

LA CRIMINALIZACIÓN DE LA AYUDA A LOS TRABAJADORES INMIGRANTES IRREGULARES*

The criminalization of assistance to irregular immigrant workers

María Dolores García Fuentes**

Recibido: 26 de mayo de 2017

Aprobado: 16 de junio de 2017

Para citar este artículo / To cite this article

García, F., María, D. (2017) La criminalización de la ayuda a los trabajadores inmigrantes irregulares. Revista Alma Mater, 13 (2), pp. 10 - 21.

Resumen

El artículo tiene como propósito analizar el art. 311. Bis a) del Código Penal Español, evidenciando las connotaciones que este tiene con referencia a los trabajadores inmigrantes, toda vez que el tipo delictivo, podría configurar un conflicto social, en cuanto se penaliza a las personas que ofrezcan trabajo a personas inmigrantes en estado de irregularidad; por su parte los empleadores ofrecen estos trabajos, con el fin de ayudar a los inmigrantes para que sobrevivan dignamente, teniendo en cuenta que en su mayoría, la calidad de irregular obedece a retrasos de la misma administración pública del Estado en los procesos de renovación de permisos de trabajo, dejando a estas personas en condición de indefensión.

Palabras clave:

Inmigrante irregular, permiso de trabajo, derechos de los trabajadores.

Abstract

The article aims to analyze the art. 311. Bis a) of the Spanish Penal Code, evidencing the connotations that this has with reference to immigrant workers, since the criminal type could configure a social conflict, as soon as people who offer work to irregular immigrants are penalized; On the other hand, employers offer these jobs, in order to help immigrants to survive with dignity, taking into account that most of them, the irregular quality is due to delays of the same public administration of the State in the renewal processes of work permits, leaving these people in a defenseless condition.

Keywords:

Irregular immigrant, work permit, workers' rights

* Trabajo clasificado como artículo de resultado de reflexión. Desarrollado en el marco de la investigación del V Congreso Iberoamericano y Europeo. España.

** Licenciada en Derecho y Criminología. Abogada Fiscal Sustituta en la Comunidad de Madrid. Correo electrónico:

INTRODUCCIÓN

El presente estudio trata de realizar una visión actual, objetiva y clara, sobre cómo se castiga actualmente a través del art. 311.bis a) del Código Penal la solidaridad hacia las personas que están en situación irregular en nuestro país. Condenando a aquellas personas que reiteradamente faciliten un puesto de trabajo, un sustento para vivir de forma digna y tratar de que también vivan dignamente aquellos que dependen de él.

Analizaremos este nuevo tipo delictivo tanto desde el punto vista jurídico como social, ya que vetar incluso con sanción penal el hecho de proporcionar una actividad laboral, conlleva a relegar a estas personas a una situación de marginalidad, en la que el inmigrante irregular se verá atrapado.

En el Título XV del Código Penal Actual¹ denominado “De los Delitos contra los Derechos de los Trabajadores” se condenan conductas de explotación de personas que se encuentran en situación de necesidad, arts. 311, 312, 313, 315, 316, 317 y 318, sin embargo con el estudio del art. 311 bis a) comprobaremos como el legislador, amparándose en la defensa de los derechos de los trabajadores, y con la finalidad de evitar la imposición de condiciones laborales perjudiciales, lo que penaliza en realidad, es el mero incumplimiento de una cuestión administrativa, la falta de permiso para trabajar.

No disponemos todavía de Sentencias referentes a este tipo delictivo, por lo que su estudio quedará abierto a la interpretación jurisprudencial de términos como “contratar reiteradamente”, que sin duda alguna se producirán en breve.

Por el momento, este breve estudio comienza con un marco teórico en el que se analiza el bien jurídico protegido en los delitos contra los derechos de los trabajadores y en particular en el art. 311 bis a) del Código Penal, la figura del trabajador irregular en nuestro país y si dispone de algún derecho a nivel laboral, para posteriormente abordar el análisis del iter criminis desglosando las figuras del sujeto activo, sujeto pasivo, la conducta típica y el elemento subjetivo. Y todo ello, para llegar a una serie de conclusiones muy interesantes que expondré al final del presente estudio.

1. FUNDAMENTO TEÓRICO

El bien jurídico protegido en los Delitos contra los derechos de los trabajadores

Los Delitos contra los derechos de los trabajadores se encuentran situados en el Título XV del Libro II del Código Penal. La especificidad del bien jurídico protegido a través de estos delitos, ha llevado al legislador a separarlos respecto de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, consiguiendo determinar, que el bien jurídico protegido, pese a estar íntimamente relacionado con intereses patrimoniales y por tanto afectar al sistema económico, corresponde más concretamente a la salvaguarda de los derechos concretos de los trabajadores.

Es importante este análisis puesto que a través de estas tipologías delictivas se trata de proteger “Derechos Indisponibles” por sus titulares, cosa que no ocurriría si el bien jurídico protegido fuera de carácter patrimonial.

Tampoco podemos olvidar el carácter supra individual de los intereses tutelados mediante estos delitos, pues no solo tratan de proteger la vida o salud del trabajador individualmente considerado, sino que también tratan de proteger un interés colectivo en el respeto a los trabajadores.

¹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

El primer artículo de este Título, art. 311 del CP, se refiere a la imposición de condiciones ilegales de trabajo a cualquier trabajador, sin distinguir si se encuentra en una situación irregular o no en nuestro país, aunque si hace mención expresa a la situación de necesidad que puede sufrir el trabajador y como ello le puede llevar a acceder a trabajar en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos reconocidos por disposiciones legales, convenios o contrato individual. Como ha señalado la Jurisprudencia *“el llamado derecho penal laboral, del que el artículo 311 es elemento central, sanciona fundamentalmente situaciones de explotación que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores”* (Sentencia 995/2000, de 30 de junio, del Tribunal Supremo, Sección Segunda, recurso 3947/1998).

Tradicionalmente se ha considerado que los derechos de los trabajadores deben ser objeto de la máxima protección, como es la penal, sin embargo en el art. 311 bis a), cuya redacción es breve, clara, y sin ambigüedad alguna, no se castiga ninguna situación de abuso o explotación, sino que se castiga lo que podríamos llamar *“ comportamientos solidarios”*, empleando a trabajadores irregulares.

En este sentido, si partimos de la idea de que mejorar la situación de las personas que conviven a nuestro alrededor denotan la calidad humana de la sociedad en la que nos desenvolvemos, con el nuevo art. 311 bis a) se exige un comportamiento tendente a impedir cualquier inserción laboral a los trabajadores irregulares

El Ordenamiento Jurídico y en concreto el Derecho Penal nos enseña cuales son los bienes jurídicamente protegidos, los que merecen tutela y qué conductas deben ser castigadas por representar un ataque hacia ellos. Pues bien, si la hospitalidad o el ayudar a trabajadores irregulares, que debería ser considerado como una virtud, pasan a estar proscritos en nuestro Ordenamiento Jurídico, deberíamos preguntarnos hacia qué tipo de sociedad caminamos.

En cambio, por otro lado, se llevan a cabo campañas institucionales contra el racismo y la xenofobia, como señala la Dr. Tapia Ballesteros² *“España, así como los demás países del Norte, otorga respuestas antagónicas porque ha desarrollado una normativa jurídico-penal que busca, por un lado, proteger su sistema socio-económico y, por otro proteger los derechos fundamentales que se ven afectados por estas prácticas y que se ha comprometido a respetar y a garantizar en convenios y Tratados Internacionales, así como en la propia Constitución”*.

A nivel internacional podemos señalar como el Convenio de la Organización Internacional de Trabajadores, sobre Trabajadores Migrantes (revisado en 1949) ratificado por España el 21 de marzo de 1997, dispone en su art. 4 que *“ Todo Miembro deberá dictar disposiciones, cuando ello fuere oportuno y dentro de los límites de su competencia, con objeto de facilitar la salida, el viaje y el recibimiento de los trabajadores migrantes”*.

A nivel nacional el artículo 14 de la Constitución Española de 1978³ (en adelante CE), recoge el principio de no discriminación. Dicho precepto dispone que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. El artículo 35.1 del mismo texto legal, establece las condiciones laborales mínimas. Este precepto dispone que *“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”*.

2 TAPIA BALLESTEROS,P. *“ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: ¿por fin una tutela para la persona <no nacional> en el ordenamiento jurídico penal español? ”* Diario L Ley, N° 8597, Sección Doctrina, 3 de septiembre de 2015, Ref. D-314, Editorial La Ley.

3 Constitución Española. Publicado en: BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978

Por otro lado, el artículo 3.1 del Estatuto⁴ de los Trabajadores en adelante (ET) dispone que “los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado. b) Por los convenios colectivos. c) Por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados. d) Por los usos y costumbres locales y profesionales”. Y en el apartado 5 del artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores se establece que “los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo”.

El art. 3.1 de la Ley de extranjería⁵, en adelante (LOE) señala que “Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”. Y en el punto 2. señala “Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas”. Considera, por tanto, que los extranjeros pueden ejercitar su derecho y deber de trabajar, en las mismas condiciones que los españoles y además se prohíbe que se les discrimine. Sin embargo, los extranjeros, necesitan para poder trabajar, obtener la correspondiente autorización administrativa y el permiso de residencia, así el art. 10.1 ET dispone “ Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”.

El art. 3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en adelante (TRLISOS) dispone: “1. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.

2. 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.

3. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.

4. La comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador, a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal”.

⁴ 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.

⁵ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En la misma línea la Instrucción 7/1991, de 11 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación en los supuestos de infracción contra el orden social dispuso que "de conformidad con establecido en el art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con lo prevenido en el art. 3.1 del TRLISOS sobre infracciones en el orden social, en los supuestos en que las infracciones constatadas pudieran ser constitutivas de delito, la Administración trasladará el expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia o previamente sea archivado por el Fiscal; y una vez recibido por la Fiscalía el expediente remitido por la autoridad laboral, en virtud de lo establecido en el art. 5 de su Estatuto Orgánico y 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, iniciará las correspondientes Diligencias de investigación, a cuyo fin la autoridad laboral presentará el auxilio necesario.

Con la lectura de estos preceptos legales se pone de manifiesto que si bien actualmente contamos en España con un Estado social y democrático de derecho, los derechos laborales de aquellos ciudadanos extranjeros que se encuentren en situación irregular son nulos. Por tanto antes de la entrada en vigor del art.311 bis a) del Código Penal la falta de documentación a la hora de contratar a un ciudadano extranjero suponía una infracción administrativa grave para el trabajador⁶ y muy grave para el empleador⁷, pero actualmente puede llegar a sancionarse penalmente, eso sí, sólo al empleador.

Se trata de cerrar cualquier vía posible a un trabajo digno, para aquellos que carecen de permiso de residencia y trabajo.

Qué entendemos por trabajador irregular en nuestro país

La LO 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, en el punto IV de su exposición de motivos señalaba que su objetivo era "incentivar a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad frente a la entrada y estancia irregular". La exposición de motivos de la LO 14/2003⁸ vuelve a repetir que la mejora de la gestión que establece tiene "el fin de favorecer la inmigración legal y la integración de los extranjeros que, de esta manera, accedan y residan en nuestro territorio". Conviene recordar que ya la LO 7/1985 de 1 de julio, sobre "Derechos y libertades de los extranjeros en España", señalaba en su exposición de motivos que "*Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Pero al mismo tiempo, y en prevención de las alteraciones de la pacífica convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones*".

Esta es la idea que se ha seguido manteniendo en nuestro país, evitar que se produzcan entradas fuera de los cauces legales y medidas de expulsión para aquellos que se encuentren de forma irregular en el territorio español.

La Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada mediante Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre consolida la redacción de su art. 36 en los siguientes términos: "*1. Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se*

⁶ Art. 53.1.b) del ET " Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida".

⁷ Art. 54. 1. d) del ET " La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito".

⁸ Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente.

2. La eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social. La Entidad Gestora comprobará en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad.

3. Cuando el extranjero se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, la concesión de la autorización se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente y, si las leyes así lo exigiesen, a la colegiación.

4. Para la contratación de un extranjero, el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización.

5. La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo.

Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero.

6. En la concesión inicial de la autorización administrativa para trabajar podrán aplicarse criterios especiales para determinadas nacionalidades en función del principio de reciprocidad.

7. No se concederá autorización para residir y realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, a los extranjeros que, en el marco de un programa de retorno voluntario a su país de origen, se hubieran comprometido a no retornar a España durante un plazo determinado en tanto no hubiera transcurrido dicho plazo.

8. Reglamentariamente se determinarán las condiciones y requisitos para hacer posible la participación de trabajadores extranjeros en sociedades anónimas laborales y sociedades cooperativas.

Si ponemos en relación este artículo con la situación de los movimientos migratorios que se llevan produciendo en España en los últimos tiempos, podemos afirmar que la mayoría de ciudadanos extranjeros no llegan a nuestro país cumpliendo los requisitos de legalidad que establece el extenso art. 36 del a LOE, sino que lo hacen como turistas y una vez transcurrido el periodo de 3 meses de estancia, se convierten en extranjeros irregulares y por otro lado los que acceden directamente de forma ilícita a territorio nacional.

¿Pero en realidad una regulación como la que estamos examinando, puede ser el instrumento adecuado para frenar la entrada de ciudadanos extranjeros?

Evidentemente por muy prolija que sea la Ley y que con las sucesivas reformas se trate de añadir más trabas para la entrada legal de ciudadanos extranjeros, tenemos que ser realistas, los movimientos migratorios no se van a frenar con las diferentes leyes de extranjería de los países de recepción, ni siquiera con las políticas migratorias llevadas a cabo por la Unión europea⁹,

⁹ Directiva 2009/52/CE Normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

las cuales se han centrado sobre todo en limitar la entrada de ciudadanos de terceros países y establecer fronteras eficaces que eviten la inmigración ilegal. Y por otro lado, diferenciar claramente la integración del inmigrante en situación legal, del irregular, tratando de proteger el mercado laboral interno y asegurarse la integración entre inmigrantes y autóctonos¹⁰.

También tenemos que hacer referencia, dentro de nuestro panorama nacional, a la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de noviembre de 2006 “por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación” que refleja la diferencia que veníamos señalando entre trabajador extranjero legal e irregular, impidiendo cualquier acceso al trabajo de aquel que carece de permiso, lo que dará lugar a una situación de marginalidad, máxime cuando el acceso al trabajo constituye una parte fundamental del proceso de integración. En su artículo 1º dispone que pueden inscribirse como demandantes de empleo solo *“los extranjeros que en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado de trabajo”*.

Y en su artículo 2, al enumerar los *“documentos acreditativos que dan derecho de acceso al mercado de trabajo”* exigiendo siempre la *“autorización de residencia”*, además de estar *“en posesión de una autorización administrativa para trabajar o bien, no estando en posesión de ella, y encontrándose legalmente en España, estar en condiciones de acceder a ella”*.

Pero ¿qué ocurre cuando la situación de irregularidad del trabajador extranjero deviene durante el periodo de contratación, bien por expiración del permiso de trabajo, bien por su no renovación o bien por denegación de ésta?

En estos supuestos el trabajador deberá comunicar inmediatamente al empresario su situación administrativa, pues de lo contrario podría incurrir en la actividad delictiva recogida en el art. 311. bis a) que venimos analizando. Por tanto, al quedar sin vigencia el permiso de trabajo durante el desarrollo de un contrato, se produciría una extinción del contrato laboral.

En este sentido hay que destacar que para algunos Tribunales Superiores de Justicia como el de Cataluña¹¹, o Madrid¹² consideraban que la extinción de la relación laboral debía ser automática y sin derecho a indemnización. Entendían que la extinción se producía por imposibilidad de la prestación laboral por causa no imputable al empresario, así señalaban que *“la autorización administrativa para poder trabajar, exigida a un extranjero no comunitario en España, es un requisito esencial del contrato de trabajo, y por lo tanto forma parte de la base del negocio, lo*

10 En la cumbre de Bruselas del 14 de diciembre de 2007, los jefes de Estado y gobierno de los Estados miembros declararon que era preciso restringir el número de admitidos, teniendo en cuenta que la capacidad de acogida de las sociedades europeas no es ilimitada señalando que debía potenciarse el papel de la agencia europea de control de fronteras (FRONTEX).

11 Sentencia del TSJ de Cataluña 5914/2015, Sala de lo Social Sección 1, Ponente: Carlos Hugo Preciado Domenech (nº de Resolución 3717/2015).

12 Sentencia del TSJ de Madrid 7068/2012, Sala de lo Social Sección 2, Ponente: María del Rosario García Álvarez (nº de Resolución 448/2012). Esta sección de Sala se ha pronunciado sobre la cuestión ahora planteada (efectos que produce la pérdida de la autorización para trabajar cuando el contrato se suscribió inicialmente en situación regular por el trabajador) habiendo manifestado lo siguiente: en el recurso 5019/11: “En este sentido aun partiendo de que el contrato de trabajo no deba considerarse nulo no lo es menos que no es el empresario el que ha incurrido en incumplimientos sino que ha sido el trabajador el que no ha gestionado de forma diligente la renovación de los permisos que la habilitan para trabajar. A tal efecto, ya hemos manifestado en nuestra sentencia de 15 de junio de 2004 que el art. 36 de la LO 8/2000 no preserva los derechos del trabajador extranjero siempre y en todo caso pues tal salvaguarda se establece frente a actuaciones del empresario y en orden a exigirle el cumplimiento de sus obligaciones pero no preserva el contrato de trabajo frente a la negligencia del trabajador que no da cumplimiento a la normativa que le afecta y a cuya validez se supedita no tanto la validez sino la propia subsistencia del contrato. En cualquier caso no es lo mismo no tener autorización para trabajar o tenerla suspensa por causas no imputables a la voluntad del trabajador o por incumplimiento empresarial, que no tenerla o tenerla en suspenso por negligencia o actuación propia, esto es, por acto derivado de la propia voluntad del trabajador extranjero. Por otro lado y en relación con lo anterior, tampoco puede estimarse que se trate de una causa de ineptitud sobrevenida obligando al empresario a acudir a un despido objetivo con obligación de pago de una indemnización cuando es el trabajador el que por negligencia, esto es, mediando su voluntad, no gestiona adecuadamente su situación administrativa y se ha situado o puede querer situarse en esta condición para percibir la referida indemnización de un empleador que ha cumplido debidamente con las obligaciones que la ley le impone”.

que viene a significar, que la pérdida de la misma, permite a la otra parte que actuó de buena fe, a partir del momento en que tuvo conocimiento de la misma resolver el contrato de trabajo ,pues es evidente, que tanto la trabajadora como la empresa firmaron el contrato sobre la condición tácita o implícita que la eficacia del mismo dependía de que pudiese cumplir durante su vigencia con este requisito" La falta de la misma, por consiguiente, supone la concurrencia de "una condición resolutoria implícita en el contrato que debe permitir a la empresa, en aplicación del artículo 49.1 TRET , a nuestro juicio del apartado b), y no del k), que pueda resolver el contrato de trabajo, y no sólo porque la prestación de servicios se vuelve imposible sino porque de esta forma se le permite evitar los posibles perjuicios que se pudieren derivar de tener contratado a un extranjero en situación irregular aunque, basadas en una causa extintiva diferente a la alegada en este procedimiento".(ST TSJ de Cataluña nº 3117/2015).

El Tribunal Supremo sin embargo, ha afrontado este problema en la Sentencia de 16 de noviembre de 2016¹³ en la que considera por el contrario, que la pérdida sobrevenida de permiso para trabajar supone un despido improcedente y dado que la readmisión ante la situación irregular del trabajador es imposible, procede el abono de la indemnización correspondiente por la empresa.

¿Y para los casos de falta temporal del permiso de trabajo, por no aprobarse su renovación, pero recurrirse? En estos casos la Jurisprudencia ha venido señalando que en el supuesto de producirse un despido objetivo alegando causas sobrevenida de ineptitud del trabajador, al ser denegada la solicitud de permiso de residencia y trabajo y tras el correspondiente recurso administrativo, obtenerla, sería declarado como despido improcedente¹⁴.

¿Sería aconsejable, por tanto, que las empresas incluyeran en los contratos de trabajo cláusulas adicionales de extinción de la relación laboral por pérdida de la autorización administrativa necesaria para que un ciudadano extranjero pueda trabajar España? En este sentido el Alto

¹³ Sentencia del Tribunal supremo, Sala de los Social Sección 1, Ponente: María Lourdes Arestey Sahun(nº de Resolución 955/2016. 5. La utilización del apartado b) del art. 49.1 ET para poner fin al contrato no resulta ajustada a derecho. En el caso concreto, bastaría con poner de relieve la nula mención al respecto en el contrato de trabajo tanto de la trabajadora demandante (tampoco aparecía esa expresión en el supuesto de la sentencia de contraste). Pero hemos de ir más allá en nuestras consideraciones pues, en todo caso no sería admisible que las partes del contrato previeran como causa válida de extinción del mismo el acaecimiento sobrevenido de una circunstancia atinente a la propia capacidad negociadora de la parte trabajadora, la cual puede encajar en el apartado l) del mencionado art. 49 ET y, en suma, guarda visos de completa similitud con las que se prevén en el indicado art. 52 ET . El precepto legal sólo permite que las partes del contrato de trabajo puedan pactar causas de resolución del contrato distintas a las previstas por la ley. Además, resultaría cláusula abusiva aquélla que se apoyara en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador.

No cabe duda de que la pérdida de la autorización para trabajar en España imposibilita la continuación del contrato de trabajo del extranjero. Tampoco puede negarse que estamos ante un supuesto en que la causa de la finalización del mismo es ajena a la empresa. Sin embargo, nuestro legislador ha querido dotar de un determinado marco de protección a los trabajadores cuyo contrato se extingue por la concurrencia de una causa legal y, como ya hemos expresado, los contornos de esa protección deben garantizarse también a los trabajadores extranjeros aun cuando carezcan de autorización para prestar servicios en España pero, pese a ello, los han venido prestando efectivamente.

¹⁴ Sentencia TSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social Sección 1, Ponente : María Montes Cebrián (nº de Resolución 2125/2009).En definitiva, encontrándose recurrida la resolución en la que la empresa se basó para justificar la extinción del contrato que le unía con el trabajador demandante, constando que la misma ha sido revocada, concurriendo en el demandante los debidos requisitos para el mantenimiento del vínculo laboral dentro de la legalidad vigente, teniendo en cuenta que el trabajador accionó en todo momento, efectuando las solicitudes pertinentes para la obtención de los trámites administrativos de convalidación o mantenimiento dirigidos a la obtención de los requisitos de su situación de regularidad en nuestro país, entendemos que el cese acordado, dentro del trámite de resolución del recurso de alzada interpuesto frente a la inicial resolución administrativa, no encontraba el debido ajuste legal, y derivado de ello, el cese acordado del demandante como trabajador indefinido de la empresa, deberá calificarse como constitutiva de un despido improcedente, con los efectos legales pertinentes. Al no haberlo entendido así la resolución recurrida procederá su revocación y estimando la demanda formulada declarar improcedente el despido del actor de fecha de efectos 7/10/2008 condenando a la empresa demandada MARTINEZ LORIENTE, S.A. a las consecuencias legales derivadas de dicha declaración (artículo 56 E.T . y artículo 110 L.P.L), tomándose como módulo el salario día de 42,36 euros así como la fecha de inicio de prestación laboral de 26/2/2007 y la del despido impugnado de 7/10/2008, así como el correspondiente pago de los salarios de tramitación, con descuento en su caso de lo percibido por colocación dentro del indicado período, según detalla el hecho probado quinto de la sentencia.

Tribunal¹⁵ considera que **no es admisible pactar en el contrato de trabajo como causa de extinción del mismo** esta circunstancia, **al tratarse de una situación sobrevenida y cuya concurrencia no depende de la conducta o voluntad del trabajador**, por lo que **resultaría abusiva**.

El iter criminis y la participación del trabajador irregular como cooperador necesario en el delito del art. 311 bis a) del Código Penal

El actual art. 311 bis a) de Código Penal, fue introducido por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo¹⁶. Este nuevo precepto aparece en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de la transposición de la Directiva 2009/52/CE, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. Como ya hemos adelantado tendremos que esperar a que la Jurisprudencia profile cual es la actividad que concretamente se castiga, cual es la conducta típica, ya que de la simple lectura podríamos pensar que " el contratar reiteradamente" se refiere a un empresario que contrata sucesivamente a trabajadores irregulares o que se castiga al que contrata para su empresa a un número de trabajadores. El actual art. 311 bis a) de Código Penal, fue introducido por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo. Este nuevo precepto aparece en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de la transposición de la Directiva 2009/52/CE, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. Como ya hemos adelantado tendremos que esperar a que la Jurisprudencia profile cual es la actividad que concretamente se castiga, cual es la conducta típica, ya que de la simple lectura podríamos pensar que " el contratar reiteradamente" se refiere a un empresario que contrata sucesivamente a trabajadores irregulares o que se castiga al que contrata para su empresa a un número de trabajadores que carecen de permiso de trabajo, en este último caso también deberán pronunciarse los tribunales para señalar, cuáles son las conductas castigadas penalmente y cuales las que permanecerán en el ámbito de la sanción administrativa.

Centrándonos en nuestro estudio del art. 311 bis a) del Código Penal, observamos que se castiga al empleador que contrata a quien no cumple con unos requisitos formales o administrativos, es decir al extranjero que carece de permiso de trabajo, será por tanto sujeto activo de este tipo delictivo, aquel que esté en situación de imponer condiciones laborales, que tenga capacidad de contratación, considero que el concepto de sujeto activo no puede limitarse a las definiciones de empleador que aparecen en el ET¹⁷, sino que podrá ser cualquier persona que concierte una relación de trabajo, o servicios que son facilitados por trabajadores extranjeros en situación irregular¹⁸. La actividad delictiva puede cometerse tanto sobre una relación laboral ya preexistente (por ejemplo, cuando un trabajador con permiso de trabajo temporal continúa trabajando tras finalizar dicho permiso) como en los casos en que se inicia una relación laboral con alguien que carece de permiso de trabajo.

El sujeto activo es el empleador que reiteradamente contrata a ciudadanos extranjeros incumpliendo unos requisitos formales, no poseer permiso de trabajo, llegando a preguntarnos ¿cuál sería el bien jurídico protegido? ¿sería el mismo que en los supuestos de vulneración de los derechos laborales? Pues bien, llegados a este punto considero que en el tipo delictivo del art. 311 bis a) del C.P. el bien jurídico protegido no son los derechos laborales de los trabajadores como ocurre en el resto artículos del Título XV, sino que el bien jurídico protegido sería el respeto a la Ley y a las normas sobre contratación y entrada de ciudadanos en nuestro país.

15 Sentencia del Tribunal supremo, Sala de los Social Sección 1, Ponente: María Lourdes Arestey Sahun(nº de Resolución 955/2016).

16 BOE) núm. 77, de 31 de marzo de 2015

17 Art. 1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores"1. Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.2. A los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.

18 Como ejemplo, serían todas aquellas personas que tienen en sus casas empleadas del hogar en situación irregular.

En cuanto a la figura del sujeto pasivo, tampoco considero que sea el trabajador, como en el resto de artículos referentes a los Derechos de los trabajadores, pues con estas contrataciones lo que se está haciendo es facilitar al trabajador su acceso al mercado laboral y proporcionando unos ingresos, por lo que el sujeto pasivo de este tipo delictivo, sería la sociedad en general, que se ve perjudicada por este tipo de conductas.

Llegados a este punto podemos plantearnos si en este tipo delictivo podríamos atribuir a la figura del trabajador irregular que concierne una relación laboral, algún tipo de participación o autoría.

Pensemos que el trabajador es conocedor de que carece de los requisitos necesarios para trabajar, sabe que ha accedido a nuestro país fuera de los cauces legales y aun así accede a realizar un trabajo remunerado dentro de una empresa, a mantener una relación laboral. En este supuesto podríamos llegar a señalar al trabajador irregular como cooperador necesario de este tipo delictivo, ya que sin su intervención no se hubiera podido producir el delito. La jurisprudencia ha venido considerando decisivo para determinar la existencia de cooperación necesaria, su eficacia, su necesidad y su trascendencia en el resultado final de la acción. Pero si siguiéramos con esta tesis llegaríamos a un resultado perverso, a castigar penalmente a aquellas personas que tratan de acceder a un puesto de trabajo, pero que al carecer del correspondiente permiso de trabajo y quedar fuera del mercado laboral, se convierten en sujetos vulnerables y débiles.

Y no podemos terminar este breve estudio sin referirnos al elemento subjetivo. En este caso nos encontramos ante un delito de resultado, donde el autor habrá de cometer la acción de manera dolosa, es decir, conociendo que está realizando una acción típica y aun así querer realizarla, conocer y querer. El dolo no requerirá ninguna finalidad concreta, basta con que el empleador conozca que el trabajador se encuentra en situación irregular y que pese a ello se establezca una relación laboral.

METODOLOGÍA

Para la elaboración de esta ponencia he utilizado además de los textos legales, la ayuda de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo, así como la consulta de la Bibliografía que se recoge.

Otra de las fuentes utilizadas ha sido la consulta de los datos del Instituto Nacional de Estadística a través de su página web.

CONCLUSIONES

Uno de los resultados más interesantes es que si antes de la reforma operada en el Código Penal mediante Ley Orgánica 1/2015, los trabajadores en situación irregular carecían prácticamente de derechos laborales quedando relegados a la marginalidad, con esta reforma se castiga la ayuda a estas personas, se castiga a aquel que trate de dar trabajo a personas que carezcan de permiso para trabajar en España, deduciendo que se está utilizando el Código Penal como instrumento llevar a cabo la política migratoria en nuestro país.

Se ha utilizado la redacción del artículo 311 bis a) para llevar a cabo la política migratoria demanda por la Unión europea, no dejando posibilidad alguna para que los inmigrantes irregulares puedan acceder al mercado laboral, pero ¿es aconsejable que el gobierno utilice la sanción penal para evitar la entrada de ciudadanos careciendo de permiso para ello?, ¿Es realmente efectiva la sanción penal como elemento para disuadir la llegada de extranjeros irregulares a España? .

Por otro lado se está dando a entender a la población que vivimos en una sociedad igualitaria, donde debemos rechazar cualquier tipo de discriminación, y por otro lado se genera exclusión, de tal modo que el inmigrante irregular carece de cualquier derecho laboral, pues ni siquiera podrá acceder al mercado laboral. Pese a ello, los tratados internacionales suscritos por España, recomiendan unas políticas de integración y hospitalidad, pues el avance en Derechos Humanos se consigue mediante el reconocimiento de Derechos Sociales. Se establece una visión diferente de afrontar el problema de la inmigración, según acudamos a los tratados internacionales mucho más abiertos y solidarios hacia el extranjero, o a las normas internas de nuestro país, muy restrictivas, sin dejar prácticamente margen para evitar caer en la marginalidad.

BIBLIOGRAFIA

De Vicente Martínez, Rosario , Delitos contra los Derechos de los Trabajadores, Tirant lo Blanch 2008.

Díaz y García Conlledo, Miguel, Protección y Expulsión de Extranjeros en Derecho Penal, La Ley 2007.

López Cumbre, Lourdes, Despido (improcedente) por perdida del Permiso de Trabajo. ¿ La Autorización para Trabajar Constituye una Condición Contractual? Gómez-Acebo & Pombo, enero 2017.

López Garrido, Diego y García Arán, Mercedes, El Código Penal de 1995 y la Voluntad del Legislador ,Madrid 1996.

Molero Manglano, Carlos, Manual de Derecho del Trabajo (12ª Edición), Tirant lo Blanch 2012.
Pérez Ferrer, Fátima, Análisis Dogmático y Político- Criminal de los Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros, Dykinson 2006.

Pomares Cintas, Esther, Derecho Penal ante la Explotación Laboral y Otras formas de Violencia en el Trabajo, Tirant lo Blanch 2013

Vicente Giménez, Teresa, La Exigibilidad de los Derechos Sociales, Tirant lo Blanch 2006.

ANEXO I

Población extranjera por Nacionalidad, sexo y año

	Ambos sexos	
	2016	
TOTAL EXTRANJEROS	4.618.581	Francia 97.587
EUROPA	2.101.472	Grecia 4.084
UNION EUROPEA	1.844.592	Hungría 9.258
UE(15)	886.531	Irlanda 14.533
UE(25)	991.213	Italia 182.269
UE(27)	1.842.626	Letonia 4.459
UE(28)	1.844.592	Lituania 16.142
Alemania	119.820	Luxemburgo 538
Austria	7.562	Malta 213
Bélgica	29.205	Países Bajos 43.984
Bulgaria	133.951	Polonia 57.234
Chipre	265	Portugal 91.371
Croacia	1.966	Reino Unido 256.501
Dinamarca	9.775	República Checa 7.390
Eslovenia	1.333	República Eslovaca 6.150
Estonia	2.238	Rumanía 717.462
Finlandia	11.108	Suecia 18.194
		EUROPA NO UE(28) 256.880

Albania	2.009	Honduras	49.341
Andorra	1.034	Nicaragua	22.528
Armenia	11.991	Panamá	1.932
Belarús	4.412	República Dominicana	71.971
Bosnia y Herzegovina	1.159	Resto de América	
Georgia	12.649	Central y Caribe	635
Islandia	1.066	AMÉRICA DEL NORTE	57.661
Liechtenstein	41	Canadá	3.772
Macedonia	598	Estados Unidos	
Moldavia	17.723	de América	31.557
Noruega	14.683	México	22.332
Rusia	70.927	AMÉRICA DEL SUR	799.980
Serbia y Montenegro		Argentina	71.855
(Antigua Yugoslavia)	0	Bolivia	115.575
Serbia	3.184	Brasil	73.398
Suiza	12.653	Chile	25.407
Turquía	3.414	Colombia	140.527
Ucrania	99.060	Ecuador	158.285
Resto de		Paraguay	69.286
Nacionalidades Europeas	277	Perú	65.201
ÁFRICA	1.048.129	Uruguay	26.009
Angola	1.634	Venezuela	54.401
Argelia	62.173	Resto de América del Sur	36
Benin	343	ASIA	400.540
Burkina Faso	1.226	Arabia Saudí	707
Cabo Verde	2.767	Bangladesh	13.387
Camerún	5.788	China	200.147
Congo	1.551	Corea	3.689
Costa De Marfil	2.918	Filipinas	31.447
Egipto	3.629	India	38.423
Etiopía	653	Indonesia	1.454
Gambia	19.232	Irán	3.533
Ghana	15.862	Iraq	1.170
Guinea	10.525	Israel	1.867
Guinea Ecuatorial	12.410	Japón	5.779
Guinea-Bissau	4.659	Jordania	1.210
Kenia	1.103	Kazajstán	1.770
Liberia	256	Líbano	1.668
Mali	23.315	Nepal	3.406
Marruecos	755.459	Pakistán	78.323
Mauritania	8.741	Siria	4.257
Nigeria	41.590	Tailandia	1.717
República		Vietnam	970
Democrática del Congo	1.005	Resto de Asia	5.616
Senegal	62.716	OCEANÍA	2.908
Sierra Leona	717	Australia	2.146
Sudáfrica	1.056	Nueva Zelanda	611
Togo	427	Resto de Oceanía	151
Túnez	1.942	APÁTRIDAS	924
Resto de África	4.432		
AMÉRICA	1.064.608		
AMÉRICA			
CENTRAL Y CARIBE	206.967		
Costa Rica	2.040		
Cuba	46.230		
Dominica	555		
El Salvador	8.237		
Guatemala	3.498		

Fuente INE

<http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p08/10/&file=01005.px>