones ilícitas es realizada por un tercero que no ha efectuado el acto de tráfico: el sujeto que ha procurado la mano de obra debería ser sancionado por un concurso medial entre el art. 312.1 CP y la cooperación necesaria en el art. 311 o en el art. 312.2 segundo inciso CP⁸⁹.

2.2.2. Trata de personas (art. 177 bis CP)

¿Cómo se relacionan el art. 312.1 CP y el art. 177 bis CP cuando ambos, desde la interpretación que aquí se plantea, tienen en común el elemento subjetivo: la intención de explotación laboral?

La superposición de ambos tipos no siempre sobreviene. Ello tendrá lugar únicamente si se cumplen dos premisas:

El tráfico ilícito de mano de obra se incluye dentro de los comportamientos recogidos en el art. 177 bis CP. En caso contrario, si se mantiene que las conductas descritas en la trata no comprenden los actos de colocación e intermediación, no habrá coincidencia. Cuando así fuera, el comportamiento de trata sería, respecto a la colocación o a la intermediación ilícita, un acto preparatorio o una forma de participación, cuya concurrencia posterior, se resolvería mediante un concurso (medial) de delitos. El concurso de leyes no es posible por la indicación expresa del art. 177 bis CP.

injusto menor, dado que realmente vendría a ser una especie de tentativa o de preparación de la figura delictiva del art. 311», MARTÍNEZ-BUJÁN: *supra* nota 37, p. 818.

88 A favor del concurso de delitos (sin especificar) RODRÍGUEZ MESA: *supra* nota 13, marg. 2342; DE VICENTE MARTÍNEZ: *supra* nota 4, p. 291; del concurso ideal POMARES CINTAS: *supra* nota 22, p. 920; del concurso medial FUENTES OSORIO: *supra* nota 7, marg. 7421; del real NARVÁEZ BERMEJO: *supra* nota 49, p. 57.

89 Así FUENTES OSORIO: *supra* nota 7, marg. 7421.

La finalidad perseguida por ambos coincide (aunque sea de manera parcial). Si se parte de que la explotación laboral a la que hace referencia el art. 177 bis CP se limita a las conductas descritas en su letra a)⁹⁰, que están vinculadas con la imposición del ejercicio de una actividad laboral (finalidad de esclavitud) y no con la imposición de condiciones ilícitas en la actividad laboral⁹¹, no se produciría esa superposición cuando la finalidad en el tráfico ilegal de mano de obra únicamente fuera esta última.

Aceptando que estamos ante un supuesto en el que concurren ambas premisas el deslinde entre los dos delitos se podría construir de dos maneras:

La diferencia entre ambos reside exclusivamente en los medios de comisión del art. 177 bis CP. Cuando haya una trata con violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima se sancionará por este artículo aun cuando se pueda constatar la existencia, al mismo tiempo, de un tráfico ilegal de mano de obra. Este concurso de leyes por especialidad a favor del art. 177 bis CP se basa en una consideración pluriofensiva: engloba en su ámbito de tutela la protección de los derechos de los trabajadores, también en su versión de acceso al trabajo.

El 312.1 CP tendría, consiguientemente, un carácter subsidiario: previsto para los casos en lo que no están presentes dichos medios. Esta regla de distinción no se podría utilizar respecto a la trata de menores con fines de explotación para los que el art. 177 bis 2 CP no exige ningún medio de comisión. Esta

90 Trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.

91 Vid. POMARES CINTAS, E.: *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Valencia, 2013, pp. 129, 136 que afirma que la finalidad de imponer condiciones ilícitas no descritas en el art. 177 bis CP no puede ser abarcada como un delito de trata.

solución es contraria, empero, a la regla concursal delictiva que prevé el art. 177 bis. 9 CP.

Aunque concurren estos medios también se debe aplicar el art. 312.1 CP siempre que haya un acto de tráfico ilegal.

No se puede solucionar como un concurso de leyes porque hay un ataque contra un bien jurídico distinto (acceso al trabajo) que no es abarcado por el art. 177 bis CP (aunque este recoja el acto de colocación o intermediación como comportamiento típico), y se requiere la solución del concurso de delitos (ideal). A favor de esta alternativa parece que se posiciona el propio art. 177 bis. 9 CP, que demanda responsabilidad por todos los delitos efectivamente cometidos.

2.2.3. Migración clandestina (art. 318 bis CP) y fraudulenta (art. 313 CP)

El factor de confusión con el 312.1 CP residía en la inclusión, hasta la reforma del CP del 2015 (LO 1/2015, de 30 de marzo), del término «tráfico ilegal» en el art. 318 bis CP. Ahora bien, la conducta sancionada en ambos tipos, más allá de la expresión utilizada, es totalmente diferente. La última se refiere a formas de favorecimiento de la migración clandestina, mientras que la primera a formas ilícitas de cesión o colocación de trabajadores⁹². Esta misma distinción se puede establecer con el art. 313 CP, con la especificidad de que este regula la migración fraudulenta.

Cuando haya un favorecimiento de la migración clandestina o fraudulenta y adicionalmente se produzca un tráfico ilegal de mano de obra mantengo que se debe resolver como un concurso medial de delitos de los arts. 318 bis o 313 CP, respectivamente, con el art. 312.1 CP. El concurso de leyes no es una solución adecuada porque aunque sería posible construir un iter criminis en los que estas clases de inmigración aparecieran como actos preparatorios o formas de participación del tráfico

⁹² En este sentido SSTS 678/2014 de 23 de octubre; STS 646/2015 de 20 octubre.

ilegal de mano de obra con una finalidad de explotación, hay agresiones a bienes jurídicos distintos (respecto al art. 318 bis CP) o al mismo bien jurídico pero con un modo de comisión distinto (engaño, en relación con el art. 313 CP) que no quedan englobadas por el desvalor de un solo tipo.

2.2.4.- Ofertas engañosas (art. 312.2, primer inciso, CP)

Se produce un concurso medial con el CP art. 312.1⁹³ cuando, por ejemplo, el sujeto, además de ofertar un empleo engañoso en sus condiciones, cede después, de forma ilegal, al trabajador a otra empresa. Ello se debe a que el art. 312.2 (primer inciso) CP, aunque protege el acceso al trabajo, recoge un aspecto del mismo diferente al del art. 312.1 CP ya que protege la libertad del trabajador en el acceso al puesto de trabajo frente a conductas que determinan mediante engaño la aceptación o finalización de una relación laboral con la finalidad añadida de querer explotar al trabajador.

Cuando el autor de la oferta engañosa no realiza con posterioridad el tráfico ilícito, pero lo facilita intencionadamente, deberá ser sancionado por concurso medial, por los motivos recién expuestos, entre el art. 312.2, primer inciso, CP y la cooperación necesaria en el art. 312.1 CP.

IV. Conclusiones

(1) El primer objetivo de este trabajo ha sido plantear cómo se articula la protección de los derechos de los trabajadores en un plano sancionador.

Se aprecian tres constantes:

(a) Existe un sistema sancionatorio dual en el que conviven ilícitos administrativos y penales.

(b) Los tipos penales recogen agresiones previstas como infracciones por la regulación administrativa laboral. Esta su-

93 Vid. FUENTES OSORIO: *supra* nota 7, marg. 7480.

perposición se presenta de dos modos: Se sanciona el mismo comportamiento *concreto* en el ámbito penal y laboral. Se sanciona penalmente una forma *genérica* de comportamiento que requiere acudir a la normativa administrativa que informa sobre las conductas prohibidas.

(c) No todos los tipos penales establecen un criterio para deslindar el ámbito penal del administrativo-laboral. Esta ausencia puede tener importantes consecuencias jurídicas.

(i) Inaplicación de la normativa laboral.

Solo existe el tipo penal. La coincidencia plena entre las conductas descritas en el ámbito penal y administrativo más la prohibición de la doble sanción y el principio de preferencia penal reduce al mínimo el espacio de uso, subsidiario, de la normativa laboral.

Solo existe la sanción penal. La referencia genérica a la normativa administrativa, la selección de infracciones administrativas como comportamientos configuradores del supuesto de hecho penal y la ausencia en el tipo de un elemento adicional al contenido del ilícito administrativo genera la desactivación de las sanciones administrativas en beneficio de las penales.

(ii) Infracción del principio de subsidiariedad: apropiación por parte del derecho penal de competencias asignadas al ámbito administrativo sancionador.

(iii) Infracción del principio de legalidad: por la ausencia de criterio de distinción explícito en el tipo (conlleva delegar por completo la precisión del injusto penal a la normativa administrativa).

(iv) A la normativa penal se le puede dar un uso restrictivo (por la dificultad de separación y la percepción de desproporcionalidad de la respuesta penal) y selectivo (según una regla indeterminada y cambiante).

(2) El segundo objetivo del artículo ha sido analizar cómo aparece y se resuelve esta problemática en el caso concreto de los delitos de tráfico ilegal de mano de obra, uno de los supuestos más complejos de la relación entre el derecho laboral y el penal.

(a) Hay una remisión tácita genérica a la normativa laboral. El carácter ilícito del tráfico de mano de obra se determina inicialmente en la normativa administrativa.

(b) Ausencia de un criterio de distinción ¿Cuándo se aplica el art. 312.1 CP?

Selección de los ilícitos administrativos más graves. El derecho penal se ocuparía de algunas de las infracciones señaladas como graves o muy graves. Ahora bien, estos planteamientos aceptan una superposición de ilícitos que al resolverse a favor del derecho penal acarrea que este asuma la función sancionadora-laboral y que así se vulnere el principio de subsidiariedad y de legalidad.

Es preferible instaurar una distinción sobre la base de la creación de un espacio de ilícito penal propio mediante la existencia de un plus de injusto respecto al ilícito administrativo.

La mayoría de las propuestas se articulan en torno a la cuantía o la magnitud. No obstante, estos planteamientos se enfrentan a la inseguridad de definir cuándo se satisfacen estos requisitos.

(3) El tercer y último objetivo de este trabajo ha sido una propuesta de distinción entre el ámbito penal y el administrativo en los delitos de tráfico ilegal de mano de obra.

(a) La solución a esta problemática requiere una reconstrucción del art. 312.1 CP como tipo pluriofensivo: tutela el derecho al acceso al puesto de trabajo en condiciones respetuosas de los derechos laborales y de seguridad social esenciales. Ello condiciona que, junto con las formas de tráfico ilícito definidas laboralmente como muy graves, el sujeto activo tenga que

perseguir, per se o por tercero, la explotación del trabajador (con independencia de que haya conseguido este fin).

(b) Ahora bien, la elaboración de este contenido de injusto propio incorpora mayor complejidad al sistema al introducir un elemento que aparece en otras formas de agresión penal reguladas por otros tipos de los que debe diferenciarse. ¿Cómo establecer la autonomía del tráfico ilícito de trabajadores respecto a otras conductas típicas relacionadas?

El art. 312.1 CP se convierte en una forma de sanción autónoma de las tentativas (de autoría y participación) de explotación laboral de los arts. 311 y 312.2, segundo inciso, CP mediante ataques mediatos al derecho al acceso al empleo. Desplaza la normativa general de la tentativa con relación a estos artículos dentro de su ámbito de actuación. Por otro lado, la efectiva imposición de condiciones laborales ilícitas no se pueden resolver mediante un concurso de leyes ya que estos artículos no contienen la peculiaridad del art. 312.1 CP: el ataque contra el acceso al empleo. Se ha de imponer un concurso de delitos (medial).

La concurrencia con la migración clandestina o fraudulenta (arts. 318 bis o 313 CP) o con la oferta de empleo engañosa (art. 312.2, primer inciso, CP) tampoco puede solventarse por un concurso de leyes: se atenta contra bienes jurídicos distintos o contra el mismo pero por un modo de comisión diferente. Por consiguiente, también se resolverá mediante un concurso (medial) de delitos.

Sin embargo, cuando la coincidencia sea con el art. 177 bis CP sí que se debería solucionar recurriendo únicamente a este último artículo ya que su redacción permite abarcar las conductas de tráfico ilegal de mano de obra y, además, recoge todo el desvalor al ser un tipo pluriofensivo que incluye la protección de los derechos de los trabajadores, también en su versión de acceso al trabajo. La regla específica del art. 177 bis.9 CP obliga, empero, a acudir al concurso de delitos (ideal).

(c) Teniendo en cuenta esta redefinición del bien jurídico y la delimitación de la relación con otras figuras delictivas, se puede afirmar que el art. 312.1 CP ocupa un espacio propio cuando:

(i) El sujeto activo busca, mediante el tráfico ilegal de mano de obra, imponer explotación laboral, esclavitud o servidumbre pero no se puede aplicar los arts. 177 bis o 311 CP (porque faltan los medios de comisión específicos), ni el art. 312.2, segundo inciso, CP (porque aún no se ha producido la explotación laboral).

(ii) El sujeto activo ha realizado tráfico ilegal de mano de obra, con la intención de llegar a imponer condiciones laborales ilícitas. Para ello ha utilizado los medios de comisión específicos del art. 311 CP que, sin embargo, no se puede aplicar en su forma consumada porque no hay una efectiva explotación laboral.

(iii) El sujeto activo que ha efectuado el tráfico ilegal de mano de obra logra imponer una situación de explotación laboral, esclavitud o servidumbre a español o a residente extranjero legal y no se puede aplicar el art. 311 CP porque faltan los medios de comisión específicos.

Una alternativa de *lege ferenda* sería suprimir el art. 312.1 CP e integrar expresamente la colocación y la cesión ilegal con finalidad de explotación dentro del art. 177 bis, del art. 318 bis o de los art. 311 y 312.2 segundo inciso CP, como tipos agravados. No obstante, dejaría en un contexto de impunidad la situación descrita en el último punto que no se puede resolver mediante una tentativa del art. 311, y que actualmente sí que puede ser sancionada por la vía del art. 312.1 CP.

Relación de sentencias

STC 118/1992 de 16 septiembre

STC 89/1993 de 12 marzo

STC 111/1993 de 25 marzo

STC 62/1994 de 28 febrero
STC 24/1996 de 13 febrero
STC 120/1998 de 15 junio
STC 16/2004 de 23 febrero
STC 24/2004 de 24 febrero

STS 143/1998 de 5 febrero
STS 321/2005 de 10 marzo
STS 678/2014 de 23 de octubre
STS 646/2015 de 20 octubre

SAP Albacete 190/2004 de 27 mayo
SAP Alicante 14/2006 de 21 marzo
SAP Almería 420/2000 de 24 noviembre
SAP A Coruña 268/2013 de 11 de noviembre
SAP Barcelona 15 de diciembre de 1998
SAP Barcelona 53/2009 de 3 febrero
SAP Girona 407/1998 de 15 octubre
SAP Girona 442/1998 de 10 de noviembre
SAP Huelva 134/2004 de 22 mayo
SAP Huelva 27/2005 de 7 noviembre
SAP Huelva 77/2006 de 23 marzo
SAP Huelva 63/2007 de 20 marzo
SAP Las Palmas 137/1999 de 31 julio
SAP Madrid 10/2008 de 8 enero
AAP Madrid 1203/2004 de 13 diciembre
SAP Tarragona 422/2014 de 3 noviembre
AAP Vizcaya 319/2003 de 5 junio
SAP Zaragoza 68/1999 de 12 febrero

Bibliografía

- AGUADO LÓPEZ, S.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores” en Boix Reig (dir.): *Derecho penal. Parte especial*, t. III, Iustel, Madrid, 2012, pp. 57 y ss.
- BAYLOS, A; TERRADILLOS, J.: *Derecho penal del trabajo*, 2.ª edición, Trotta, Barcelona, 1997.
- DE LA MATA BARRANCO, N.: *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.: “Artículo 312”, en Cobo del Rosal (dir.): *Comentarios al Código Penal*, tomo X, vol. I, Edersa, Madrid, 2006, pp. 251 y ss.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Gómez Tomillo (dir.): *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1213 y ss.
- “Artículo 312”, en Gómez Tomillo (dir.): *Comentarios prácticos al Código Penal, Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos*, t. III, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 843 y ss.
- ESCRIHUELA CHUMILLA, F.J.: *Todo Penal*, La Ley, Madrid, 2011.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Diario La Ley*, D-158, 1996, pp. 1667 y ss.
- FIGUERA ALBET, J.; TOMÀS SALÀS I DARROCHA, J.: “Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1 y 2 CP)”, en *Revista técnico laboral*, vol. 31, nº. 119, 2009, pp. 9 y ss.
- FRISCH, W.: *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, Müller, Heidelberg, 1993.
- FUENTES OSORIO, J.L.: “Accesoriedad administrativa y delito ecológico”, en Arana García; Mercado Pacheco; Pérez Alonso; Serrano Moreno (eds.): *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 707 y ss.

- “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Ortiz de Urbina Gimeno (coord.): *Memento práctico derecho penal económico y de la empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, margs. 7150 y ss.
- GARCÍA ALBERO, R.: “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos”, en Morales Prats, Quintero Olivares (coords.): *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 295 y ss.
- GARCÍA ARÁN, M.: “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, 1993, pp. 63 y ss.
- “Artículo 312”, en Córdoba Roda; García Arán (dir.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1274 y ss.
- HORTAL IBARRA, J.C.: “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Mir Puig; Corcoy Bidasolo (dirs.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1 y 2/2015*, 2.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1096 y ss.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A.: “Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra, lo que falta”, en *ADPCP*, n. 57, 2004, pp. 19 y ss.
- “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Molina Fernández (coord.): *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, margs. 13150 y ss.
- MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ – SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del trabajo*, 22.^a edición, Tecnos, Madrid, 2013.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 5.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en González Cussac (coord.): *Derecho Penal, Parte Especial*, 4.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 531 y ss.
- MEGÍAS BAS, A.: “El tráfico ilegal de mano de obra”, en *Anales de Derecho*, n. 32, 2014, pp. 1 y ss.

- “Órganos intervinientes en la lucha contra el tráfico ilegal de mano de obra, el empleo irregular y el fraude a la seguridad social en España”, en *Revista Policía y Seguridad Pública*, Julio-Diciembre 2014, pp. 81 y ss.
- MESTRE DELGADO, E.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Lamarca Pérez (coord.): *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3.^a edición, Colex, Madrid, 2015, pp. 521 y ss.
- MORILLAS CUEVA, L.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Morillas Cueva (dir.): *Sistema de Derecho penal español*, 2.^a edición, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 831 y ss.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*, 20.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- NARVÁEZ BERMEJO, M.A.: *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- ORTUBAY FUENTES, M.: *Tutela penal de las condiciones del trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000.
- PÉREZ CEPEDA, A., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Gómez Rivero, C. (dir.): *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte especial*, vol. II, 2.^a edición, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 410 y ss.
- POMARES CINTAS, E.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Álvarez García (dir.): *Derecho penal español. Parte especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 880 y ss.
- El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “La revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015”, en Quintero Olivares

- (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 633 y ss.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- RANDO CASERMEIRO, P.: *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- RODRÍGUEZ MESA, M.J.: “Tráfico ilegal de mano de obra”, en Terradillos Basoco (Coord.): *Memento Práctico Francis Lefebvre, Penal de la Empresa 2004 – 2005*, Francis Lefebvre, Madrid, 2003, margs. 2225 y ss.
- SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAILLO, A.: *Derecho penal, Parte Especial*, 15.^a edición, Dykinson, Madrid, 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del derecho penal*, 2.^a edición, Civitas, Madrid, 2001.
- TERRADILLOS BASOCO, J.: “Artículo 311-312, 314-318 CP”, en Arroyo Zapatero y Otros (dir.): *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 699 y ss.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Delitos contra los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos extranjeros”, en Serrano Gómez; Serrano Maíllo; Serrano Tárraga; Vázquez González (auts.): *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, 2.^a edición, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 467 y ss.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Quintero Olivares (dir.); Morales Prats (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.^a edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1135 y ss.