

EL CONTRATO DE TRABAJO COMO FUENTE DE DERECHOS EN LA NUEVA REDACCIÓN DEL ART. 311

RAQUEL ROSO CAÑADILLAS
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

I.- Introducción; II.- Posiciones doctrinales; III.- Toma de posición

I

Frente a la redacción del art. 499 bis 1º del CP 1944/1973¹, que enumeraba como fuentes de derechos de los trabajadores las disposiciones legales o los convenios colectivos sindicales², el CP de 1995, en su art.

* Índice de abreviaturas: Dir.: Director; DP: Derecho penal; DT: Derecho del trabajo; ET: Estatuto de los trabajadores, Texto refundido, Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo; LISOS: Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, Texto refundido, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; LL: La Ley (revista cit. por año y tomo); PE: Parte Especial; PG: Parte General; RL: Relaciones laborales (revista cit. por tomo y año); Tít.: Título; TRET: Texto refundido del Estatuto de los trabajadores.

** Este trabajo se encuadra en el Proyecto de Investigación financiado por la Dirección General de Investigación: BJU2002-00303 dedicado al Derecho penal de la empresa.

¹ Art. 499 bis: Será castigado con pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas:

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

² Como explica ORTUBAY, *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código Penal*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2000, 446, «(E)sta terminología resultaba adecuada al escenario socio-jurídico en que dicho precepto vio la luz en 1971. En efecto, con un régimen político autoritario que negaba cualquier posibilidad real de autonomía colectiva, las escasas negociaciones entre trabajadores y empresarios eran «intrasindicales», esto es, tenían lugar en el seno de los sindicatos verticales, lo que explica la adjetivación empleada».

311, ^{1º}, siguiendo la estela de la propuesta de redacción del Proyecto del 94⁴, extiende esta lista y añade a ella el contrato de trabajo. La introducción del contrato de trabajo como fuente de derechos ha sido una de las decisiones más *criticadas* del legislador, si no la más criticada, puesto que para la mayor parte de la doctrina rompe con el esquema interpretativo del art. 311, con el principio de justicia material y sobre todo con el principio de *ultima ratio* del Derecho penal.

Buscando explicaciones de política social y política criminal, NARVÁEZ entiende que la introducción del contrato de trabajo en la redacción del tipo penal responde a los cambios que se han producido en el mercado laboral para dar respuesta a un período de crisis económica. Con este proceso de cambio se ha perseguido la flexibilización⁵ del mercado de trabajo —que no la desregulación—, restringiendo la intervención del Estado y su capacidad normativa en este ámbito, y dejando camino libre a la autonomía de sindicatos y organizaciones empresariales⁶ «para regular sus con-

³ Art. 311 CP 1995: Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses:

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

⁴ Art. 285, 1º del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994: Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses:

1º Los que, mediante violencia, amenaza, engaño o abuso de situación de necesidad impusiesen a los trabajadores a su servicio, condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

⁵ Este efecto flexibilizador que introduce la reforma laboral se deja notar, como apunta NARVÁEZ, *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social*, Valencia, Tirant lo blanch, 1997, 19, en el art. 82. 4 TRET: «El convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio». En los arts. 41. 2, 82.3, 34. 2, 29.1.3, 22. 1 se admiten expresamente los pactos de empresa para modificar sustancialmente condiciones de trabajo que vengan establecidas en los convenios colectivos, para establecer cláusulas de descuelgue salarial, para establecer la distribución irregular de la jornada anual, el modelo de recibo de salarios y el sistema de clasificación profesional. Y en el ámbito de los derechos individuales se dejan a la negociación en el contrato de trabajo, la prestación laboral de servicios (art. 22.5), la promoción económica y los derechos económicos de antigüedad dentro de la empresa (25.1), la estructura del salario y el carácter consolidable o no de los complementos salariales (art. 26.3), la fijación del valor de la hora extraordinaria y su compensación o no por descansos (art. 35.1), y la libertad en la fijación de la duración del contrato de trabajo (art. 15.1).

⁶ Cfr. ROJO TORRECILLA, *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Barcelona, Bosch, 1998, 18, que explica cómo a partir de la reforma laboral de 1994, «se desarrolla extraordinariamente el principio de flexibilidad laboral, el cual se manifiesta en la mayoría de los casos acompañado, de una parte, de un significativo y creciente poder de dirección empresarial, y de otro, de un mayor poder de intervención y de actuación de los representantes de los trabajadores en la empresa».

diciones de trabajo a través de la negociación colectiva, cuya riqueza de contenido aumentará por efecto de esa restricción»⁷. No obstante, los efectos de la flexibilización no acaban ahí y también refuerzan y potencian a «otros instrumentos con fuerza de obligar, aunque sin el valor normativo genérico de los convenios colectivos, como son los acuerdos o pactos de empresa y el contrato individual de trabajo, que sólo vincula dentro del ámbito de la empresa, o a quienes lo suscribieron, respectivamente»⁸. Y además, explica NARVÁEZ, que «(E)stos últimos instrumentos de regulación de condiciones laborales surgen, en un contexto de crisis, como mecanismos adecuados para contrarrestar las rigideces de las que muchas veces se ha acusado a la legislación estatal laboral y a la macronegociación colectiva para adaptarse a las exigencias y necesidades de cada empresa o unidad productiva singularmente consideradas»⁹.

II

No obstante, pese al proceso de flexibilización, parece que necesario en este contexto de crisis, la introducción del contrato de trabajo, que se ha producido en la regulación penal, no ha sido para nada aplaudido por la mayoría de la doctrina, que se ocupa de estos temas. En efecto, TERRADILLOS ya se refería a esta cuestión cuando todavía era una propuesta de *lege ferenda* y que contemplaba, como ya he señalado, la redacción del PCP 1994,. A este respecto manifestaba TERRADILLOS que «(L)la inclusión del pacto individual ampliará extraordinariamente el ámbito de aplicación del precepto. Y quizá cree más problemas de los que soluciona. El contrato individual, por definición, no tiene un contenido de mínimos; por tanto la exigencia de lo pactado puede encomendarse al orden civil o laboral, que incluso pueden utilizar sus posibilidades sancionadoras. El empleo de violencia, engaño o abuso, cuando penalmente relevante, ya está castigado en otros preceptos. No parece, por tanto, que existan sólidas razones que avalen el camino criminalizador que, olvidando el principio de intervención mínima, acomete el PCP94. Por el contrario, se pueden provocar negativas consecuencias, entre las que no será la menor la posibilidad de que la misma conducta protagonizada por el mismo empresario frente a dos trabajadores de idéntica función y categoría profesional puede ser típica o no según sea el contrato suscrito con cada uno de ellos»^{10,11}.

⁷ *Delitos*, 1997, 15.

⁸ *Delitos*, 1997, 15.

⁹ *Delitos*, 1997, 15.

¹⁰ *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995, 103.

¹¹ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*, en: LL 1996-2, 1668; ROJO TORRECILLA, *Delitos*, 1998, 40.

Desde la *lege lata*, también LASCURÁIN se expresa críticamente en la línea apuntada por TERRADILLOS, enfatizando las desigualdades de tratamiento a las que conduce esta innovación del CP de 1995 y manifiesta así que «lejos de intentar constreñir la intervención penal a la frustración de las condiciones laborales mínimas y esenciales, para lo que podría dar juego la discriminación según la materia o la fuente reguladora —en concreto, con reducción a las que son objeto de la normativa estatal—, el legislador cobija en el tipo, no ya las condiciones pactadas en convenio, sino incluso las que recogen las cláusulas de los contratos individuales. Con ello se genera un nuevo problema relativo a la vigencia del principio de igualdad: el comportamiento punible de un empresario puede ser idéntico al de su impune vecino o incluso al suyo propio en relación con un trabajador distinto»¹². No obstante, la crítica de LASCURÁIN no acaba aquí y mantiene, a modo de conclusión, que el delito del art. 311, así redactado, plantea una lectura bien distinta: Ahora justificar la antijuridicidad material es tarea más difícil, puesto que lo que parece protegerse actualmente es «la vigencia formal de las normas estatales, de los convenios colectivos y de los contratos de trabajo»¹³, encontrándonos así ante un delito formal.

Igualmente NARVÁEZ BERMEJO se hace eco de las críticas doctrinales y manifiesta, poniendo de relieve las consecuencias reales del cambio legislativo, que «(D)desde el punto de vista penal tal solución legislativa (scil. la de la introducción del contrato de trabajo) presenta el inconveniente de una desmesurada extensión del derecho penal hacia instrumentos jurídicos que pertenecen al ámbito de las relaciones entre particulares, cuyos conflictos deberían solucionarse ante la jurisdicción social. Sobre éstos el derecho penal no debería intervenir, no sólo por los intereses en juego exclusivamente privados, sino también por la inseguridad que crearía en cuanto a la determinación de cuáles sean los derechos objeto de garantías, dada la diversidad y variedad de los que podrían pactarse en los contratos individuales singularmente adaptados a las necesidades de las partes»¹⁴. Por otro lado, continuando NARVÁEZ con la descripción de los efectos negativos de esta decisión del legislador, expone: «En cuanto a los trabajadores suscribientes del contrato se dispensaría protección penal a los poseedores de mayor autonomía y capacidad negociadora y menos necesitados de amparo, pero que obtendrían mayor tutela respecto de los que carecieran de ese contrato individual, cuyas relaciones y derechos se cobijarían única y exclusivamente bajo el manto protector de la ley laboral y el convenio colectivo.

¹² En: BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de DP, PE, vol. II*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, 635-636.

¹³ *Compendio DP II*, 1998, 636.

¹⁴ *Delitos*, 1997, 16.

Con esta orientación se desconocería el principio de intervención mínima del derecho penal y un exceso de proteccionismo a intereses individuales que propendería a propiciar situaciones de desigualdad tuitiva entre trabajadores»¹⁵.

A todos estas demostraciones críticas hay que añadir la de ROJO TORRECILLA, el cual apunta un nuevo argumento, que tiene su origen en un análisis comparativo de las regulaciones laboral y penal. Así manifiesta que la protección penal va más allá de la protección laboral, ya que en el art. 5.1 de la LISOS¹⁶, en el que también se hace una enumeración de fuentes normativas, no se recoge el contrato de trabajo y sí las normas legales y las cláusulas normativas de los convenios colectivos. En consecuencia ROJO TORRECILLA considera que esta ampliación de la protección penal puede provocar disfunciones jurídicas¹⁷.

Por último, ORTUBAY considera que la inclusión del contrato individual de trabajo dentro del art. 311 es un error¹⁸ y partiendo de algunas de las anteriores críticas, profundiza mucho más en la cuestión. Así se propone aclarar si las condiciones mínimas de trabajo, las cuales constituyen el marco legal para que se realice la prestación de trabajo —y, por ello, finalmente el objeto de tutela— pueden o no derivarse también del contrato laboral individual. Con la fijación de este cometido, distingue tres supuestos: El primero se centra en el supuesto más común, en el que el contrato de trabajo simplemente se limita «a incorporar la regulación establecida por las leyes o los convenios colectivos aplicables»¹⁹. De esta manera, se recoge por escrito en un documento que plasma la voluntad de las partes lo dispuesto por la ley o por el convenio colectivo. En este caso, ORTUBAY concluye que el ámbito de aplicación de la norma penal no se ve alterado por la alusión típica al contrato de trabajo²⁰. El segundo supuesto describe un contrato de trabajo en el que se hayan pactado condiciones de trabajo inferiores a las reguladas normativamente. Al respecto ORTUBAY comenta que «(P)uesto que los derechos laborales son

¹⁵ *Delitos*, 1997, 16.

¹⁶ El art. 5.1 LISOS que abre el Capítulo II dedicado a las infracciones laborales dice lo siguiente: «*Concepto*: Son infracciones laborales las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional ocupacional y formación profesional continua y de trabajo temporal, tipificadas y sancionadas de conformidad con la presente Ley. Asimismo, tendrán dicha consideración las demás acciones u omisiones de los sujetos responsables y en las materias que se regulan en el presente capítulo».

¹⁷ *Delitos*, 1998, 40.

¹⁸ *Tutela penal*, 2000, 151.

¹⁹ *Tutela penal*, 2000, 151.

²⁰ *Tutela penal*, 2000, 152.

irrenunciables, las cláusulas en las que se estableciesen las condiciones ilegales carecerían de validez y, por tanto, el contrato individual no constituiría una regulación eficaz de la relación laboral. Es más, el empleador que ha logrado el acuerdo del operario para desarrollar una prestación de trabajo contraria a los derechos de éste, habrá incurrido en un comportamiento delictivo, si para ello ha utilizado engaño o ha abusado de la situación de necesidad en la que se encontraba el demandante de empleo»²¹. Por último, en el tercer supuesto ORTUBAY considera la posibilidad de que en el contrato de trabajo se superen las condiciones de trabajo establecidas normativamente. Para ORTUBAY estos casos son muy inusuales y reflejan «una capacidad de negociación que habitualmente no posee el demandante de empleo»²² y por eso mismo considera que «es muy discutible que deba prestarse tutela penal a las condiciones de trabajo obtenidas desde esa posición»²³.

Desarrollando estas ideas, ORTUBAY explica que la mejora de la situación laboral normalmente se aplica a todos los trabajadores de un sector o se basa en un criterio objetivo que tiene una función selectiva y que provoca, por tanto, que no se aplique la medida en grupo, es decir, la mejora de las condiciones de trabajo no puede ser una decisión arbitraria, so pena de caer en un supuesto de nulidad contractual por tratamiento discriminatorio. No obstante, puede haber casos en que el trabajador consiga en la negociación mejorar sus condiciones de trabajo por encima de los mínimos, como puede pasar en el caso del personal de alta dirección. En este supuesto, ORTUBAY manifiesta que no se puede equiparar la imposición de condiciones ilegales de trabajo al mero incumplimiento de las condiciones pactadas²⁴. «Por tanto, para que el resultado prohibido acaezca en el curso de la relación laboral sería preciso que el empresario llevase a cabo una modificación unilateral de las condiciones, y que utilizase para ello los procedimientos tipificados en el art. 311 CP. Pero esta situación resulta casi inverosímil: No es probable que el empleador pueda abusar de una situación de necesidad de quien ha tenido previamente capacidad para pactar un contrato por encima de los mínimos legales. Tendría que haberse producido un cambio radical en las circunstancias personales del trabajador»²⁵.

Ahora bien, puede ser que no se haya producido ese cambio radical en la situación del trabajador, sino que éste esté siendo engañado. En ese caso, ORTUBAY distingue dos realidades distintas: a) que el engaño no

²¹ *Tutela penal*, 2000, 152.

²² *Tutela penal*, 2000, 152.

²³ *Tutela penal*, 2000, 152.

²⁴ *Tutela penal*, 2000, 470 ss.

²⁵ *Tutela penal*, 2000, 153.

sea idóneo y sea fácil de descubrir por el trabajador, debido a que el empeoramiento de condiciones, al comenzar a surtir efectos reconocibles del perjuicio desde su imposición, sería conocido de modo inmediato por el trabajador²⁶; b) que estemos ante un engaño, no tan fácil de descubrir, al no provocar efectos inmediatos. El ejemplo de ORTUBAY se refiere a «una persona que está percibiendo un salario superior al establecido en el convenio colectivo, el empresario realiza unas cotizaciones a la Seguridad Social por una base inferior, hecho que oculta haciendo constar en la nómina la cantidad que correspondería a su salario. Podría ocurrir que el trabajador afectado no adquiriese conocimiento de esta circunstancia, de modo que, de hecho, estuviese soportando unas condiciones inferiores a las pactadas»²⁷. Descrito el supuesto, ORTUBAY reconoce que siguiendo «una interpretación puramente literal del precepto legal llevaría a apreciar la existencia de delito»²⁸. Sin embargo, pese a este reconocimiento expreso se resiste a la aplicación del artículo en este sentido, puesto que «el citado inciso (scil. el contrato de trabajo) no profundiza en la defensa de los derechos de los trabajadores sino que, por el contrario, la debilita al introducir un elemento de distorsión. Sin embargo, creo que es posible hacer una lectura del precepto que evite los peligros señalados por la doctrina, reduciendo al máximo las consecuencias negativas de la falta de técnica del legislador»²⁹. Por todo ello, ORTUBAY se cuestiona sobre si la ampliación del marco de aplicación de la norma provocado por «la alusión al contrato individual de trabajo cumple las exigencias de merecimiento y necesidad de protección penal. Si —como creo— la respuesta fuese negativa y el interés penalmente tutelable se redujese a la prestación laboral acorde con las condiciones mínimas establecidas normativamente, una interpretación teleológica del tipo excluiría la punición de estos supuestos. En conclusión, los casos en los que la imposición de condiciones laborales contrarias al contrato individual de trabajo puede resultar típica resultan bastante improbables y, en esos casos, una lectura atenta a la delimitación del bien jurídico protegido puede fundamentar la falta de dañosidad de la conducta. Cualquier otra exégesis del mencionado elemento típico implicaría una clara vulneración del principio de intervención mínima, además de un factor de inseguridad jurídica»³⁰.

2. Pese al tono crítico de las exposiciones anteriores, encontramos una posición minoritaria de autores que no repara tanto en este tipo de apreciaciones, por lo que no contesta a las críticas anteriormente expuestas,

²⁶ *Tutela penal*, 2000, 153.

²⁷ *Tutela penal*, 2000, 153.

²⁸ *Tutela penal*, 2000, 153.

²⁹ *Tutela penal*, 2000, 151.

³⁰ *Tutela penal*, 2000, 153-154.

y sí en armonizar sus interpretaciones con la nueva redacción del artículo 311, señalando aquellos aspectos de las construcciones anteriores, (las cuales podían considerarse como mayoritarias con la vigencia del art. 499 bis CP1944/1973), que no son compatibles con la introducción del contrato de trabajo, y elaborando nuevos conceptos o partiendo de anteriores conceptos del bien jurídico, que ahora vuelven a cobrar más fuerza, por su compatibilidad precisamente con la protección de la autonomía contractual a través del contrato de trabajo. En el sentido descrito, PÉREZ MANZANO pone en tela de juicio que se pueda sostener una concepción del bien jurídico basado en las condiciones mínimas de los derechos de los trabajadores o se pueda argüir el carácter de indisponibilidad de tales derechos. Por tanto, es necesario redefinir el bien jurídico, desde que se produce «una modificación en el texto que tiene incidencia decisiva en la interpretación: la mención a que los derechos afectados de los trabajadores puedan ser los reconocidos por contrato individual. En este contexto, difícilmente puede hablarse de derechos indisponibles en el sentido utilizado por la doctrina laboral. En este ámbito, indisponibilidad significa que el empresario no puede modificar unilateralmente algunas condiciones laborales del trabajador una vez que han sido pactadas en el contrato individual, pero no tiene el sentido tradicional de las denominadas normas imperativas o de derecho necesario»³¹.

En un tono similar de aceptación del nuevo elemento de la descripción típica, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC aplauden la entrada de este nuevo elemento dentro de la descripción legal, puesto que con ello se impiden y se eliminan posibles fraude de ley³².

III

1. Pues bien, volviendo a las críticas y haciendo *una recapitulación de todas* las expuestas a la introducción del contrato de trabajo en el art. 311, éstas se pueden resumir en el peligro en que ponen la vigencia del principio de intervención mínima o *ultima ratio* como límite del *ius puniendi*, el principio de igualdad y el principio de seguridad jurídica. Recordemos que la conculcación del principio de igualdad se produce en dos sentidos: Por un lado, la introducción del contrato de trabajo, según estas objeciones, producirá el efecto de que ante una misma conducta de distintos empleadores una sea típica y la otra no, pues habría que atender a las condiciones pactadas en el contrato de trabajo —y al resto, inexcusablemente, de elementos típicos—. Por otro lado,

³¹ *Delitos contra los derechos de los trabajadores*. en: RL I-1997, 275.

³² En VIVES (dir.), *Comentarios al CP de 1995*, Valencia, tirant lo blanch, 1996, 1549.

siguiendo con el argumento crítico, se producirá un efecto discriminatorio desde la perspectiva del trabajador, ya que unos trabajadores recibirán una mayor protección frente a otros, que, curiosamente, primero, no podrán haber pactado condiciones superiores a las mínimas, al no encontrarse en una situación de superioridad o de igualdad frente al empresario que les permita un marco de negociación, en el cual consigan condiciones de trabajo más beneficiosas y, segundo, al no conseguir esas mejoras no podrán defenderlas acudiendo al Derecho penal, que, sin embargo, sí las ampara al considerar el contrato de trabajo como fuente de derechos; por lo que resultará que los sujetos que tienen mayor capacidad negociadora y autonomía, también recibirán mayor protección, con lo que se produce un efecto indeseado de desigualdad tuitiva entre los trabajadores.

El principio de seguridad jurídica, según la posición crítica expuesta, igualmente se vería afectado, junto con el de igualdad, en los casos descritos anteriormente en los que una misma conducta de varios empresarios o de un empresario frente a varios de sus trabajadores puede ser considerada como delito o no, dependiendo de los pactos alcanzados en su contrato de trabajo. También representa un problema de seguridad jurídica la determinación del círculo de derechos protegidos que puedan nacer del contrato de trabajo, pues serían de muy diversa naturaleza los derechos de los trabajadores objeto de garantías.

2. En conclusión, *parece* que la situación así descrita, *recomienda*, sin necesidad de acudir incluso al argumento brindado por el principio de intervención mínima, *la reforma del art. 311, haciendo desaparecer al contrato de trabajo* como elemento del delito, por las graves disfunciones que se han percibido. No obstante, no comparto esta propuesta y me parece que la doctrina *ha cargado en exceso las tintas en la crítica*, cuando se trata de valorar la alusión al contrato de trabajo, y ello porque, en mi opinión, *todos los argumentos dados no son decisivos*.

2.1. Así, considero que *esa situación de desigualdad y de inseguridad jurídica* frente al empresario que representa el contrato de trabajo, *ya existía anteriormente con los convenios colectivos*³³, puesto que esta fuente plantea diferencias de tratamiento entre los trabajadores de un sector y el de otro; de tal manera que lo que es delito para un empleador, puede que no sea delito para el otro. Por otra parte, es verdad que el convenio colectivo tiene un ámbito de aplicación más general, pese a ser una normación sectorial; que además viene impuesta por la naturaleza

³³ Este argumento me ha sido señalado en conversaciones relacionadas con el tema por el prof. RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Alcalá (UAH).

de las cosas, pues no se concibe la regulación del mercado laboral sin el convenio colectivo, ya que resulta ser un recurso estrictamente necesario, por la gran diversidad de relaciones de trabajo y por las peculiaridades de cada trabajo; y, por último, el convenio colectivo se explica desde el reconocimiento constitucional a la autonomía colectiva (art. 37. 1 CE)³⁴. Por tanto, este efecto de distintos niveles de protección es asumido intrasistemáticamente por el Derecho del trabajo, sin que se haya hablado de discriminación, inseguridad jurídica y desigualdad, por lo que el fenómeno no es nuevo y es similar, salvando las distancias, al que se produce con la admisión del contrato de trabajo en el tipo.

2.2. Siguiendo con las desigualdades, considero que cuando *el trabajador tiene una mayor capacidad negociadora, se debe a que también reúne unas condiciones distintas*, pero incluso no sólo él, sino todo su sector de actividad, por lo que hay que dar un tratamiento diferenciado a los supuestos diferentes y por ello no veo obstáculo, en principio, a que reciba protección penal aquel trabajador que goza de una mayor autonomía, si, pese a todo, ha sido engañado o se ha abusado posteriormente de su situación de necesidad para cambiar las condiciones de trabajo, puesto que esta forma de proceder del empleador no sólo va en detrimento del trabajador individual y de unas determinadas condiciones, sino de todo los trabajadores, en cuanto una parte del colectivo sufre los efectos de la subyugación, pues significa un paso atrás en el camino y una degradación del estatus jurídico del trabajador. No obstante, debo advertir que estas afirmaciones no tienen la pretensión de la generalidad y deben matizarse dependiendo de las características del caso concreto, pues encuentro que se debe actuar con más cautela a la hora de proporcionar amparo penal a las *mejoras*, que cuando se trata de proteger los derechos mínimos o condiciones mínimas de los trabajadores. Así en la línea argumentativa apuntada por ORTUBAY considero que debe haber necesidad y merecimiento de pena. Esta necesidad de recurrir al ordenamiento penal y de imposición de una pena *sólo se da cuando*, como he dejado entrever anteriormente, se ponga en *peligro no sólo el derecho individual del trabajador, sino los derechos de los trabajadores*. Es decir el legislador desvalora gravemente la conducta en estos casos por la dañosidad social que supone lesionar los derechos de los trabajadores. Los derechos de los trabajadores resultan ser un valor necesario, dentro de una compleja estructura social y económica, para la convivencia social. De este modo, la vulneración de estos derechos se transforma en una conducta que se debe evitar en primera línea por el ordenamiento jurídico, por lo que también existe necesidad de pena. A

³⁴ Cfr. ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 21.^a ed., Madrid, Civitas, 2003, 799.

este respecto resulta ilustrativo el ejemplo propuesto por ORTUBAY y expuesto anteriormente de la utilización del engaño por parte del empleador que ha pactado condiciones superiores a las mínimas, pero engaña al trabajador en la base de cotización. En mi opinión, este caso, como también admite ORTUBAY, entra de lleno dentro del tipo descrito en el art. 311, incluso el hecho de que haya pactado condiciones más beneficiosas y superiores a las mínimas resulta una cuestión colateral, frente a la lesión a sus derechos sociales como trabajador.

En suma *el trabajador que, pese a su mejor situación para concurrir al mercado de trabajo, sufra un perjuicio, una restricción o una supresión en sus derechos por la imposición de condiciones ilegales de trabajo mediando engaño o abuso de situación de necesidad, cuando además de este modo se hayan lesionado asimismo los derechos de los trabajadores como colectivo, es decir, el status jurídico de los trabajadores, podrá obtener tutela penal*. De otro modo, habrá que ver si la conducta del empleador puede subsumirse, en su caso, en otros delitos (o faltas) comunes como coacciones, amenazas, apropiación indebida etc. y entonces no se protegería a la persona del trabajador, sino estrictamente a la persona. De cualquier modo, el trabajador siempre podría recurrir a los tribunales, por incumplimiento contractual, sin que ello deba ser visto como una desprotección o discriminación.

2.3. También se ha hablado de la inseguridad que genera el contrato de trabajo frente a cuáles derechos deben quedar protegidos. En mi opinión, no crea un nuevo problema, sino que éste ya existía con la anterior regulación. Ello se debe a que nos encontramos ante una *ley penal en blanco*, con lo que el esfuerzo interpretativo de demarcación y delimitación de los derechos ya se imponía anteriormente con el convenio colectivo, y la entrada del contrato de trabajo creo que no va a sobrecargar, ni a aumentar en mucho la labor exegética; pero además no se debe olvidar que en la práctica son pocas las condiciones de trabajo que se dejan a la negociación en el contrato de trabajo.

2.4. Finalmente, tampoco se ve afectado el principio de seguridad jurídica y de igualdad, como se pretende denunciar, cuando se arguye que la misma conducta de un empresario frente a distintos trabajadores puede ser delito o no en función de lo pactado en sus contratos de trabajo. En mi opinión, esta argumentación conduce a considerar que el elemento central para decidir la tipicidad o no de la conducta del sujeto activo es el contenido del contrato de trabajo, afirmando que la conducta será típica o no en función del contrato de trabajo suscrito y ello olvida otros elementos decisivos del tipo como son las modalidades típicas de engaño, abuso de situación de necesidad, violencia o intimidación. Tal y como está redactado el tipo no vale con el sólo incumpli-

miento contractual por parte del empresario de lo pactado entre las partes, sino que además de incumplir, el incumplimiento debe realizarse de una determinada manera para que tenga relevancia penal: el sujeto activo incumple y para que éste tenga eficacia y se evite cualquier defensa del trabajador el sujeto activo o bien se vale o bien genera una situación de subyugación, en la que se ve inmerso el trabajador. Por tanto, la conducta del empresario puede ser delito o no en función de lo pactado en los contratos de trabajo y en función del uso de engaño, violencia, intimidación o abuso de la situación de necesidad en la que se encuentre el trabajador. Este *modus operandi* debe existir tanto se sostenga una protección penal de mínimos legales como de máximos.

2.5. Otro de los argumentos críticos se centra en la pretendida *descoordinación legislativa con el Derecho administrativo sancionador*, haciendo mella en el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, ya que el art. 5.1 LISOS resulta de menor alcance que el art. 311 del CP, al no incluir entre sus fuentes el contrato individual de trabajo. En mi opinión, es normal que el Derecho administrativo no enumere entre las fuentes el contrato de trabajo, puesto que lo que se sanciona es la ‘simple’ desobediencia a lo anteriormente regulado con carácter general por el Estado; es decir el carácter fiscalizador y punitivo de la Administración no se puede extender a cualquier incumplimiento empresarial, sino que necesariamente en el ámbito administrativo las acciones u omisiones del empresario se sancionan porque éstas no obedecen lo prescrito con anterioridad por el Estado y son contrarias a las normas legales, reglamentarias y a las cláusulas normativas de los convenios colectivos; además nótese que coherentemente, en este último caso, ni siquiera el art. 5.1 LISOS hace referencia a las cláusulas obligacionales³⁵ de los convenios colectivos. Sin embargo,

³⁵ Según ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *DT*, 21^a, 2003, 928-929, el contenido obligacional o contractual de un convenio colectivo «está formado por las obligaciones que asumen las partes negociadoras *entre sí, y con eficacia a ellas limitada*, de carácter positivo (derechos y obligaciones de colaboración, participación y administración del convenio) y negativo, en el sentido, estas últimas, de que ambas partes se obligan a no realizar aquello que pueda impedir la vigencia del contenido normativo del convenio. Son, en su capítulo más importante, aunque no ciertamente único, los denominados *pactos de paz*, o el convenio colectivo en cuanto tal pacto, que nuestro Derecho de convenios colectivos asume, por virtud del cual, señaladamente, las partes proscriben temporalmente la huelga y el cierre empresarial durante la vigencia del convenio (...), quizá arbitran algún procedimiento para la solución pacífica entre ellas de las controversias que puedan surgir durante este tiempo, quizá también se sujetan, explícita o implícitamente, al ejercicio de acciones indemnizatorias por los daños y perjuicios que a una pueda ocasionarle el incumplimiento de la otra y, en general, asumen la obligación negativa, por sí y en cuanto representantes de los incluidos en la unidad de negociación, de no hacer nada que contradiga la vigencia del convenio o la positiva de «ejecución leal» de lo convenido a través de compromisos diversos y, en su caso, de “mecanismos de cooperación y colaboración”».

el art. 311, primero, —y también en la redacción anterior del art. 499 bis— no distingue entre cláusulas obligacionales o normativas de los convenios colectivos, cuestión ésta dudosa por la naturaleza de las cláusulas, pero segundo y más relevante no distingue entre convenios estatutarios y extraestatutarios³⁶, teniendo estos últimos, para la mayoría de la doctrina laboralista, naturaleza contractual. Por tanto, se puede sostener sin forzar el tenor literal de la norma penal, que también es fuente de derechos un convenio impropio o extraestatutario que regula condiciones de trabajo y que ya no tiene naturaleza normativa, sino contractual. Siendo esto así, es decir, que el sistema de fuentes parece ser distinto en la regulación laboral y en la penal y que en esta última no se atiende tanto a la naturaleza de la norma: normativa o contractual, como en la regulación laboral, se puede incluir el contrato de trabajo en el art. 311, y todo ello sin que sufra su naturaleza y el funcionamiento de la norma penal, porque no estamos ante una simple desobediencia, sino que la norma primaria del Derecho penal responde a otros objetivos y a otros fines que no la hacen incompatible con la alusión al contrato de trabajo y con las cláusulas obligacionales de los convenios. Estos fines *no se limitan a evitar conductas antijurídicas formalmente, como es el caso del ilícito administrativo laboral, sino a evitar conductas que presentan un contenido de antijuridicidad material*, es decir, dañosidad social, y, por tanto, desde estas premisas podría ser igualmente conveniente proteger los derechos de los trabajadores que nacen de una fuente contractual privada, si con ello se lesiona gravemente el bien jurídico.

Por último, siguiendo con la réplica a este argumento, quiero apuntar dos ideas más. En primer lugar, considero que el argumento de descoordinación del sistema penal con el sistema administrativo sancionador conectado a su vez con el principio de *ultima ratio* o de subsidiariedad sugiere peligrosamente una concepción accesorio del Derecho penal, ya que con este planteamiento el Derecho penal queda supeditado en cuanto a la cuestión de la fuente de derechos a lo que otra rama del ordenamiento jurídico haya regulado y además también ésta de naturaleza sancionadora, presentando al Derecho penal como un Derecho de segunda instancia. Pues bien, no se puede enarbolar la bandera de la subsidiariedad para convertir al Derecho penal en un Derecho de naturaleza accesorio. Ciertamente es que el Derecho penal es el último recurso al que hay que acudir³⁷, pero ello no le hace perder su carácter

³⁶ Se trata de convenios que viven fuera del marco legalista del Tít. III del ET (arts. 82 ss ET). No se ajustan a las exigencias de representatividad, composición de la comisión negociadora o en cuestiones procedimentales, por lo que se entiende que carecen de la eficacia personal *erga omnes* y poseen una eficacia personal reducida a los representados en la negociación. Cfr. por todos, ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *DT*, 21^a, 2003, 960 ss.

³⁷ Cfr., por todos, LUZÓN PEÑA, *DP PG I*, Madrid, Universitas, 1996, 82.

principal, sustantivo y autónomo. Precisamente acudiendo al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y al principio de fragmentariedad, estrechamente vinculado al principio de subsidiariedad, se puede sostener esa sustantividad del Derecho penal, pues estos principios dictan que el Derecho penal tiene como función proteger bienes jurídicos, pero además los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves. El cómo y cuándo se dan estas condiciones lo decide el propio Derecho penal con sus propios criterios políticocriminales³⁸. En consecuencia, el legislador ha podido considerar en el caso concreto que para proteger los derechos de los trabajadores ante ataques muy graves había que acudir a una lista de fuentes distinta a la LISOS y al art. 93 del ET, y ello sin conculcar el principio de subsidiariedad. Pero, en segundo lugar, la coordinación legislativa no se debe producir en este caso concreto con el Derecho administrativo sancionador, sino con el Derecho laboral. Y tal coordinación legislativa existe cuando el Estatuto de los Trabajadores en su art. 3.1 c) considera como fuente de la relación laboral el contrato de trabajo.

2.6. Todo este desarrollo crítico no supone llegar a la conclusión de que el principio de indisponibilidad de los derechos que propugna el art. 3.5 ET se ha reducido a una simple declaración formal. Muy por el contrario, entiendo que *el carácter de indisponibilidad³⁹ o de derecho necesario en el orden laboral sigue existiendo*, pues de lo contrario el art. 5.1 LISOS tendría que desaparecer o habría desaparecido, por su evidente inaplicabilidad, al no existir ya ninguna parcela reservada dentro del orden laboral a la regulación imperativa por parte del Estado y, por tanto, tampoco al ilícito administrativo laboral. En cambio, sí son menos las materias que se regulan por derecho necesario⁴⁰, ganando suavemente terreno, a través de la reforma laboral de 1994 y del fenómeno de la flexibilización, el poder empresarial y la autonomía privada. Planteando el carácter de indisponibilidad ahora en sus justos términos, habría que concluir que sigue existiendo un derecho de mínimos que tiene un carácter indisponible, tanto para el trabajador como para el empresario, por lo que podría seguir defendiéndose la descripción del bien jurídico como condiciones mínimas de los derechos del trabajador, pero a mi juicio, debido al punto en que se encuentra la regulación del mercado de trabajo, actualmente ello constituiría una **propuesta de lege ferenda**.

³⁸ Cfr. LUZÓN, *PG I*, 1996, 72.

³⁹ Reconocido expresamente por el ET, art. 3.5: «Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo».

⁴⁰ Cfr. NARVÁEZ BERMEJO, *Delitos*, 1997, 19 y *supra* 5.

2.7. En conclusión, desde el punto de vista del ordenamiento laboral, la relajación que se produce a través de la cesión de espacios a la autonomía privada y al pacto empresarial ha significado un retroceso en la aplicación del principio de indisponibilidad en determinadas materias. Ello debería conducir, por un efecto dominó, coherentemente a sostener e interpretar que la tutela penal también sería menor, ya que su ámbito de aplicación decrecería si entendemos que el bien jurídico protegido son las condiciones mínimas indisponibles que nacen de los derechos reconocidos a los trabajadores. Sin embargo, la intervención estatal, pese a ese comportamiento de retraimiento y contención —cediendo, en suma, ámbitos de poder— que adopta en el proceso de regulación en el ámbito laboral, se ha resistido a que este mismo efecto tuviese su reflejo en la tutela penal, y lo ha evitado con la introducción en el tipo de este nuevo elemento: el contrato de trabajo, el cual cobra un nuevo protagonismo por las materias que se han dejado dentro de su negociación y, por tanto, se configura como creador de derechos del trabajador; o sea, se ha *compensando la reducción del ámbito de la indisponibilidad en lo laboral con la ampliación de la tutela penal* a los derechos derivados del *contrato de trabajo*.

Por tanto, en mi opinión, el Estado ha querido que la flexibilización laboral no tuviese repercusiones en la protección penal, y para ello, el legislador con buen criterio ha introducido dentro del art. 311 CP el contrato de trabajo dentro de las fuentes creadoras de derechos de los trabajadores. Que determinadas materias que eran intocables, experimenten un proceso de apertura, quedando abiertas a la negociación, no extermina en ningún caso la concepción y naturaleza de la materia sujeta a negociación; es decir, se trata en todos los casos de *derechos de los trabajadores*. Así p. ej. no genera ningún tipo de duda el hecho de que el trabajador debe percibir una contraprestación por la hora extraordinaria trabajada, lo que es un derecho del trabajador, pese a que ahora el art. 35. 1 ET permita que por contrato individual se opte por abonar las horas extraordinarias o se compense por tiempos equivalentes de descanso retribuido. Por tanto, la indisponibilidad es un carácter del derecho, pero no lo que dota al derecho de tal carácter.

2.8. Por último, considero que *no se pone en peligro*, con la alusión al contrato de trabajo, las funciones del Derecho penal y *su carácter de ultima ratio*, y por tanto, tampoco entiendo que podamos hablar de una consecuencia más de la expansión del Derecho penal, con el contenido negativo que algunos autores utilizan y dan a esta expresión⁴¹. En este

⁴¹ Cfr. SILVA, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.^a ed, Madrid, Civitas, 2001, *passim*.

concretísimo caso, la novedad introducida en el art. 311 CP responde a un cambio de perspectiva que viene impuesto por las demandas del mercado laboral y que se deja sentir en el ordenamiento laboral. Pues bien, precisamente para mantener el mismo umbral de tutela penal ante los cambios producidos en la regulación laboral, es por lo que el legislador penal no ha tenido otro remedio que incluir el contrato de trabajo dentro de las fuentes de derechos. Creo que queda patente entonces que esta novedad no puede ser tildada de un gesto expansionista del Derecho penal y ni de un ataque al principio de intervención mínima, que lo debe regir, sino de un mantenimiento de los mismos índices de tutela penal en este ámbito, que no olvidemos que es esencialmente tuitivo para aquella parte que concurre a la negociación en una situación de objetiva debilidad. Por otra parte, aunque ya no puedan ser las condiciones mínimas de los derechos de los trabajadores el bien jurídico, debido al nuevo esquema estructural del mercado de trabajo, ello no puede servir como argumento para señalar que el bien jurídico queda desdibujado y con ello la interpretación del tipo y de las categorías dogmáticas de parte general: El bien jurídico puede seguir siendo básicamente el mismo, pero no tomado desde la perspectiva de mínimos garantizados; y además el tipo tiene otros ingredientes que también sirven para delimitar el ámbito de aplicación de la norma.