

DERECHO PENAL ESPAÑOL DEL TRABAJO: CONTENIDO Y SIGNIFICADO

Dr. JUAN MA. TERRADILLOS BASOCO *

1. INTRODUCCIÓN

En el derecho penal, como en tantos otros ámbitos, la entrada en vigor de la Constitución de 1978 ha obligado al legislador ordinario a un esfuerzo de adecuación de la normativa preconstitucional al nuevo orden que aquella conforma. Idéntico proceso adecuador se impone, por las mismas razones, a la labor interpretativa de los tribunales. Y todo ello, siguiendo las directrices impuestas por las resoluciones del Tribunal Constitucional¹.

Como quiera que en la realización de trabajo por cuenta ajena confluyen, en compleja interrelación, derechos de rango constitucional, no puede sorprender que el derecho penal aplicable a conductas que nacen y actúan en el seno de la prestación laboral haya sufrido importantes modificaciones.

La Constitución española, en efecto, no solo establece cuáles han de ser los criterios directores de la actuación del Estado en materia laboral². Consagra, además, una serie de derechos³ cuya protección compete de modo obligatorio, dado su carácter fundamental, al legislador ordinario.

* Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Cádiz (España).

¹ Creado por Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre. Vid. Constitución Española, arts. 159 a 165.

² Art. 40: "1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo. 2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados".

Art. 41: "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad..."

³ Art. 7: "Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos".

Art. 28: "1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las fuerzas o institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los

En el ámbito jurídico-laboral, este “modelo constitucional” encontró pronta traducción, sintetizada, principalmente, en el decreto-ley de relaciones laborales —tal como quedó redactado tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981—, en el Estatuto de los trabajadores⁴ y en la Ley Orgánica de Libertad Sindical⁵.

Quedó así legalmente configurado un conjunto de derechos del trabajador cuya tutela, al menos teóricamente, exigía bien la introducción en el Código Penal de nuevos delitos —tal es el caso de los arts. 177 bis o 348 bis a)—, bien la reforma de algunos artículos —p. ej. el 427—, bien la reinterpretación de otros, como el 222 o el 499 bis.

Estos preceptos, entre otros, conforman lo esencial del conjunto normativo que se viene designando como derecho penal del trabajo⁶, rama de contenido impreciso a la que con frecuencia se tiende a considerar como el conjunto de preceptos destinados a reforzar, mediante el recurso a la pena, los derechos que el ordenamiento jurídico atribuye al trabajador precisamente en consideración a su especial posición, siempre subordinada en la relación laboral.

Esta tendencia queda reforzada en un país como el nuestro, en el que la Constitución presta reconocimiento explícito a derechos de los trabajadores que con anterioridad había negado el sistema franquista, preocupado ante todo por garantizar, también dentro de la fábrica, el orden, o por dar respuesta, incluso burdamente, a los requerimientos de la producción.

Sin embargo, al pensar así, se cede a la tentación de creer en un ininterrumpido progreso histórico de las normas penales, que habrían dejado de ser instrumento de disciplina de las clases asalariadas para convertirse en medio de efectiva tutela de sus derechos. Y todo ello sin haberse producido más cambios que los que acabamos de apuntar, circunscritos al ámbito de la ley.

Pues bien, si profundizamos en la significación de las reformas penales post-constitucionales, podremos constatar cómo nuestro ordenamiento no ha puesto en

sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato. 2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”

Art. 35: “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

Art. 37: “...2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo...”.

⁴ Ley 8/1980, de 10 de marzo.

⁵ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto.

⁶ Sobre su concepto y función, vid. BAYLOS GRAU—TERRADILLOS BASOCO, “Controles institucionales al ejercicio del derecho de huelga. Las experiencias española y británica”, en *Civitas. Revista española de estudios de derecho del trabajo*, 1987 (28), pág. 592.

ejecución una transformación radical dirigida a brindar a los derechos del trabajador la efectiva tutela que su alto rango constitucional hoy reclama, sino que ha preferido orientarse a la protección del funcionamiento de los mecanismos básicos de pacificación social, aunque, eso sí, lo ha hecho, contrariamente a la política penal laboral franquista, partiendo del reconocimiento de la autonomía colectiva.

Los imperativos constitucionales se ven así reducidos y, en buena medida, “traicionados” en su traducción a la legislación ordinaria⁷, dirigida a defender la subsistencia y desarrollo de un determinado modelo de relaciones laborales y económicas, en la línea del más puro funcionalismo.

La probada inaplicabilidad de los artículos nominalmente destinados a tutelar esenciales derechos de los trabajadores, coexistentes con la vigencia de otros que, como el 222, penalizan lo que no son sino modalidades de ejercicio irregular del derecho fundamental de huelga, puede llegar en apoyo de lo dicho; pero bueno será proceder a análisis más detallados.

2. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO

El art. 499 bis, que responde a la rúbrica de “Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo”⁸, fue introducido por la ley 44 de 1971, de 15 de noviembre.

La reforma constituyó en este punto un paladino ejemplo de huida al derecho penal, en la medida en que pretendió suplantar, con la introducción del impropia-mente llamado “delito social”, una labor de autotutela de los trabajadores que el sindicato vertical no estaba en condiciones de asumir eficazmente.

El art. 499 bis solo resultó ser, pues, la manifestación de una constante de la política laboral y de orden público de los Estados autoritarios: criminalización de los instrumentos obreros de autotutela —fundamentalmente huelga y acción sindical— y simultánea protección de los derechos de los trabajadores acudiendo

⁷ Vid. sobre este tema, con carácter general, J. TERRADILLOS BASOCO, “Constitución y ley penal: la imposible convergencia”, en *Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1986, monográfico N° 11, págs. 651 a 665.

⁸ Art. 499 bis: “Será castigado con pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 600.000 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 sindicales. 2º. El que por cesión de mano de obra, simulación de contrato, sustitución o falseamiento de empresa o de cualquiera otra forma maliciosa suprima o restrinja los beneficios de la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales. 3º. El que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra o intervenga en migraciones laborales fraudulentas, aunque de ello no se derive perjuicio para el trabajador. El que en caso de crisis de una empresa hiciere ineficaces maliciosamente los derechos de los trabajadores incurrirá en las penas previstas en el artículo 519 de este Código. Cuando los hechos previstos en los números anteriores fueren realizados por personas jurídicas se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que los hubieren cometido o que, conociéndolos y pudiendo hacerlo, no hubieren adoptado medidas para remediarlos. En su caso procederá la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa”.

al derecho penal. Pero protección retórica, al fin y al cabo, en la medida en que queda confiada solo al derecho penal, no al sindical, y aun ello con técnicas que no se adecuan ni de lejos al objetivo pregonado.

Se trataba, pues, de un precepto que no presagiaba espectaculares resultados. Y ello no solo porque, en un sistema de represión sindical, no podía cubrir el objetivo sugerido por la mentada rúbrica, sino porque ni siquiera pudo cumplirse con su función enmascaradora, dado el escepticismo con que fue recibido por la doctrina y por los trabajadores afectados⁹. Hoy, transcurridos ya años suficientes como para poder valorar con perspectiva en qué medida se ha hecho uso de este medio de "huida al derecho penal", puede mantenerse idéntico escepticismo, basado en el hecho significativo de que en los diez primeros años de vigencia el Tribunal Supremo solo dictó cinco sentencias condenatorias en aplicación del art. 499 bis¹⁰.

Valorar la trascendencia real del art. 499 bis exige partir de las peculiaridades del bien jurídico protegido, porque, si no quedase caracterizado por notas específicas, hubiera bastado para proteger a los sujetos pasivos con el recurso a los tipos tradicionales como estafas, coacciones o falsedades¹¹. Pero la relación laboral coloca a las partes en situación de desigualdad que la ley no puede desconocer: en consecuencia no es la libertad y seguridad del trabajador lo que se tutela, sino que se pretende garantizar el respeto a las condiciones mínimas generales de trabajo¹². Generales por su fuente de procedencia, y mínimas porque por encima de ellas desaparece la protección penal del art. 499 bis, aunque puedan aplicarse otros. De este modo, una vez garantizado el re-equilibrio de una relación por naturaleza desigual como es la laboral —y esa sería la tarea de este artículo—, carece de sentido dispensar al trabajador una protección específica, distinta de la que se brinda a los demás ciudadanos.

La naturaleza institucional-colectiva del bien jurídico tutelado queda, sin embargo, preterida a la hora de seleccionar la entidad de la pena. Esta, con excepción de las crisis fraudulentas de empresas, es la de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas. Su carácter irrisorio ha sido reiteradamente denunciado por la doctrina: si los derechos derivados de la prestación laboral gozan de menor protección que los intereses puramente patrimoniales, es obvio que se está subvertiendo el orden axiológico impuesto por la Constitución. Y si se desciende a un plano más concreto, podrá presumirse el nulo poder intimidatorio de un arresto que, median-

⁹ Vid. E. GIMBERNAT ORDEIG, "La reforma del Código Penal de noviembre de 1971", en *Estudios penales*, 2ª ed., Madrid, 1981, pág. 52.

¹⁰ I. AYALA GÓMEZ, "Observaciones críticas sobre el delito social", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1986, monográfico núm. 6, pág. 38; J. GARCÍA MURCIA, "Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo y su aplicación jurisprudencial", en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, 1981 (8), pág. 467, núm. 57.

¹¹ F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, parte especial, 6ª ed., Sevilla, 1985, pág. 165; M. BAJO FERNÁNDEZ, "Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo", en *JUECES PARA LA DEMOCRACIA* (ed.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Santiago de Compostela, 1985, pág. 116.

¹² Sobre la caracterización jurisprudencial del bien jurídico protegido, vid. GARCÍA MURCIA, "Delitos contra...", cit., pág. 460.

te el recurso a la remisión condicional de la pena, no se cumplirá prácticamente nunca, y de una multa que quedará compensada con creces por los beneficios derivados de los delitos cometidos.

Pero no solo se trata de una pena irrisoria, pues también constituye un auténtico privilegio. En efecto, cuando el ataque al bien jurídico institucional, que el art. 499 bis protege, viene acompañado de falsedades, coacciones o fraudes, lo lógico sería acudir a las normas que regulan el concurso de delitos. De otro modo se desconoce una parte de lo injusto inherente a la conducta¹³. Sin embargo; no ha sido esta la vía seguida por la ley (art. 499 bis, párrafo segundo), ni por los tribunales, que, con contadas excepciones¹⁴, han preferido castigar solo el delito "social" o solo los delitos "medio", pero estimando en ambos casos concurso de leyes.

Ante lo que suponía, y supone, un auténtico dislate, el art. 356.4 del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 acogía parcialmente la tesis aquí propuesta, al disponer el castigo "de los que hagan ineficaces los derechos de los trabajadores prevaleándose de la crisis de la empresa o provocando fraudulentamente aquella, sin perjuicio de castigar, en su caso, la insolvencia punible". Pero la propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983-84 —art. 288.4—, en evidente retroceso, vuelve, para el mismo caso, al concurso de leyes y, con ello, al absurdo privilegio.

A este privilegio general se añade la impunidad del administrador o encargado de la empresa individual que realiza la conducta del número primero, ya que, a pesar de bienintencionados esfuerzos interpretativos, lo cierto es que no tienen, como exige el tipo, "trabajadores a su servicio". Estos solo los tiene el empresario¹⁵.

Resumiendo, pues, puede negarse toda virtualidad a una protección penal de la libertad y seguridad en el trabajo, reforzada con una pena de mínima entidad, que puede ser eludida y que, finalmente, puede significar un auténtico privilegio criminógeno.

3. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD EN EL TRABAJO

El art. 40.2 de la Constitución establece que "los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo". Sin duda este es uno de los datos que tuvo en cuenta el legislador para introducir, en la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983, un nuevo precepto: el art. 348 bis a)¹⁶, y para reformar el

¹³ Vid. L. ARROYO ZAPATERO, "Los delitos contra los derechos de los trabajadores", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1972, pág. 307.

¹⁴ BAJO FERNÁNDEZ cita las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1976 y 30 de abril de 1980.

¹⁵ En este sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, cit., pág. 159; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, parte especial, 9ª ed., Madrid, 1983, pág. 331.

¹⁶ Art. 348 bis a): "Los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuran las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 150.000 pesetas".

427¹⁷, tal como se explicita en la Exposición de Motivos de la ley reformadora, que reconoce implícitamente la ineficacia de este último.

Ciertamente, no puede extrañar la ineficacia de un precepto "inédito", prácticamente inaplicado por los tribunales en más de 40 años de vigencia formal¹⁸, que ya en sus orígenes mereció acerba crítica doctrinal por responder a técnica "poco afortunada...", a espaldas de los más elementales principios de la ciencia penal y de su propia sistemática, amalgamando bienes jurídicos de distinta naturaleza y exigiendo para la existencia del delito la concurrencia de tales elementos que es muy difícil —casi imposible— que pueda aplicarse¹⁹.

En efecto, la polémica doctrinal sobre la naturaleza del delito, concebido como doloso de peligro²⁰, de resultado²¹, doloso eventual²², culposo²³, etc., no ha logrado imponer una fórmula interpretativa que haga aplicable el art. 427 al margen de lo dispuesto en los arts. 420 a 422 y 565.

No puede extrañar, en consecuencia, que la magistratura se haya inclinado por preferir la aplicación del art. 565, lo que es tanto como admitir paladinamente que, frente a las lesiones laborales, se carece de una protección penal específica.

Precisamente a cubrir ese vacío ha llegado el art. 348 bis a), un tipo de peligro que eleva la seguridad en el trabajo a la categoría de bien jurídico autónomo.

La situación de hecho con la que se encuentra el nuevo precepto no puede ser más preocupante: durante los últimos diez años han muerto en España, en accidentes de trabajo, 26.299 trabajadores y 209.690 han sufrido lesiones graves²⁴. Las consecuencias económicas de esta alta cuota de siniestralidad no son menos elocuentes: según los cálculos de la OIT, el costo anual de los accidentes de trabajo en España sobrepasaría con creces el billón de pesetas²⁵.

Ante estas cifras, el legislador no podía permanecer impasible sin traicionar el mandato constitucional precitado, y de nuevo acude al derecho penal.

¹⁷ Art. 427: "Las penas señaladas en los artículos 420 a 422, en sus respectivos casos, serán aplicables a los que por infracciones graves de las leyes y reglamentos de seguridad e higiene en el trabajo ocasionen quebranto apreciable en la salud o en la integridad física de los trabajadores".

¹⁸ L. ARROYO ZAPATERO, "Lesiones a los trabajadores", en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, v. 2º, Madrid, 1985, pág. 920; sobre las contadísimas e irrelevantes excepciones, cfr. J. M. RIVERA HERNÁNDEZ, *La protección penal de los derechos laborales reconocidos en la Constitución*, Madrid, s/d, pág. 18.

¹⁹ J. M. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *Nuevo delito de infracción de leyes de trabajo*, Madrid, 1951, pág. 13.

²⁰ A. BERISTAIN IPIÑA, "Observaciones acerca de las lesiones en el derecho penal español y comparado", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1971, págs. 32-34.

²¹ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal* ..., cit., pág. 143.

²² ARROYO ZAPATERO, "Lesiones...", cit., págs. 928 a 931.

²³ J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, parte especial, Barcelona, 1986, pág. 80.

²⁴ Cfr. A. C. CARCOBA, *Condiciones de trabajo y salud en España*, ed. dactilografiada del Gabinete de Salud Laboral de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Madrid, 1986, pág. 1.

²⁵ Cfr. CARCOBA, *Condiciones...*, cit., pág. 4.

No puede prejuzgarse la corrección de la vía elegida, pero sí puede recordarse que el art. 427 había quedado "inédito". Y ha de añadirse a este dato el hecho de que en el período 1982-1985 —que coincide en buena medida con la vigencia del 348 bis a)—, mientras que la población ocupada disminuyó un 5,3%, los accidentes de trabajo aumentaron un 36,9%²⁶.

La inidoneidad preventiva del precepto no es solo atribuible a la técnica seguida por el legislador penal: las causas de la siniestralidad laboral y, por tanto, la búsqueda de medios de prevención y control, radican en ámbitos lejanos y previos al penal. El siguiente dato, entre otros, es suficientemente elocuente: el 82% de los fallecidos por accidente laboral en las actividades de construcción, madera, textil y hostelería en el año 1985 y primera mitad de 1986, eran trabajadores temporales con contratos de entre tres y seis meses de duración. "Esta modalidad de contrato... lleva a situaciones desesperadas a los trabajadores, que prefieren poner en peligro su vida o salud, antes que perder su empleo"²⁷.

Pero si bien es cierto que el grueso de la lucha contra la siniestralidad laboral no puede confiarse a la ley penal, no lo es menos que esta tampoco ha agotado sus posibilidades. El art. 348 bis a), recoge un tipo de peligro, tradicionalmente entendido como medio de acentuar la presión preventiva, en la medida en que se adelantan las barreras de la protección legal²⁸. Nuestro legislador, sin embargo, ha introducido criterios restrictivos del ámbito de lo típico, tan importantes que ha podido decirse que "tienden a hacer ineficaz el precepto"²⁹.

Entre estos criterios se destaca el hecho de que solo es punible la creación de peligro para la vida o la integridad física de los trabajadores. El riesgo de intoxicaciones, de pérdidas funcionales, de desequilibrios psíquicos, etc., es atípico. La salud queda postergada como consecuencia de una grosera opción legislativa orientada únicamente a la defensa de la fuerza de trabajo como mera capacidad de producción.

Por su parte, la pena aplicable habla por sí sola de la valoración que al legislador ha merecido lo que denomina "seguridad en el trabajo", la cuantía de la multa —de 30.000 a 150.000 ptas.— es una invitación a tentar la suerte, lo que unido a la manifiestamente mínima utilización del artículo justifica la peyorativa calificación que la doctrina ha hecho del mismo como precepto *ad exhibendum*³⁰.

4. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SINDICAL Y EL DERECHO DE HUELGA

El art. 177 bis del Código Penal³¹, introducido por la Ley Orgánica 8 de 1983, responde al objetivo, declarado en la Exposición de Motivos de esta, de "...proteger,

²⁶ CARCOBA, *Condiciones...*, cit., pág. 1.

²⁷ CARCOBA, *Condiciones...*, cit., pág. 6.

²⁸ Vid. el comentario que sobre la técnica elegida realiza ARROYO ZAPATERO, "Delitos contra la seguridad en el trabajo", en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, v. 2º, Madrid, 1985, pág. 846.

²⁹ BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal...*, cit., pág. 302.

³⁰ J. MA. MENA ÁLVAREZ, "Virtualidad práctica del artículo 348 bis a)", en JUECES PARA LA DEMOCRACIA (ed.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Santiago de Compostela, 1985, pág. 50.

³¹ Art. 177 bis: "Los que impidieren o limitaren el ejercicio legítimo de la libertad sindical o del derecho de huelga, serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas".

por vía de amenaza contra los ataques que se les dirijan, la libertad de sindicación y el derecho de huelga, a fin de garantizar su libre ejercicio”³².

La novedad más importante que incorpora el citado precepto es el cambio de perspectiva que supone frente a la legislación anterior, falsamente tuitiva. En este punto, el Código asume su papel de *ultima ratio*, pues parte, con los arts. 7 y 28 de la Constitución, de que la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores debe confiarse, prioritariamente, a los sindicatos y de que la huelga es el instrumento más importante de que disponen aquellos en su lucha por alcanzar estos objetivos. El Código Penal, consecuentemente, afronta la defensa de los medios de autotutela que a los trabajadores brinda el ordenamiento jurídico propio del Estado social y democrático de Derecho.

Con ello se pretende garantizar la actuación sindical en defensa no solo del eficaz cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el empresario, sino también en prenda de la “participación en los procesos de promoción y distribución de la riqueza, globalmente considerados”³³.

Pero hay que dudar de que el objetivo se haya buscado con todos los recursos que el legislador tuvo al alcance de la mano. Más bien hay que pensar que se trata de una reforma dirigida no tanto a proteger el bien jurídico al que se alude, como a dar una respuesta formal, de escasa viabilidad, a una exigencia de la Constitución, cual es la derivada de sus arts. 7, 9.2, 28 y 37.

Bastaría, para justificar la duda sobre la eficacia del art. 177 bis, con observar el número de sentencias condenatorias dictadas en aplicación del mismo: la primera, del Juzgado de Instrucción núm. 3 de los de Pontevedra, tiene fecha de 18 de abril de 1985³⁴.

La fórmula del Código —“los que impidieren o limitaren”—, tan amplia como ambigua, parece haber querido incriminarlo todo, pero abre también la vía para que nada se persiga, ya que su vaguedad carga a los jueces con la obligación, que en sus pautas generales debió haber asumido el legislativo, de jerarquizar la gravedad de las diversas infracciones. No es lo mismo no instalar el reglamentario tablón para información sindical, que crear en el seno de la empresa un sindicato amarillo bajo control del empleador o despedir por razones de militancia sindicalista.

En ausencia de esas pautas se viene reivindicando tanto por la doctrina como por la magistratura³⁵ la referencia a los criterios suministrados por los convenios 87 (1948), 98 (1949) y 135 (1971) de la Organización Internacional del Trabajo,

³² Sobre el marco jurídicopenal del derecho de huelga, vid. BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, “Controles...”, cit., págs. 620 a 623.

³³ J. M^a. TERRADILLOS BASOCO, “Delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga”, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, v. 2^o, Madrid, 1985, pág. 665.

³⁴ Vid. BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, “Protección jurídico-penal de la libertad sindical y el derecho de huelga”, en *Relaciones laborales*, 1986, (1), pág. 38.

³⁵ La sentencia 78/1982, de 20 de diciembre del Tribunal Constitucional, impone la obligación de atenerse a los acuerdos internacionales “...Para interpretar el alcance del derecho a sindicarse y de la libertad sindical que consagra el artículo 28.1 de la Constitución”.

según los cuales deben considerarse infracciones graves los despidos, no admisiones y sanciones por motivos sindicales, la creación de sindicatos amarillos en la empresa, el falseamiento de datos sobre servicios esenciales, etc.

Más idónea podría ser la detallada jerarquización de infracciones y sanciones en el ámbito laboral, recogida hoy por el proyecto de ley de infracciones y sanciones en el orden social³⁶, a la que, implícita o explícitamente, podría remitirse el Código Penal, castigando las más importantes de las calificadas como muy graves. Si el proyecto llegara a ser derecho positivo sería aconsejable retocar el art. 177 bis, que, adaptándose a la terminología de aquel, debería comenzar su texto con la frase “Los que, por infracción grave en materia laboral...”. De este modo, al igual que ocurre en otros artículos del Código, p. ej., el 348 bis a), se acotaría la materia sobre la que el juez penal ha de pronunciarse facilitándole la tarea dentro del respeto a los principios de certeza y seguridad.

Pero mucho es de temer que la solución correcta no llegará tampoco por esta vía, ya que, aunque el proyecto distingue entre infracciones leves, graves y muy graves, en la enumeración de estas (art. 8) aparece el mero retraso reiterado en el pago del salario, junto a graves ataques al contenido esencial de las libertades sindicales y del derecho de huelga que constituyen, a todas luces, materia delictiva.

Este temor se ve fortalecido por la sospecha de que no existe una decidida voluntad política de defensa de los derechos sindicales, de los que es teórico baluarte el art. 177 bis. Por el contrario, lo que sí ha existido es la voluntad política de intervenir frente a ellos recortándolos. Así ocurre cuando se acude generosamente a la posibilidad de condicionar el derecho de huelga mediante la imposición, por parte de la autoridad gubernativa, de servicios mínimos esenciales al margen del procedimiento previsto al efecto, o cuando se obliga a la realización de estos servicios al mismo número de trabajadores que los que ordinariamente los realizan. En todos estos casos se viola absolutamente, según tienen declarado los tribunales, el contenido esencial del derecho de huelga. Sin embargo, nunca se ha procedido a perseguir estos hechos como delitos. Y no solo eso: se ha llegado a amenazar a los trabajadores afectados con la aplicación del art. 222, considerándolos autores de un delito de sedición.

Este tipo de utilización conjunta de la norma penal y de la gubernativa revela la permanencia del razonamiento jurídicopositivo, que no ve en la huelga ni un derecho esencial ni siquiera un mecanismo de pacificación social inherente a un modelo económico, sino un ataque, inevitable a veces, a la sociedad y el Estado. Según ello, este habría de intervenir mediante sus mecanismos punitivos para garantizar el “orden público” laboral, concebido como continuidad en la producción.

Es en este contexto en el que hay que valorar la pervivencia del art. 222³⁷, el delito de huelga sediciosa. La tradicional interpretación de este precepto llevaba

³⁶ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 19 de agosto de 1987.

³⁷ Art. 222: “Serán considerados como reos de sedición: 1^o, Los funcionarios públicos encargados de la prestación de todo género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad que, suspendiendo su actividad, ocasionen trastorno a los mismos, o, de cualquier forma, alteren su regularidad. 2^o, Los patronos y obreros que, con el fin de atentar contra la seguridad del Estado, perjudicar su autoridad o perturbar su normal actividad, suspendieren o alteraren la regularidad del trabajo”.

a la consideración de delictiva de toda huelga de funcionarios, lo cual choca frontalmente con lo dispuesto en el art. 28.2 de la Constitución.

Para salvar la confrontación, la conocida sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 afirmó la constitucionalidad del citado art. 222, al sentar que se requiere la concurrencia de un "dolo específico" dirigido a atacar la seguridad del Estado. Ello ha hecho pensar a algún autor³⁸ que, en la práctica, se obtendrán los mismos resultados que con la derogación del número 1º.

Pero lo cierto es que acudir a la ausencia de elementos subjetivos para negar la responsabilidad penal de lo que no es sino ejercicio de un derecho fundamental, no deja de ser una solución-parche, que, como tal, nada soluciona³⁹. El precepto sigue vigente y sigue constituyendo un mecanismo intimidante frente al derecho de huelga, y así lo han demostrado en la práctica tanto decisiones administrativas⁴⁰, como judiciales⁴¹.

Las anteriores consideraciones permiten concluir que también en el marco del Derecho Penal del trabajo los imperativos constitucionales, o no han sido suficientemente desarrollados, o se ignoran paladinamente. Tal como decíamos al comienzo de este trabajo, la traducción —a la legislación ordinaria, en este caso— se identifica, una vez más, con la traición al original. Sugerir caminos hacia la correspondencia entre ambos órdenes supondría responder a interrogantes que exceden el ámbito de este trabajo. Pero es competencia del penalista interesarse por la corrección técnica de las normas que estudia, desde el punto de vista de la función que se les asigna, ya que no siempre se adecuan los preceptos penales a la misión que se les atribuye. Ni esta es siempre la declarada.

SECCIÓN DE CRIMINOLOGÍA

³⁸ L. ARROYO ZAPATERO, "Responsabilidad penal en la huelga y el cierre patronal", en COBO DEL CORRAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, II, Madrid, 1983, págs. 215-216.

³⁹ Vid. BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, "Controles...", cit., págs. 626 a 628.

⁴⁰ Resoluciones del delegado del gobierno en Madrid, de 2 de noviembre de 1984 —huelga en el Insalud— y de 17 de junio de 1985 —huelga de la Empresa Municipal de Transportes—.

⁴¹ Sentencia de 2 de octubre de 1985 de la Audiencia Provincial de Sevilla, condenatoria del alcalde que había ordenado la suspensión de la actividad municipal para protestar por la insuficiencia de los fondos para paliar el desempleo. Vid. más detalladamente, BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, "Controles...", cit., págs. 624 a 626.