

DEFRAUDACIONES EN EL DERECHO PENAL DEL TRABAJO¹

Por **Federico Mannará**

¹ Trabajo presentado para la **Carrera de Especialización en Magistratura, con mención en Derecho Penal**, posgrado de la Universidad Nacional de La Matanza y la Escuela del Servicio de Justicia. El tutor fue el Dr. Ignacio F. Tedesco. La defensa del trabajo obtuvo calificación máxima 10 (diez) puntos, el 10 de diciembre de 2018.

I.- PRÓLOGO

El Derecho Penal del Trabajo (DPT) es una disciplina poco abordada por los abogados penalistas. Los artículos de doctrina suelen publicarse en apartados de revistas vinculadas al Derecho Laboral, incluso la asignatura que se dicta en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, denominada “Derecho Penal del Trabajo” (cátedra de la Dra. Ferreirós) se encuentra contenida en el plan de estudios de la orientación en Derecho Laboral. César Arese señala que en Argentina durante muchos años se abandonaron los estudios del DPT y que no fue hasta el año 2004 cuando la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba dictó la materia opcional Derecho Penal del Trabajo y la Seguridad Social, a su cargo².

En el ámbito académico se ha discutido sobre la naturaleza del Derecho Penal del Trabajo, principalmente, acerca de si es una rama autónoma del Derecho o un desprendimiento del Derecho Penal o Laboral. Sea como fuere, atañe a los penalistas (y no solo a los laboristas) abordar el mundo de casos planteados desde el Derecho Penal del Trabajo, dado que esta disciplina aporta una perspectiva singular de concebir las relaciones laborales y su vinculación con las normas penales.

A los operadores judiciales encargados de la formación, tramitación y conclusión de las causas penales cuyos hechos constituyen verdaderos conflictos laborales -desde jueces, fiscales, defensores, empleados o funcionarios- esa concepción les brindará una mirada distinta, y tal vez novedosa, de aproximarse a la criminalización de ciertas conductas que son propias del Derecho Laboral. De allí es que se considera que el presente trabajo es de interés para la mejora del servicio de administración de justicia.

Por otro lado, la fusión Derecho Penal-Derecho Laboral es parte de una multidisciplinariedad necesaria para captar, comprender o construir una realidad más amplia, diversa y democrática, que tenga en cuenta distintas perspectivas y relatos sobre el fenómeno criminal/laboral. Por ello también se seleccionan herramientas de la criminología, la victimología, la teoría del delito y la filosofía del derecho, entre otras, para abordar y profundizar el análisis del tema propuesto.

² ARESE, César. *Derechos Humanos Laborales: teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo*– Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, 2014, pág. 663.

Finalmente, ha de señalarse que el presente Trabajo Final Integrador es el resultado de la ampliación y reestructuración del trabajo presentado en la última asignatura cursada en la Carrera de Especialización en Magistratura de la Escuela del Servicio de Justicia: “Selectividad del Poder Punitivo”, a cargo del Dr. Alejandro Alagia.

II.- PLANTEO DEL TEMA

Son varios los casos en que dos ramas del Derecho analizan una conducta y le imprimen una determinada consecuencia jurídica, según su especialidad.

En un accidente de tránsito con resultado lesiones o muerte, el Derecho Civil y el Penal acudirán para investigar y deslindar responsabilidades objetivas y subjetivas, indemnizaciones y penas. De similar modo, serán el Derecho del Trabajo, el Derecho de la Seguridad Social y el Derecho Penal las ramas que podrán intervenir en un accidente de trabajo cuya consecuencia sea la muerte del operario.

Si analizamos ciertos casos de Derecho Penal donde identificamos como sujeto activo de delitos contra la propiedad a un trabajador en el ámbito de su trabajo se observa que, además de las consecuencias penales que puedan recaer sobre éste, tendrá sus consecuencias en el Derecho Laboral (injuria grave que justifica su despido directo –a veces incluso sin sentencias penales-). Me refiero a casos de retención indebida, a desvíos de fondos, uso indebido de tarjetas de créditos, etc. Es frecuente, entonces, que dos ramas del Derecho (laboral y penal) sancionen a un trabajador si éste comete un delito.

Pero... ¿a la inversa?

¿Qué consecuencias penales existen para aquellos ilícitos laborales que comete el empleador en perjuicio del trabajador?

¿Configura un delito la falta de registro de un empleado (trabajador en negro)?

¿Existe sanción penal para quien paga por debajo del salario mínimo vital y móvil, o de lo que estipula un convenio colectivo?

¿Hay reproche para quien no paga uno o varios salarios? ¿Y qué tipo de reproches?

¿Qué hay de los frecuentes engaños que suelen sufrir los trabajadores respecto a la percepción de su salario, a sus condiciones laborales, a su jornada laboral, a sus vacaciones? ¿Ese engaño tipifica en una estafa?

¿El contrato de trabajo excluye la posibilidad de que se configuren los elementos del tipo penal de la estafa?

A las defraudaciones del empleador en el ámbito de una relación laboral, parece que solo cabe un tipo de sanción, prevista en el ordenamiento jurídico laboral (Ley de Contrato de Trabajo y leyes complementarias como la ley n° 24.013, ley n° 26.940 y otras), la indemnización.

En otras palabras, una sola rama del Derecho acude en estos casos, la del Derecho Laboral.

La actividad ilícita de un empleador en perjuicio de su dependiente ocasiona un daño de características inmensas en la persona del trabajador y su familia, sin embargo, se observa que el sistema judicial (leyes y tribunales de justicia) suele permitir ciertas conductas ilícitas a los empleadores, que, en un ámbito ajeno a la relación laboral se penalizaría con prisión. En cambio, este sistema le da la posibilidad de cometer ciertas infracciones mediante el pago de una suma de dinero, es decir, a través de una indemnización, como si se pudiera “comprar” la posibilidad de actuar ilícitamente.

En síntesis, frente a los incumplimientos del trabajador el ordenamiento jurídico sanciona con prisión (pérdida de libertad) y despido.

Frente a los incumplimientos del empleador el ordenamiento jurídico sanciona con indemnizaciones.

Se dice que el Derecho Laboral inclina la balanza de la “Justicia” a favor de la parte más débil del contrato, pero si en ella sumamos al Derecho Penal, ¿sigue siendo así?

El presente trabajo no pretende responder todas las preguntas enunciadas anteriormente, ni tampoco la creación de nuevos tipos penales, aunque no se descarta de plano. Sino, simplemente, se trata de visibilizar en qué oportunidades suele el Derecho Penal acudir en auxilio del Derecho Laboral, y en qué ocasiones suele llamarse al silencio, para lo cual se analizará, en especial, los delitos de defraudación en perjuicio del dependiente. Al mismo tiempo, pretende brindar un nuevo enfoque sobre el Derecho Penal y las relaciones de trabajo (enmarcadas, o no, en un contrato de trabajo formal).

Esta selección en particular sobre el abordaje de las defraudaciones y su casuística desde el Derecho Penal del Trabajo obedece a la consideración de que una lesión al patrimonio del trabajador, produce daños de magnitudes importantes en la víctima y su familia (dada la naturaleza alimentaria del salario), y sin embargo, suele naturalizarse la informalidad laboral y los embustes patronales sobre los derechos laborales.

III.- MARCO TEORICO

1) Derecho Penal del Trabajo (DPT)

No existe consenso en cuanto a la pregunta de si el Derecho Penal del Trabajo (DPT) es una rama autónoma del Derecho o, si por el contrario, es un desprendimiento del Derecho Penal o del Laboral. Incluso hay quienes niegan de plano su existencia³.

1.a) Definición

Los españoles Antonio Baylos y Juan Terradillos, con cita a Arroyo Zapatero, definen el DPT como el “conjunto de preceptos penales creados para garantizar la efectividad de las normas

³ Para profundizar el debate respecto del posicionamiento del DPT en la ciencia del Derecho consultar FERREIRÓS, Estela Milagros *El Derecho Penal del Trabajo* (artículo online http://www.adapt.it/boletinespanol/docs/ar_ferreiros_derecho_penal.pdf); ARESE, C., op. cit., pág. 661, LESCANO CAMARIERE, Julián R. - TULA, Diego J., *Derecho Penal del Trabajo. Lineamientos generales*, en “Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social” Buenos Aires, abr. 2007, fasc. n° 8, pág. 668; y LÓPEZ PALOMERO, Eduardo. *Derecho Penal del Trabajo*, Buenos Aires: La Rocca, 1ª edición, 2011, págs. 33-39.

declarativas y ordenadoras destinadas a tutelar a los trabajadores”⁴ al tiempo que estos preceptos también funcionan como *“garantes últimos del tipo de normalidad en los lugares de producción sancionada legal y jurisprudencialmente”*⁵.

Los autores ven una contradicción en las entrañas de la disciplina porque, por un lado, el DPT pretende la protección del trabajador, y por otro, los sanciona en el ámbito de la producción industrial. Esto se debe a que el DPT tiene sus orígenes (en el ordenamiento jurídico español) en la reivindicación weimariana durante la década de 1930 de la protección penal de la fuerza de trabajo, como un bien jurídico en sí mismo, y no en la persona del trabajador. Así es que Baylos-Terradillos ubican el primer período histórico de la disciplina con el comienzo del franquismo, durante el cual la relación Estado-empresa-trabajador era de corte totalitario, es decir, el Estado como garante de la productividad tenía relación jerárquica respecto de la empresa, que a su vez era responsable ante éste del orden productivo. En este sentido totalitario de concebir las relaciones, el sistema sancionatorio español comprendía a la huelga o a cualquier perturbación del proceso productivo como un delito de sedición.⁶

En Argentina, Ernesto Krotoschin entendió al DPT como *“todo el conjunto de normas jurídico-penales, de carácter represivo, destinadas a defender, en primer término, el orden jurídico-laboral público contra actividades individuales que alteren arbitrariamente ese orden”*⁷.

Para Guillermo Cabanellas es *“el ordenamiento jurídico relativo a las acciones u omisiones voluntarias sancionadas por la ley penal genérica o las específicas del trabajo y que guardan relación con actividad laboral”*⁸.

Estos juristas laboristas estuvieron influenciados por autores italianos y españoles. En particular, Krotoschin opinaba como el italiano Ottorino Vannini, quien consideraba el DPT desde dos aspectos: en sentido lato y en sentido restricto. A este último lo conceptuó como *“un conjunto de normas jurídico-penales dirigidas a tutelar la economía pública a través de la discriminación de actividades que tiendan a alterar arbitrariamente las relaciones entre el*

⁴ BAYLOS, Antonio - TERRADILLOS, Juan. *Derecho Penal del Trabajo*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª edición revisada, 1997, Pág. 31.

⁵ *Ibídem.*

⁶ BAYLOS, A.– TERRADILLOS, J., *op. cit.*, págs. 20-25.

⁷ ARESE, C., *op. cit.*, pág. 663, con cita a KROTOSCHIN, Ernesto: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Bs. As.: 1937, T. II, págs. 305-306.

⁸ ARESE, C., *op. cit.*, pág. 663, con cita a Cabanellas, Guillermo: *Introducción al Derecho Laboral*, Omeba, Buenos Aires, 1960, vol. II, pág. 506.

capital y el trabajo, así como el orden y la disciplina de éste, con el consiguiente peligro o daño para la marcha normal de la producción". En sentido amplio lo caracterizó como *"la esfera del Derecho Penal común del trabajo y a las normas relativas al Código Penal (como la suspensión de los servicios o el abandono individual o colectivo del trabajo en el ejercicio de un servicio público o de necesidad pública), así como las reglas jurídicas esparcidas en leyes especiales que consideran la obligación de disciplina"*.⁹

En el sentido amplio se incluyen los delitos contra la política económica y social del Estado (incluyendo figuras como la huelga, el lock-out y el boicot, entre otras); en el restricto se comprenden las infracciones cometidas contra normas de la legislación laboral, que no eran considerados delitos por contrariar la política estatal, sino por no observar la disciplina establecida con la finalidad de proteger a las relaciones de trabajo.¹⁰

El DPT tiene sus antecedentes en la conflictiva relación entre el Derecho Penal y el Derecho del Trabajo. El primero ha sido históricamente una herramienta disciplinante del Derecho Laboral, a modo de ejemplo, la huelga ha pasado de ser criminalizada, a prohibirse, luego tolerarse y finalmente a ser reconocida legalmente.

Así lo ha explicado el mexicano Trueba Urbina en 1948: *"Cuando el Derecho Laboral es ineficaz para conservar inalterable el orden jurídico de las relaciones de trabajo, viene en su auxilio el Derecho Penal con su sistemática dominadora, rígida, inexorable"*¹¹.

1.b) Antecedentes:

Desde el inicio de la historia del Derecho se han incriminado conductas laborales. El código asirio-babilónico, el código hindú (de trece siglos antes de Cristo), el derecho hebraico suelen ser los antecedentes más remotos¹². Luego, debido a la esclavitud, base del sistema económico de producción romano, no se observaron disposiciones que regulen penalmente la actividad del trabajo, hasta que en la Edad Media se avizoran penas laborales en las nacientes comunas. La mayoría de los autores que abordan históricamente la disciplina evocan el siglo

⁹ LESCANO CAMARIERE, J. - TULA, D., op. cit., pág. 667, con cita a Vanini, Ottorino: *Diritto penale del lavoro*, en Trattato di Diritto del lavoro de Boris-Pergole, T. 4, págs. 271 a 273.

¹⁰ LÓPEZ PALOMERO, E., op. cit., pág. 35 y LESCANO CAMARIERE, J. - TULA, D., op. cit., pág. 667.

¹¹ LESCANO CAMARIERE, J. - TULA, D., op. cit., pág. 666, con cita a Trueba Urbina, A. *Derecho Penal del Trabajo*, México, 1948.

¹² Idem, pág. 666.

XVIII como el momento en el que el Derecho Penal del Trabajo se hizo patente, con la revolución industrial y posteriormente, el surgimiento del movimiento sindical.¹³

Sin embargo, estimo que el siglo XIV es de gran relevancia para el DPT. No quiero ser asincrónico en mis postulados, entiendo que, en principio, no correspondería referirme al Derecho Laboral en los siglos de la Edad Media, cuando el sistema de organización económico era el feudalismo. Antes bien, debería hacer alusión a la conjunción de normas que, en aquel período, regulaban el trabajo e imponían penas corporales, prisión y pena capital. Pero, el análisis de la cuestión trasciende lo estrictamente normativo dado que, a nivel social y cultural, el condenado debía exhibir en su propio cuerpo la designación, el mote o etiqueta, de criminal de alta traición, o reo criminal peligroso: se solía marcar a fuego en el cuerpo letras o se mutilaba al acusado para que su cuerpo exponga a la población el carácter de delincuente¹⁴. Son los inicios de la criminalización del asalariado.

Entonces, entiendo que para la mayoría de los juristas especializados en Derecho Laboral el inicio del DPT tenga su punto de partida con la revolución industrial (siglo XVIII), sin embargo, la dimensión normativa, social y cultural del tratamiento del asalariado como delincuente (es decir, la selección primaria y secundaria criminalizante del obrero) es un hecho de fundamental importancia para un estudioso del Derecho Penal y data del siglo XIV. Lo que es un dato de enorme trascendencia es que en aquel siglo el empleador que otorgaba mejores condiciones de trabajo también era criminalizado, como detallaré a continuación. Con lo cual, cuatro siglos antes de la revolución industrial y el advenimiento del capitalismo, el Derecho Penal ya había fijado cuales debían ser las leyes que debían regir en el mercado laboral.

Veamos. La importancia del siglo XIV en el DPT se debe a que en 1349 el parlamento inglés dictó el Statute of Labourers (Estatuto Obrero) de Eduardo III, en el cual se imponía pena de cárcel para quienes pagaran salarios superiores a los señalados en los estatutos, y penas más

¹³ LESCANO CAMARIERE, J. - TULA, D. explican que si bien los vestigios de la incriminación de conductas laborales data de la Antigüedad, *“No fue hasta mediados del siglo XIX con el surgimiento del movimiento sindical donde se hizo patente la figura del Derecho Penal del Trabajo”*, op. cit. págs. 666-667.

LÓPEZ PALOMERO, E. ubica los antecedentes del DPT en el siglo XVIII con el maquinismo y la revolución industrial. En el país el antecedente es la Constitución de 1826 que pretendía (en su art. 6º) negar el voto a los asalariados, op. cit., págs. 20-21.

ARESE, C., ubica el antecedente del DPT en *“Las cadenas de leyes dictadas en el siglo XVIII por los ascendientes gobiernos liberales a partir de la Ley Le Chapellier negaron la libertad de coalición un organización obrera y consecuentemente su acción en la huelga”*, op. cit., págs. 657-658.

¹⁴ MARX, Karl. *El Capital*, Libro I Tomo III, Madrid: Ediciones Akal, 2000, págs. 223-226.

gravosas para quienes recibieran esos salarios.¹⁵ La razón de ser de este estatuto fue que la escasa oferta de mano de obra, como consecuencia de la peste bubónica que azotó Europa en aquellos días, elevaba el valor del salario. En otras palabras, frente a la escasez de trabajadores y para mantener bajo el precio del salario, se recurrió a la criminalización de la relación laboral para aquellas partes que acordaran mejores condiciones salariales. Entonces, salvando las distancias con las definiciones modernas respecto de lo que hoy se entiende por Derecho Penal y Derecho del Trabajo, el pasaje anteriormente transcrito de Trueba Urbina sobre la subsidiariedad entre ambos, puede ser perfectamente aplicado a las relaciones laborales que tuvieron su origen en el feudalismo y más precisamente, en el momento en que grandes masas de campesinos comenzaron a llenar las incipientes ciudades europeas. Fue la época en la que los campesinos ingleses fueron expulsados de las tierras feudales y obligados a trabajar en las ciudades, así, a fines del siglo XV y durante todo el siglo XVI se dictaron normas que imponían penas para las personas que no trabajaran:

Bajo Enrique VIII, en 1530, se creó legislación que establecía que los mendigos viejos e incapacitados recibirían una licencia para mendigar, mientras que los vagabundos sanos y robustos serían sometidos al látigo y la cárcel, serían obligados a jurar que volverían a su lugar de nacimiento o a donde hayan residido los últimos tres años y se pondrán a trabajar (“to put himself to labour”). Luego, en el año 27 de su reinado agrega que en caso de un segundo arresto por vagabundaje se le repetirán los azotes y se le cortaría media oreja, en caso de reincidencia por tercera vez se lo ahorcaría como a un criminal peligroso y enemigo de la comunidad. En 1547, la denuncia sobre persona que se negare a trabajar la convertía en esclavo del denunciante.¹⁶

Posteriormente, la legislación laboral-criminal fue *in crescendo*, pasada la revolución industrial, ya en el siglo XIX, con un movimiento sindical afianzado, Inglaterra sancionó el delito de *conspiracy* para criminalizar la coalición obrera.¹⁷

En nuestro país, en 1891, se da uno de los primeros antecedentes del DPT¹⁸ cuando en el proyecto de elevación de la ley 7029, antecedente del art. 158 del Código Penal, se ha dicho “*Pudimos haber dejado comprendido el caso entre las amenazas y coacciones que*

¹⁵ Tiempo después, el Estatuto de Aprendices de Isabel I castigaría con diez días de prisión a quien pagaba un salario más elevado y veinte días a quien lo aceptara, MARX, op. cit., pág. 229.

¹⁶ Idem, págs. 223-224.

¹⁷ LESCANO CAMARIERE, J. - TULA, D., op. cit. pag. 667.

¹⁸ LÓPEZ PALOMERO, E., óp. cit., pág. 31.

*constituyen delitos contra la libertad individual, pero estando la libertad de trabajo especialmente garantida por la Constitución, nos ha parecido propio considerar como un delito distinto la violación de esa garantía, sobre todo cuando ella asume los caracteres alarmantes de un delito colectivo”.*¹⁹

En 1902 la ley 4144 de Residencia penalizaba la actividad gremial. El derecho a huelga y la actividad sindical se suspendieron durante la última dictadura militar (decreto 9/1976), se intervinieron agrupaciones de trabajadores y mediante la ley 21400 se crearon tipos delictivos laborales como la instigación a la huelga y al lock out, incumplimiento de la conciliación laboral, despido por detención ilegal, entre otros.²⁰

En la actualidad, el Código Penal, en su libro segundo, Título V, contiene el capítulo IV, denominado “Delitos contra la libertad de trabajo y asociación”, en el que se sancionan conductas relacionadas al mundo laboral.

Se trata de dos tipos penales en los que se sanciona 1) la compulsión ilícita a la huelga o al boicot, al lock-out, y a la compulsión a asociarse o a abandonar una sociedad obrera o patronal, y 2) la competencia desleal. Así dicen los artículos:

“ARTICULO 158. - Será reprimido con prisión de un mes a un año; el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boycott. La misma pena sufrirá el patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out y a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada.

ARTICULO 159. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratase de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial.”

2. Derecho Comparado: El Código Penal Español

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ LESCANO CAMARIERE, J. - TULA, D., op. cit., pág. 667.

El caso español es de fundamental importancia en el estudio del DPT debido al largo desarrollo que tiene la disciplina en ese país. Casi toda la doctrina nacional contemporánea suele citar a Terradillos Basoco-Baylos Grau y su obra “Derecho Penal del Trabajo”. España incluyó el DPT en el código penal de 1995, conocido como “Código Penal de la Democracia”. Es común leer en los juristas laboristas nacionales que se ocupan del tema, exaltar el código español²¹, en lo que a este punto trata, marcando la diferencia normativa existente con la Argentina²².

En la actualidad, Argentina no posee normas penales que protejan al sujeto trabajador como tal, por conductas disvaliosas de su empleador (salvando casos extremos de reducción a la servidumbre y trata laboral, verdadera esclavitud del siglo XXI) como sí lo hace el derecho español. Veamos, su código penal, en el Título XV denominado “*De los delitos contra los derechos de los trabajadores*” reza:

“Artículo 311.

Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses:

1.º 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 que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

2.º Los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados sea al menos de:

²¹ Esto se corrobora en todas las obras citadas hasta el momento, de los autores: Ferreirós, Lescano Cameriere-Tula, Arese y López Palomero.

²² El 12 de septiembre de 2013 en la UBA se llevó a cabo la jornada internacional sobre “El Derecho Penal del Trabajo en la experiencia española” (nota homónima publicada en la revista Derecho al Día – Año XII Edición 219-, su contenido se puede leer en <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/el-derecho-penal-del-trabajo-en-la-experiencia-espanola/+4957>).

Incluso, la asignatura “Derecho Penal del Trabajo” que se dicta actualmente en la Facultad de Derecho de la U.B.A., materia de grado de la orientación laboral, contiene en su programa un punto especial dedicado al derecho español, se puede acceder al mismo a través del link: http://www.derecho.uba.ar/academica/asuntos_estudiantiles/libro_cpo/lib_1S_15/Libro_CPO_TRABAJO_1S_15.pdf

a) *el veinticinco por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores,*

b) *el cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien, o*

c) *la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez trabajadores.*

3.º Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en los apartados anteriores, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro.

4.º Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaran a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado.

Este artículo del Código Español será motivo de análisis posterior.

3. Victimología

Los estudiosos de la victimología desde mediados del siglo XX fueron creando distintas hipótesis para explicar por qué, cómo y cuándo una persona es más propensa a ser víctima. El victimólogo egipcio Ezzat Fattah sistematizó y agrupó los factores de victimización de los distintos autores en un total de diez. Entre ellos:

“1) Oportunidades, que están estrechamente vinculadas a las características de los objetivos potenciales (personas, hogares, empresas) y a las actividades y el comportamiento de estos objetivos.

2) Factores de riesgo, particularmente los relacionados con las características sociodemográficas como la edad y el género, zona de residencia, ausencia de vigilancia, presencia de alcohol, y otros.

3) Delincuentes motivados. Los delincuentes, incluso los no profesionales, no eligen a sus víctimas/objetivos al azar, sino que seleccionan a sus víctimas/objetivos de acuerdo con criterios específicos.

4) *Exposición. La exposición a posibles infractores y a situaciones y entornos de alto riesgo aumenta el riesgo de victimización delictiva.*

...

10) *Propensión estructural/ cultural. Existe una correlación positiva entre la falta de poder, las privaciones y la frecuencia de victimización criminal. La estigmatización cultural y la marginación también aumentan los riesgos de victimización criminal designando a ciertos grupos como 'presa fácil' o como víctimas culturalmente legitimadas.*"²³

En seguida puede advertirse que estos factores de victimización se presentan con facilidad en la relación laboral, dada la desigualdad de poder que existe entre empleador y dependiente.

Para un empresario que pretende hacer negocios evadiendo sus obligaciones contractuales (ya fuesen del contrato individual o colectivo) o reteniendo aportes a la Seguridad Social le será más fácil seleccionar trabajadores pobres, con escasa educación y recursos para precarizarlos con mayor facilidad (he aquí que el empresario infractor estará "*motivado*" al decir de Fattah, por la "*propensión estructural/cultural*" del empleado).

A esto se suma la legitimación del empleo informal por parte de sectores de la sociedad que suele ver como una "*viveza criolla*" el evadir cargas sociales, restándole importancia a la informalidad: de aquí que los trabajadores resultan "*víctimas culturalmente legitimadas*".

Son claras las "*oportunidades*" (el ámbito laboral), la "*exposición de la víctima*" y "*los factores de riesgo*" que recaen sobre los dependientes de un empresario que pretende hacer negocios a costa de las condiciones laborales de los trabajadores.

El aporte de la victimología, en este sentido, permite visualizar injustos, nombrar a las cosas por su nombre. El adjetivo correcto que le cabe al empleado que padece precarización laboral no es un simple trabajador "en negro", informal o precarizado, sino una verdadera víctima.

El propio reconocimiento del sujeto como "*víctima*" le permite tomar otro tipo de actitud frente a sus padecimientos.

²³ FATTAH, Ezzat A., *Victimología: Pasado, Presente y Futuro*. Publicado en "Criminologie", vol. 33, no 1, 2000, p. 17-46, traducción de María del Mar Daza Bonachela en "Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología" - ISSN 1695-0194 (2014), págs. 12-13.

4. Defraudaciones en el Código Penal de la Nación

El recorte metodológico que se realiza en el presente trabajo final integrador está dado por la condición del sujeto trabajador como víctima en el conjunto de casos previstos en el Código Penal, título VI, libro segundo, capítulo IV: estafas y otras defraudaciones, que forman parte de los delitos contra la propiedad.

No interesan otros fraudes, como ser los cometidos contra el comercio y la industria de los arts. 300 y 301 del C.P., o las evasiones previstas en el régimen penal tributario (Ley 26.735) en las cuales el sujeto pasivo del delito no es exclusivamente el trabajador, sino otras entidades, como por ejemplo el fisco, en el caso de las evasiones. No obstante ello, y en relación a este último aspecto, sí se analizará el art. 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, el cual resulta de interés por tratarse de la única cláusula contenida en la LCT con remisión al Código Penal. Esta circunstancia deja entrever la superposición de ambas ramas del derecho en un instrumento del derecho laboral.

Se transcriben a continuación las figuras penales de interés:

“ARTICULO 172. - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.

ARTICULO 173.- Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:

...

2. El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver;

3. El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento;

4. *El que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero;*

...

6. *El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibidos...*”

La estructura típica de la estafa prevista en el art. 172 exige tres elementos: un ardid o engaño por parte del sujeto activo que conlleve a un error en el sujeto pasivo y como consecuencia de ellos, éste último realice una disposición patrimonial.²⁴

El tipo penal del art. 172 enumera algunas situaciones (no taxativas) y en los arts. 173 a 175 se han fijado los casos especiales de defraudación.

Entonces, las figuras penales que interesan analizar, como casos que abarcan las conductas disvaliosas de defraudación en perjuicio de los trabajadores y en el marco de la relación laboral son: la estafa, la estafa procesal, la defraudación por retención indebida, la suscripción engañosa de un documento, el abuso de firma en blanco y el otorgamiento de contrato simulado o falsos recibos.

5. Criminalización

Resulta de interés explicar las definiciones de criminalización primaria, secundaria y selección criminalizante por vulnerabilidad, debido a que serán de utilidad para el acápite “Desarrollo” del presente trabajo final integrador:

“Criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas”²⁵.

La *“criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a la agencia judicial, ésta legitima lo actuado,*

²⁴ D´ALESSIO, Andrés (dir) y DIVITO, Mauro A. (coor.) *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2ª edición, 2011, Pág. 671

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio R. –ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2ª edición, 2002, pág. 7.

admite un proceso (o sea, el avance de una serie de actos secretos o públicos para establecer si realmente ha realizado esa acción), se discute públicamente si la ha realizado y, en caso afirmativo, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria (prisionización)''²⁶.

Selección criminalizante por vulnerabilidad: *“El estado de vulnerabilidad se integra con los datos que hacen a su status social, **clase, pertenencia laboral o profesional**, renta, estereotipo que se le aplica, etc., es decir, por su posición dentro de la escala social”²⁷ -la negrita me pertenece-, en otras palabras, y en lo que a este trabajo interesa: pertenecer a la clase obrera conforma uno de los tantos supuestos de vulnerabilidad.*

6. Teoría del delito

6.a) Riesgo permitido

“Aquí se va a entender por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo.”²⁸.

En el marco de la teoría de la imputación objetiva, Roxin hace una contemplación de nuestro sistema social. Todas las actividades, más complejas o más sencillas, llevan ínsitos riesgos de afectaciones a bienes jurídicos de terceros. En algunos casos estos riesgos son ostensibles, y hasta predecibles, como es el tráfico de vehículos automotores en la ciudad. Sin embargo, la actividad se sigue llevando adelante. De hecho, todas las actividades profesionales entrañan riesgos para terceras personas (afectaciones a la libertad, a la vida, a la salud, a la propiedad, etc.). Esos riesgos son inherentes al desempeño de una función o cargo. Para la teoría de la

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ ZAFFARONI E. R. –ALAGIA A. – SLOKAR A., *op. cit.*, pág. 654.

²⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997, pág. 371.

imputación objetiva no se puede pretender que se lleve una actividad con nulo riesgo de afectaciones a terceros²⁹.

Con mayor frecuencia en nuestra sociedad se acostumbra a interactuar con contactos anónimos³⁰, es decir, en nuestra vida cotidiana descansamos más para pedir servicios, contratar, consumir, de modo anónimo, no sabemos quién está del otro lado (ej.: en el tráfico comercial por la web se desconoce a la contraparte, o bien en la preparación de alimentos en restaurantes desconocemos las condiciones de higiene en las que se preparan, en el subte o el tren, nadie sabe si el chofer tiene capacitación suficiente, ni han de conocerse el estado de las vías).

Así, la confianza en los contactos anónimos y en el desempeño de los diferentes roles que cada individuo va ejerciendo favorece la interacción social y para lograr sociedades más desarrolladas³¹. En el marco de estas interacciones aparecen afectaciones que luego de un cálculo de coste/beneficio³² pueden constituir riesgos permitidos. La teoría de la imputación objetiva parte de que existen estos riesgos. Si un resultado lesivo es consecuencia de un riesgo permitido, no hay imputación. Ejemplo de ello sería una operación quirúrgica compleja, o un trasplante de órganos.

¿Cómo se establece un riesgo permitido? La primera regla es que allí cuando, en los cursos causales que son condición de resultado lesivo, no se verifique ninguna acción u omisión que se salga del marco legal que regula la actividad en la que desarrolla la conducta, entonces se puede decir que estamos en presencia de un riesgo permitido³³. Por lo tanto, será atípica la conducta, fracasando la imputación. En definitiva, lo que determina el riesgo permitido son las normas que regulan ese sector de la actividad. No son sólo normas jurídicas sino las administrativas o técnicas.

Es común en el tráfico automotor que una persona circule conforme las reglas de tránsito e inesperadamente un peatón cruce por un sector prohibido, sea arrollado y padezca lesiones. A *prima facie*, encuadraría la acción del conductor en el art. 94 del C.P. Sin embargo, luego de hacerse un análisis del caso, podemos no configurar la conducta en lesiones culposas porque

²⁹ JAKOBS, Günter. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 1996, pág. 47.

³⁰ Idem, pág. 21.

³¹ Idem, pág. 71.

³² Idem, pág. 45.

³³ ROXIN C., op. cit. pág. 378.

se constata que el conductor manejó conforme las normas del tránsito y el peatón no cumplió con ellas.

La otra cara de la moneda del riesgo permitido es el “riesgo no permitido” o riesgo jurídicamente desaprobado.

6.b) Riesgo no permitido

El autor de un hecho, en este supuesto, desempeña la actividad por afuera del marco de las normas permitidas, infringe normas jurídicas, administrativas o técnicas que regulan una actividad determinada. Así, el automovilista que conduce por encima de la velocidad permitida, o el médico que opera sabiendo que no están dadas las condiciones de asepsia en el quirófano. Si se produce un resultado lesivo como consecuencia de esta actividad, aquí se afirma la imputación³⁴.

Con el transcurso del tiempo se van modificando los estándares de riesgo permitido y no permitido. Asistimos a un desplazamiento de los niveles de riesgo no permitido y reducción de riesgo permitido. Cada vez se ponen más rígidas las normas (vgr. existen más regulaciones respecto del lavado de activos que hace una década atrás) y los límites del riesgo permitido son más bajos. Un ejemplo de nuestra legislación es que en el año 2008 se incorporó el art. 193 bis al código penal, relacionado con las “picadas” de autos. Esta norma criminaliza a quien presta su auto a sabiendas que es para participar en picadas. Lo que antes era riesgo permitido ahora no lo es.

7. Ilícitos atípicos

Las consideraciones anteriores sobre riesgos permitidos y no permitidos son utilizadas en la Teoría del Delito para despejar o no la imputación, determinando la tipicidad o atipicidad de una conducta a analizar.

Ahora bien, por fuera de la tipicidad existen conductas que, no por vulnerar “reglas” sino por contrariar “principios”, constituyen injustos. Son denominados “ilícitos atípicos” (Atienza y

³⁴ Idem, págs. 365-367.

Ruiz Manero). Esta categoría está ausente en la Teoría General del Derecho, según estos autores, debido a que la teoría aludida se basa en el estudio predominantemente normativista del derecho, descuidando el plano de los principios jurídicos; autores como Kelsen, Austin y Alf Ross no han tomado nota de los principios que subyacen en el plano de las reglas. La ausencia de tratamiento de la temática en la Teoría General del Derecho puede obedecer a que son especies del género “acto ilícito”³⁵.

Pero sin adentrar en el debate acerca del tratamiento o no que se le dio a estas figuras en la filosofía del derecho, lo que importa aquí es el reconocimiento de la existencia de situaciones o hechos que -no oponiéndose a las reglas del sistema jurídico-, se oponen a los principios, deviniendo tales en ilícitos atípicos. Por el contrario, las conductas que se oponen a reglas de mandato son ilícitos típicos.

Atienza y Ruiz Manero identifican tres figuras principales como ilícitos atípicos, estas son, el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder.

Para entender lo antedicho, es necesario distinguir “reglas” de “principios”.

Las primeras, regulan la conducta de los destinatarios obligando, prohibiendo o permitiendo (reglas de acción), incluso dando lugar a un cierto estado de cosas (reglas de fin), como ser, disposiciones administrativas, leyes dictadas por el Congreso y hasta fallos judiciales.³⁶

Los principios (ej. Libertad de expresión) suelen ser las justificaciones de las reglas y frecuentemente se apelan a ellos cuando no existen reglas específicas aplicables, o frente a problemas de interpretación o cuando entran en conflicto con otros principios del sistema³⁷. El resultado de la labor de un juez frente a un problema de interpretación puede dar lugar precisamente, a una regla.

La importancia práctica de la noción de ilícitos atípicos, radica en la correcta interpretación que debe hacer un juez constitucional de un estado de derecho, que sea capaz de detectar y reaccionar frente a estas peculiares formas de atentar contra el Derecho.

8.- Criminología (teorías del conflicto)

³⁵ ATIENZA, Manuel - RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos Atípicos*, Madrid: Editorial Trotta, 2006, págs. 13-16.

³⁶ Idem, págs. 16-17 y 19-20.

³⁷ Idem pág. 18.

Las teorías del conflicto surgen como contraposición al pensamiento positivista, este último, parte de la suposición de que el orden social tiene su fundamento en el consenso. Por el contrario, las teorías del conflicto dirán que es el disenso -en las sociedades capitalistas-, aquello que es inherente a la sociedad y no la ficción de un contrato social que mantiene cierta cohesión de sus componentes³⁸.

Las teorías del conflicto, en su vertiente de corte marxista, explican la criminalidad “en” las sociedades capitalistas. En ellas el crimen será consecuencia de las relaciones de producción.

En esta dirección, el marxismo ortodoxo concibe el orden social como una lucha de clases, donde una clase domina a la otra, utilizando al Derecho – y fundamentalmente al Derecho Penal – como instrumento de subyugación.

En las teorías radicales marxistas el conflicto se da entre una clase dominante y una clase trabajadora, también siempre contextualizándolo en una sociedad capitalista. En ella se dan procesos de criminalización que mantienen las estructuras de las clases, la clase dominante utiliza los órganos del Estado (como la policía o los tribunales) para asegurar sus intereses e imponer sus ideologías, de tal manera que los valores de aquella se oficializan en detrimento del proletariado.

La clase dominante es capaz de sortear procesos de criminalización debido a que son quienes detentan el poder, en otras palabras, en la sociedad capitalista no han de criminalizarse los delitos de los poderosos (delitos ambientales, evasión de impuestos, fraudes a los consumidores, etc.), siendo muchos de ellos más gravosos que los que han de atribuirse a la clase social menos poderosa.

Así, estas teorías conciben al ordenamiento jurídico como una ficción creada por la clase dominante para someter a los trabajadores y perpetuarse en el poder, mientras que el rol de las instituciones es de control social, “administrando la criminalidad” (función de la policía, los jueces, los fiscales, etc.), seleccionando elementos del proletariado. Consecuencia de ello es la falta de neutralidad de la labor de la justicia.

³⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*. Tomo II. Santa Fe. Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, pág. 505 y ss.

La visión del conflicto como rasgo inherente a una sociedad en que algunos detentan el poder y otros soportan el peso de la ley, es la idea que se toma de esta vertiente de la criminología para analizar con posterioridad.

IV.- DESARROLLO

Advertía Marx en 1867 que *“Las disposiciones de los estatutos de los trabajadores sobre los contactos entre maestro y obrero asalariado, plazos de despido y cosas por el estilo, que sólo permiten demandar por lo civil contra el patrono que falta a sus deberes contractuales, permitiendo en cambio procesar por lo criminal al obrero que rompe su contrato, siguen en pleno vigor hasta la fecha”*³⁹. Nada parece haber cambiado desde entonces.

Como se dijo al principio del presente trabajo final integrador, son dos cuerpos normativos los que sancionan al trabajador y solo uno al empleador cuando existen injustos en el marco de la relación laboral.

Suele pasar inadvertida la conducta de los empleadores que cometen delitos de defraudación en perjuicio de sus dependientes. Quizás esta suerte de “inadvertencia” es fruto de la naturalización de la explotación laboral, del empleo “en negro”, de la evasión tributaria, para maximizar las ganancias de los empresarios. Las indemnizaciones y multas legisladas en el derecho laboral son manifiestos de que “no está tan mal” defraudar a un empleado. Los tribunales del trabajo no suelen remitir testimonios a la justicia penal para evaluar la responsabilidad de los empresarios cuando el empleador comete delitos⁴⁰.

La minimización o carencia de criminalización de ciertas conductas de alto daño social son definidos por Valeria Vegh Weis bajo el concepto de “infracriminalización”, para el cual, tiene en cuenta la pertenencia del sujeto activo a un determinado nivel socio económico. Este concepto es definido como *“la minimización del tratamiento penal de las conductas que producen mayor “daño social” perpetradas por aquellos sujetos que, en relación fundamentalmente a su extracción de clase, pero asimismo en función de su género, pertenencia cultural y étnica, se encuentran en una posición socio-económica ventajosa. Ello*

³⁹ MARX, K., op.cit., pág. 231.

⁴⁰ López Palomero en la obra ya citada, *Derecho Penal del Trabajo*, hace un interesante desarrollo, con casuística incluida, de las veces en que no se le da aviso a la justicia penal para la investigación de posibles delitos advertidos por jueces laborales.

tiene lugar tanto a partir de la limitación o minimización de la recepción legislativa de estas conductas (infracriminalización primaria) como de su limitada persecución por las agencias estatales (infracriminalización secundaria). ”⁴¹

Esta suele ser la regla para el empresario, la infracriminalización de sus defraudaciones en perjuicio del trabajador.

Por el contrario, el exceso en la criminalización de conductas escasamente disvaliosas, llevadas a cabo quienes pertenecen a los sectores más vulnerables de la sociedad es definido como “sobrecriminalización”, concepto que denota *“la priorización enfática del tratamiento penal de aquellas conductas que generan nulo o escaso “daño social” (delitos toscos y estrategias de supervivencia criminalizadas) perpetradas por sujetos especialmente vulnerables en relación fundamentalmente a su extracción de clase, pero asimismo en función de su género, pertenencia cultural y étnica. Ello tiene lugar tanto a partir del incremento de la recepción legislativa de estas conductas (sobrecriminalización primaria) y/o de su excesiva persecución por las agencias estatales (sobrecriminalización secundaria). ”⁴²*

La sobrecriminalización del trabajador es la moneda corriente cuando éste es quien infringe las normas.

A) Cuando el trabajador infringe...

El cadete encargado de la recaudación de su empleador cobra varios pagarés y se queda con el dinero, sin rendir un solo peso. Este caso encuadraría en uno de los tipos de defraudación, en el delito de “administración fraudulenta”, del art. 173, inc. 7° del Código Penal que prevé una pena de 1 mes a 6 años de prisión. Este hecho también podría ser reprimido en la órbita del derecho laboral, la sanción sería el “despido con justa causa” (art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo n° 20.744 –LCT-), acarreando como consecuencia la pérdida del empleo sin derecho a indemnización alguna.

⁴¹ VEGH WEIS, Valeria, *Historia de la Selectividad Penal*, extracto del tercer capítulo “La selectividad penal bulímica”, tesis de la autora aprobada en el año 2015 por la Universidad de Buenos Aires, texto disponible en la biblioteca de dicha facultad (sector de referencia).

⁴² Ídem.

Como puede apreciarse, tenemos aquí un único hecho reprimido por dos cuerpos normativos relacionados a dos ramas del derecho distintas, con consecuencias también diferentes. Según nuestro ordenamiento jurídico, le depararía a este empleado infiel la pérdida de su trabajo y la prisión.

Parte del universo de acciones ilícitas de un trabajador en relación de dependencia está tipificado en el Código Penal, art. 173 y sus diferentes incisos que lo integran.

Así, por ejemplo, la jurisprudencia explica que *“Por regla general, encuadra en este tipo penal –art. 173 inc. 7º- el accionar de quien por un acto jurídico, contrato laboral, tenía el manejo y/o cuidado de intereses pecuniarios ajenos, con la obligación de rendir cuentas y con el fin de lograr para sí un lucro indebido violó sus deberes perjudicando los intereses que le fueron confiados”* (C. Nac. Crim. y Corr., sala 5ª, 26/8/1998 – Vera, Héctor J., JA 2002-I-síntesis). Abundan otros ejemplos: *“... incurre en esta hipótesis legal la cajera de un supermercado que, actuando en colusión con los clientes del comercio, no contabilizó el egreso de la mercadería tomada del salón de ventas”* (C. Nac. Crim. y Corr., sala 5ª, 11/9/1996- Floribal, Carlos A., JA 1998-III-síntesis), o como en el ejemplo dado al inicio de este apartado: *“el cadete que, luego de cobrar algunos pagarés de su empleador, no entregó el dinero a éste”* (C. Nac. Crim. y Corr., sala 4ª, 5/10/2000 - Infran, Walter, JA 2002-I-síntesis).

En tal sentido, resulta ejemplificadora la figura de la “defraudación por retención indebida” (art. 173, inc. 2º, C.P.), frecuentemente se ha de utilizar de ejemplo en los claustros de las facultades el caso del trabajador que, luego de la jornada laboral, no devuelve su herramienta de trabajo –de propiedad del empresario- llevándosela consigo.

Del mismo modo el inciso 15º del art. 173 del C.P. sanciona a quien defraudare *“mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, cuando la misma hubiere sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciera por medio de una operación automática”*.

¿Quién sino un empleado de un local comercial tiene acceso a los datos de la tarjeta de crédito/débito de un cliente?

Este tipo penal fue creado para abarcar las conductas desleales de los trabajadores del comercio que han de retener tarjetas (o sus datos) con el descuido de los clientes. Es cierto que la figura legal no menciona la palabra “trabajador” y que en muchas ocasiones (generalmente las PyMES) son los propios empleadores los que se encargan de las operaciones comerciales, sin embargo, no ocurre de idéntica manera en los casos de grandes cadenas comerciales como supermercados, locales de shopping, casas de comidas rápidas, etc. que abundan en el país.

Los tribunales han sido ingeniosos en la asignación de un nuevo encuadre jurídico cuando no han podido calificar en algunas de las figuras de defraudación una conducta disvaliosa de un trabajador. Así, se ha dicho que *“No constituye el delito de administración fraudulenta –sino de hurto tentado- la acción de la procesada, cajera de un supermercado, que en connivencia con un cliente factura precios menores a los de los productos adquiridos, pues no tiene ni el manejo, ni la administración, ni el cuidado de los bienes destinados a la venta. Tampoco se verifica la hipótesis del art. 173, inc. 6 del Código Penal, pues la facturación simulada en el tique no configura un hecho autónomo, sino el medio para la ocultación de la maniobra, carente de perjuicio por sí mismo, si no se atiende a la sustracción de la mercancía”* (Trib. Nac. Oral n° 5, 10/6/1993 – Barbosa, Claudia V. y otra).

B) Cuando el empleador infringe...

Ahora bien, no sucede lo mismo cuando es el empleador quien, en la órbita de la relación laboral, se comporta fraudulentamente en perjuicio de su contraparte.

Este sería el caso de un empresario que hace creer a su dependiente que le corresponde percibir una suma determinada de dinero en concepto de salario, inferior a la pactada en el convenio colectivo de trabajo o por debajo del salario mínimo vital y móvil. O bien, le hace creer que su jornada laboral es más prolongada que la que en realidad le corresponde, sin abonarle horas extras.

Las infracciones más usuales se dan en los casos de empleo en negro (no registrado) o gris (parcialmente registrado). Usualmente el empleo informal consiste en que los trabajadores

perciben el total de sus remuneraciones sin recibo alguno, configurándose así el trabajo en negro. El gris es la apariencia de legalidad, un salario que en parte está registrado (en blanco) pero otra parte no, es decir, en negro⁴³.

B.1) Estafa

Se ha mencionado en el acápite “Marco Teórico” que los elementos de la figura legal de la estafa se componen de tres elementos, un “ardid o engaño”, un “error” y una “disposición patrimonial”.

Verbigracia de “ardid o engaño” por parte del empleador es hacer figurar falsedades en el recibo de sueldo del trabajador. Por ejemplo, que el obrero está contratado bajo una categoría distinta a la que pertenece en la realidad, con el objetivo de hacerle creer que no posee ciertos derechos (establecidos, por ejemplo, en el convenio colectivo de la actividad). López Palomero sostiene que el recibo de sueldo falso es un verdadero documento, en los términos del art. 172 y que en múltiples casos (ej.: en “Díaz, Ricardo c/ Distribuidora Norte S.A. y otros s/despido”⁴⁴), no se han remitido actuaciones al justicia penal para la investigación del delito de estafa.

El inconveniente que trae aparejada la figura de estafa del art. 172 es que los elementos “ardid”, “error” y la posterior “disposición patrimonial”, vistos de manera estricta, y conjugado con la presunción de que *“la ley es conocida por todos”*, acarrea impunidad para el sujeto activo.

Veamos, el “ardid” consistente en hacerle creer al trabajador que posee menos derechos (ejemplos: percibir cierta cantidad de dinero menor a la que por convenio de la actividad se estipuló, o que su jornada laboral es más extensa que la correspondiente, sin abonar horas

⁴³ LÓPEZ PALOMERO, E., op. cit., pág 221.

⁴⁴ Sala 7, del 6/9/2001, del voto del Dr. Ruiz Díaz, al que adhirió el Dr. Boutigue: *“No es lo mismo omitir el pago del salario o no efectuar el depósito de los aportes y contribuciones en tiempo oportuno (que son típicos incumplimientos de carácter contractual) que urdir maniobras tendientes a encubrir la relación laboral o a disminuir la antigüedad real, o bien ocultar toda una parte de la remuneración, porque más allá del incumplimiento que estos últimos actos suponen, configuran maniobras defraudatorias de las que resultan inmediata y directamente responsables las personas que las pergeñan (arts. 172, 173 y concs. del Cód. Penal)”*. Citado en LÓPEZ PALOMERO, E., op. cit., pág. 265. Con relación al fallo, el autor reflexiona del siguiente modo: *“Aquí encontramos la primera mención a delitos penales unidos a las maniobras imprescindibles para que existan pagos en negro. Otra vez, no existen constancias de la intervención de la justicia en los penal...”*, ibídem.

extras, etc.), puede ser fácilmente echado por tierra si se alega que el trabajador debe conocer el convenio colectivo, la ley de contrato de trabajo, su contrato individual y cuál es el monto actual del salario mínimo, vital y móvil, debido a la presunción aludida en el párrafo anterior.

En la realidad sabemos que no es lógico exigir a todo el mundo por igual el conocimiento de todos estos instrumentos, imaginemos un empleado que no sabe leer y escribir⁴⁵. Y sin ir a casos extremos, los tecnicismos empleados en los convenios, leyes y fallos no son fáciles de interpretar, ni siquiera para el abogado promedio. El artículo 1° de la Ley de Contrato de Trabajo explica que *“El contrato de trabajo y la relación de trabajo se rige: a) Por esta ley. b) Por las leyes y estatutos profesionales. c) Por las convenciones colectivas o laudos con fuerza de tales. d) Por la voluntad de las partes. e) Por los usos y costumbres”*. ¿Acaso quienes leemos estas líneas estamos seguros de conocer el contenido de lo que se está enunciando? Los puntos a, b y d del art. 1° de la LCT no suelen revestir mayor dificultad de interpretación, pero... ¿sabemos de convenciones colectivas y laudos? Y... ¿Cuáles son los usos y las costumbres?

Por ende, la ficción de que *“la ley es conocida por todos”* y que entonces, no se puede alegar su desconocimiento, juega en contra de los intereses de la clase trabajadora.

Alicia Ruiz explica que las construcciones legales y las decisiones judiciales son ilusiones que se crean para legitimar el Derecho y su presupuesto coercitivo. *“Desde el derecho se construye toda una ilusión, un mundo donde la realidad está desplazada y en su lugar se presenta otra imagen como real. Tal real que sólo cabe pensar, juzgar, actuar en consecuencia. Actuar como si... fuéramos libres e iguales; como si... contratáramos en cada oportunidad en paridad de condiciones con el otro; como si... conociéramos las normas que debemos conocer; como si... nunca incurriéramos en ‘error de derecho’”*⁴⁶.

⁴⁵ El Código Penal Federal de México contempla la vulnerabilidad del trabajador en el delito de fraude, así, criminaliza *“Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de un trabajador a su servicio, le pague cantidades inferiores a las que legalmente le corresponden por las labores que ejecuta o le haga otorgar recibos o comprobantes de pago de cualquier clase que amparen sumas de dinero superiores a las que efectivamente entrega”* (art. 387 inc. XVII).

⁴⁶ RUIZ, Alicia E. C., *La ilusión de lo jurídico* en “Materiales para una teoría crítica del derecho”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1991, pág. 185. Texto que forma parte de la bibliografía de la asignatura “Función Social de la Administración de Justicia”, a cargo de la Dra. Alicia Ruiz.

Además, exigir “engaño” no se explica, porque lo único que éste logra es una renuncia viciada del trabajador a derechos irrenunciables⁴⁷, lo que en nuestra legislación se encuentra previsto en el art. 12 de la LCT⁴⁸.

La “disposición patrimonial”, interpretada estrictamente, podría excluir la tipicidad en la figura de estafa, si se cree que debe existir un acto positivo de entrega de valores materiales (dinero o especies) y si se desconoce que el trabajo es patrimonio susceptible de ser dispuesto.

Tal exégesis no sería correcta a la luz de la Real Academia Española que entiende como patrimonio al “conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica”⁴⁹.

Es claro que el trabajo es susceptible de estimación económica y que el sujeto trabajador en muchas ocasiones posee como único bien su fuerza de trabajo. Por lo menos, así parece interpretarlo nuestra ley laboral: “Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración. El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley.” (LCT, art. 4).

Esta fungibilidad entre remuneración y fuerza de trabajo haría caber en el elemento “disposición patrimonial” a la actividad laboral que ejerce el obrero.

Entonces, pudiendo existir sanción penal por vía del art. 172 del C.P. para el empleador que defrauda al patrimonio del trabajador, no suele existir en la práctica criminalización alguna.

B.2) Estafa procesal

⁴⁷ Este argumento surge de TERRADILLOS, Juan, respecto del art. 311 del Código Penal de España, en *Derecho Penal del Trabajo*, publicado en “Revista Penal”, n° 1, 1998, pág. 81 (disponible online, <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/16/16>)

⁴⁸ Art. 12. — Irrenunciabilidad.

Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.

⁴⁹ consulta online <http://dle.rae.es/?id=SBOxisN>

Figura penal que surge del art. 172 del C.P., sin tipificación autónoma. Requiere que mediante el “ardid” se induzca a “error” a un juez y éste dicte una sentencia que causa un “perjuicio patrimonial” a la parte contraria o a un tercero. En este caso, la víctima del error no es la que sufre el perjuicio patrimonial.

Entonces, en el mundo de casos que nos compete (la relación de trabajo) se configura este delito frente a una prueba falsa que se presenta en un juicio laboral, como ser el supuesto de los recibos de sueldo con declaraciones falsas, que no se ajustan a la realidad, y se induce así al juez laboral a error, lo cual ocasiona un perjuicio patrimonial en el trabajador cuando el juzgador falla conforme a estos recibos que representan una realidad distinta a la verdadera.

El fallo de la Sala 10 de la Cámara Nacional del Trabajo, del 26 de febrero de 2001, en autos “Cabrera y otro c/ Velasco, Graciela y otro” (JA, 2001-IV-237)⁵⁰ fue un caso donde se ha tenido por cierto que la fecha de ingreso que se consignaba en los recibos de haberes de dos trabajadores no coincidían con la realidad y que tampoco se registró una porción del salario. Para ello la Cámara tuvo en cuenta la prueba testimonial producida que contradecía la contabilidad del empleador y por ello les dio la razón a los trabajadores.

En el análisis del fallo, López Palomero bien se señala que *“No cabe duda respecto de que la solución adoptada por la sentencia comentada es la correcta. Ahora bien, estamos ante el uso de documentos que la sentencia de la Cámara, confirmando la de Primera Instancia, califica de falsos, usados para convencer a los jueces de la licitud de una conducta que se ha demostrado ilícita. Parece evidente que esto puede ser una estafa procesal en grado de tentativa. Destacamos que de acuerdo con lo que se relata en la sentencia, la parte demandada pretende hacer prevalecer esos documentos falsos por sobre otras pruebas hasta último momento en el proceso.*

*No existen constancias de que la Sala interviniente girara las actuaciones al fuero penal.”*⁵¹

⁵⁰ Extraído de LÓPEZ PALOMERO, E., op. cit., pág. 242.

⁵¹ LÓPEZ PALOMERO, op. cit., pág. 243.

B.3) Defraudación por abuso de firma en blanco (inc. 4, art. 173, CP), la defraudación por suscripción engañosa de documento (inc. 3, art. 173, CP) y la defraudación por el contrato simulado y los falsos recibos (inc. 6, art. 173, CP) - Interrelaciones

El art. 173 inc. 4 del C.P. prevé la sanción para quien defraudare abusando de la firma que otro dio en blanco.

Corresponde mencionar que el artículo 60 de la LCT prohíbe la firma blanco del trabajador, por lo cual, es un acto ilícito, ello tiene fundamento, según Fernández Madrid citado por López Palomero, en la protección frente a la renuncia anticipada de derechos por parte del empleado.⁵²

Al ser la firma en blanco del trabajador un acto ilegítimo, no se configuraría el tipo penal en análisis dado que la entrega de la firma en blanco debe provenir de la voluntad de quien la da.

Sin embargo, como señala el autor mencionado, una firma en blanco podría dar lugar al reproche penal del inc. 3° del art. 173 que es la conducta de quien defrauda haciendo suscribir con engaño algún documento.

En tal sentido, teniendo en cuenta que el recibo de sueldo es un documento y *“si se lo hizo suscribir con engaño- consistente por ejemplo en que se llenaría el formulario de recibo de haberes adecuadamente- y luego se insertan en él contenidos falsos que perjudican al trabajador, nos encontraríamos ante la conducta tipificada en el inciso [3° del art. 173]...”* y agrega que *“la conducta del empleador que hace suscribir recibos falsos también puede encuadrar en el inc. 6°”*.⁵³

Sobre el otorgamiento en perjuicio de otro de un contrato simulado o falsos recibos (inciso 6° art. 173, CP) ha de decirse, en primer término, que para la ley laboral es nulo el contrato en el cual se haya procedido con simulación o fraude a la ley laboral, interposición de personas o cualquier otro medio, en tal caso, al relación laboral se rige por la Ley de Contrato de Trabajo (art. 14 de la LCT). Un ejemplo de esto, es encubrir un contrato de trabajo mediante un contrato de locación de servicios.

López Palomero advierte que la figura legal de la suscripción engañosa para engañar a terceros se configura al perjudicar al sistema previsional, o una obra social, a las ART, etc.,

⁵² Idem, pág. 244.

⁵³ Idem, pág. 246.

simulando un contrato laboral. En ese caso existe un inconveniente con el trabajador, dado que los sujetos activos serían los que suscriben el contrato, tanto patrón como dependiente. Pero, como la voluntad del trabajador estaría viciada al suscribir el contrato simulado, bajo coacción de no obtener el empleo, entonces –señala López Palomero- no debería tomarse a éste como partícipe del delito, en su doble condición de sujeto activo y pasivo del delito; además, según el autor mencionado, la punición al obrero iría en contra del derecho del trabajo, cuya finalidad es proteger al trabajador, a pesar de cumplir con el tipo penal.⁵⁴

A mi modo de ver, el dilema del trabajador que suscribe un contrato de estas características bajo coacción se resuelve por vía del estado de necesidad justificante (art. 34 inc. 2° del CP).

Es decir, en la teoría del delito el estado de necesidad es una causa de justificación que excluye la antijuridicidad de la conducta, lo que deviene en que una acción típica que resulta no ser antijurídica por existir un permiso y, por ende, no es punible⁵⁵.

Frente a los índices de desempleo, de precarización laboral y con el 30 % de la población argentina viviendo en la pobreza, no es descabellado pensar en la justificación del desempleado que pretende evitar un mal mayor (el hambre) por otro menos lesivo (una evasión a un organismo de la seguridad social), configurándose el estado de necesidad justificante.

B.4) De las “retenciones” del art. 132 bis de la LCT

Podría suponerse que el art. 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo⁵⁶, que contiene una remisión al Código Penal, intenta proteger al trabajador al criminalizar la conducta disvaliosa del empleador que retiene las cargas sociales. Sin embargo, ello no es del todo así.

⁵⁴ Idem, pág. 250.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio R. –ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires: Ediar, 2015, págs. 494-495.

⁵⁶ Art. 132 bis, LCT: Si el empleador hubiere retenido aportes del trabajador con destino a los organismos de la seguridad social, o cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de las convenciones colectivas de trabajo, o que resulten de su carácter de afiliados a asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial, o de miembros de sociedades mutuales o cooperativas, o por servicios y demás prestaciones que otorguen dichas entidades, y al momento de producirse la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa no hubiere ingresado total o parcialmente esos importes a favor de los organismos, entidades o instituciones a los que estuvieren destinados, deberá a partir de ese momento pagar al trabajador afectado una sanción conminatoria mensual equivalente a la remuneración que se devengaba mensualmente a favor de este último al momento de operarse la extinción del contrato de trabajo,

El artículo 132 bis fue agregado por medio del art. 43 de la ley n° 25.345, conocida como “ley antievasión” y es la única cláusula dentro de la LCT que remite al derecho penal con la finalidad de sancionar al empresario en los casos en que éste retenga aportes “*con destino a los organismos de la seguridad social*”. El derecho penal tributario recoge el presupuesto del empleador que evade las cargas sociales de sus dependientes. Pero vale hacer una aclaración: si bien en principio pareciese que el beneficiario de la incorporación legislativa del art. 132 bis es el trabajador, lo cierto es que la norma busca proteger los ingresos de la agencia pública encargada de la recaudación. Es decir, que el sujeto pasivo de la acción que se pretende criminalizar es el Estado, más no el trabajador, quien indirectamente se verá beneficiado por el debido pago de las cargas sociales, claro está.

En otras palabras, el artículo aludido conmina con sanción penal únicamente por “retenciones” al evasor por perjudicar a la agencia estatal. No queda atrapada la conducta de la retención indebida del salario (si no lo abona o no lo hace de manera completa), para este último caso, solo existen indemnizaciones luego de judicializar el caso.

Todo esto demuestra el interés por prevenir la evasión, en un claro fin recaudatorio. La falta de diseño legislativo para criminalizar la retención del salario exhibe que esta conducta no amerita reproche penal por ser parte de un “riesgo permitido” (sobre lo cual me explayaré con posterioridad).

El laboralista Carlos Etala vincula la sanción penal aludida en el art. 132 bis de la LCT al art. 173 inc. 2° del C.P.⁵⁷, sin embargo, resulta paradigmático encontrar que las agencias judiciales penales suelen declarar atípicas las conductas que perjudican a los trabajadores, incluyendo la prevista en el art. 132 bis de la LCT.

Veamos, la Cámara Nacional de Casación Penal ha sentenciado que “*No encuadra en la figura típica de la retención indebida contemplada en el art. 173, inc. 2, del Código Penal la conducta desplegada por la firma empleadora consistente en no depositar sumas de dinero destinadas a la obra social de sus dependientes, en tanto no implica una entrega voluntaria por parte de quienes son legítimos propietarios del dinero, ni tampoco un negocio jurídico*

importe que se devengará con igual periodicidad a la del salario hasta que el empleador acredite de modo fehaciente haber hecho efectivo el ingreso de los fondos retenidos. La imposición de la sanción conminatoria prevista en este artículo no enerva la aplicación de las penas que procedieren en la hipótesis de que hubiere quedado configurado un delito del derecho penal.

⁵⁷ ETALA, Carlos Alberto, *Contrato de trabajo Ley 20.744 comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires: Ed. Astrea, 2002, pág. 360.

(no traslativo de dominio) en virtud del cual se lo entregaran al sujeto activo con el cargo de devolverlo o restituirlo en determinado tiempo” (Sala 3ª, 13/4/1999 –Al-Pol S.R.L., JA 2000-III-804, AP 20002501).

En el fuero laboral, se ha hablado de interpretación restrictiva de este artículo, precisamente, por su remisión al Derecho Penal: “La procedencia de la indemnización prevista en el art. 132 bis de la LCT, según la ley 25345 exige que el empleador haya efectuado la retención de aportes del trabajador... Esta disposición, en cuanto establece sanciones de carácter penal, debe interpretarse con carácter restrictivo y sólo puede considerarse procedente el reclamo de su aplicación en los casos en que se demuestre cabalmente la configuración de la conducta tipificada como ilícita.” (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, 30/04/02, causa 7807/01, “Novik, Esther c/ Heredia, Justina s/ despido”, Scotti. Corach. Simon).

B.5) Reflexiones sobre la defraudación por retención indebida (art. 173 inc. 2º del C.P.)

La interpretación que puede hacerse del inc. 2º del art. 173 del C.P. consistente en entender que la entrega previa a la que hace alusión la norma (y que genera la obligación de devolver), no contempla al trabajo, acarrea la atipicidad de la conducta en los casos en que el empleador no abona en debido tiempo y forma un salario (o que no lo abona en su totalidad).

La norma prevé sanción penal para: “El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver”

Entonces, pareciese que la entrega previa es sólo de dinero o cosas materiales. Pero... ¿no contiene acaso el contrato laboral una “entrega” previa del trabajador y una “restitución” en “dinero” por parte del empresario que hace las veces de “administrador”?

Recordemos que primero éste presta el servicio y luego el empleador abona el salario (el pago en relación de dependencia suele ser a mes vencido). Claro, falta decir que la entrega debe ser de dinero o de cosas materiales palpables “efectos o cosas muebles”.

Sin embargo... ¿acaso el empresario no está obligado a devolver dinero por tiempo y fuerza de trabajo que le dio el obrero?

Resulta imposible que el empleador pueda devolver otra cosa que no sea dinero (o especies). El empresario no puede restituirle al dependiente el tiempo de vida y la energía que insumió al entregarle su fuerza de trabajo, la cual, además, es considerada un recurso (humano), una mercancía, al igual que una máquina o que los insumos que se necesitan en el proceso de producción. El dinero es fungible por trabajo. La exigencia de que la devolución sea de la “misma cosa” sin tener en cuenta el carácter fungible del dinero/trabajo es un sinsentido que seguramente no fue querido por el legislador.

Por otro lado, ¿acaso no ejerce el empresario el rol de “administrador” respecto del trabajo que es entregado y del dinero a entregar por éste?

El artículo 5 de la LCT dice que *“A los fines de esta ley, se entiende como "empresa" la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos. A los mismos fines, se llama "empresario" a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la "empresa".”*

Del empresario depende la administración del trabajo y del dinero; recibe la fuerza de trabajo y entrega su equivalente en dinero.

No obstante las reflexiones expuestas, es claro que la redacción del artículo 173 inciso 2° deja afuera a la relación laboral. Es interpretación forzada pretender que dicho tipo penal abarque la retención del salario por parte del empresario, so riesgo de vulnerarse el principio de legalidad. Sin perjuicio de ello, creo que reflexionar sobre esta figura legal, a la luz del derecho laboral, puede resultar útil para una futura reforma del código penal y la incorporación del Derecho Penal del Trabajo al mismo, en la cual se contemple la retención del salario por parte del empleador.

Hasta aquí se hace patente entonces, a nivel de selectividad criminalizante que la clase trabajadora, por su condición vulnerable, es preferida para ser objeto de criminalización en hechos de defraudación en la relación de trabajo. Tanto el legislador como el juez han creado y decidido, respectivamente, abarcar en los tipos penales de defraudación aquellas conductas

de los asalariados “desleales” y luego les cabe la pérdida del empleo con justa causa (sobrecriminalización).

No ocurre lo mismo para el caso de los empresarios “desleales”, para los cuales la normativa laboral es la única aplicable (infracriminalización). En tal sentido, López Palomero al concluir su obra “Derecho Penal del Trabajo” advierte que *“Lo más frecuente es que las normas de derecho penal y de derecho de trabajo se toquen para castigar al obrero. Aun tomando en cuenta las normas de derecho penal económico, las centenarias del ordenamiento, lo más frecuente sigue siendo la condena al trabajador.”*

La aplicación de las normas de derecho penal al empleador es incuestionablemente simbólica. Teniendo en cuenta la existencia de las normas de derecho penal económico o fiscal, la persistente aparición de diferentes esquemas de blanqueo o perdón para los infractores a cambio de un pago, por lo común sumamente ventajoso, hacen que estas normas sólo sean tenidas en cuenta esperando la aparición de otras que descriminalizan o despenalizan conductas hasta ayer delictivas.

Los hipotéticos delitos de los trabajadores no están alcanzados por el mismo criterio de perdón.”⁵⁸

C) Del riesgo permitido y el trabajo

¿Se enmarca en un “riesgo permitido” la conducta disvaliosa del empleador fraudulento respecto de su dependiente?

La larga tradición de goce y disfrute de la plusvalía que extrae de la clase obrera el empresariado parecería afirmar esa hipótesis.

Jakobs reconoce que los riesgos permitidos son aceptaciones históricas, a su decir: *“Numerosos supuestos de riesgo permitido se han generado sencillamente por aceptación histórica: estos riesgos constituyen costumbres”⁵⁹*. Esto se vincula directamente con cuestiones de hegemonía de la clase dominante⁶⁰, ya que vale preguntarse ¿qué es una

⁵⁸ LÓPEZ PALOMERO, E., op. cit., pág. 279.

⁵⁹ JAKOBS, G., op. cit., pág. 29.

⁶⁰ *“Para constituirse en hegemónica, una clase necesita desarrollar conciencia de la necesidad de sacrificar en parte sus intereses inmediatos, de efectuar concesiones materiales, de modo tal de tomar en cuenta*

“aceptación histórica”? ¿Qué clase social es la que “acepta”? ¿Puede imponerse a la fuerza una “aceptación” o “costumbre” de una clase social a otra? ¿Qué instrumentos tiene la clase trabajadora para oponerse a una “costumbre”? ¿Es la explotación del asalariado una “costumbre” consensuada históricamente entre todos los hombres?

Y si “una sociedad que esté necesitada de avances técnicos tolerará bastantes riesgos”⁶¹, significa que tanto los ciudadanos como el Estado, en pos del progreso, deberán sobrellevar conductas disvaliosas. Entonces, en una economía de mercado que apela a cierta “necesidad” de permitir despidos masivos en el sector público y privado ¿podría pensarse como riesgo a tolerar la protesta social cuando los despidos se materializan? ¿Podría considerarse a aquellas conductas que suelen tipificarse en el art. 194 del C.P. como un riesgo permitido? Responder estas preguntas excede el abordaje del presente trabajo final integrador, sin embargo, estas cuestiones se derivan del conflicto social y penal que, en parte, se está tratando aquí.

Alagia ha expuesto su punto de vista respecto del riesgo permitido y el trabajo. En una entrevista realizada en la revista Aromo n° 34, año IV, diciembre 2006, refirió que “...*Si uno mira la cantidad de muertes evitables –en esta parte de la entrevista trataba el tema de los accidentes laborales y los de tránsito- y previsibles se llega a la conclusión de que esas muertes están dentro del balance de costos y beneficios del capital. El seguro de vida es parte de esa cuenta. Dentro del derecho penal se llaman riesgos permitidos, es decir, aquellos injustos atípicos, en donde la autoridad hace un balance de costos y beneficios y acepta un nivel de daños como precio por el tráfico de armas, por la explotación de la mina, por el ejercicio de la obra de la construcción. En la ruta 2 hicieron una doble mano y las muertes bajaron. Esos crímenes sociales o injustos atípicos provocan muertes numerosas. La falta de atención de la salud pública, los muertos de hambre. El trabajo asalariado es una injusticia, porque consiste en la expropiación del esfuerzo ajeno. El trabajo asalariado es una apropiación donde no hay elementos extraeconómicos sino la disyuntiva entre trabajar o morir de hambre. El capital destruyó los vínculos de servidumbre y las relaciones del hombre con los medios de producción y lo dejó librado a la única libertad de vender su*

efectivamente ‘los intereses y las tendencias de los grupos sobre los cuales se ejerce la hegemonía en búsqueda de un cierto equilibrio de compromiso’ (Gramsci, Antonio, “Cuadernos de la cárcel”, V., p. 37.)” CAMPIONE, Daniel, Para leer a Gramsci, Buenos Aires: Ediciones del Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini, 2007, págs. 75-76.

El texto de Campione fue estudiado en profundidad en la asignatura de la Especialización en Magistratura de la ESJ: “Constitución, hegemonía y democracia” a cargo del docente Alberto Filippi. Incluso en una clase el profesor invitó a Campione y juntos abordaron el pensamiento y la obra de Gramsci.

⁶¹ JAKOBS, G., op. cit., pág 17.

fuerza de trabajo. El capital funciona apoderándose del esfuerzo ajeno, con todo lo que ello implica en cuanto a daños a la salud psíquica y física. Las únicas formas de apropiación que se volvieron crímenes son las del robo, las del uso de la violencia. Pero quien está forzado voluntariamente a entregarse al capital, como es un hecho voluntario, se entiende que el que es consciente no puede pretender que el otro lo libere. Pero ese consentimiento está viciado por la necesidad. Despedir a un trabajador, privarlo de los medios de subsistencia, no es un delito, sin embargo provoca tanto daño material y moral como un robo. Son hechos que producen daños sociales pero la autoridad política no los codificó como crímenes sujetos a castigo.”⁶²

La transcripción del párrafo anterior permite introducir la cuestión del despido, éste no constituye delito, sin embargo, el daño ocasionado es terriblemente mayor a los delitos que el sistema penal diariamente selecciona.

El “despido sin justa causa” está sancionado en el art. 245 de la LCT con el pago de una indemnización. La decisión deliberada de privar de ingresos económicos a una persona (y a su familia) por medio del despido, ocasionando serias dificultades para afrontar las necesidades básicas no constituye delito, aunque los laboristas toman al despido como un hecho ilícito o antijurídico, aunque de cierta forma “válido” o “permitido”. Así, Arias Gibert explica que *“la ruptura de la relación de trabajo implica no sólo un hecho antijurídico (Justo López lo caracteriza como un hecho válido pero ilícito), sino la existencia de un daño emergente de la pérdida de la antigüedad, concepto que engloba aspectos patrimoniales y morales tales como la pérdida de un grupo de pertenencia: el colectivo de trabajadores que integra la institución empresa”*⁶³.

Es evidente la magnitud del daño causado por la pérdida del empleo, sus consecuencias perduran en el tiempo en la persona del trabajador, quien no solo se ve afectado por la no percepción de su salario, sino por diversas cuestiones de índole social, como la pérdida de identidad laboral, o psicológicas, como la depresión sobreviniente a un despido. Este “hecho antijurídico” no es más que un “derecho a despedir” que se compra mediante el pago de una suma dineraria, una indemnización. O, en términos de teoría del delito, es un “riesgo permitido”, que se compra con dinero y que cuyas consecuencias pesan sobre los más

⁶² Disponible online: <https://issuu.com/elaromo/docs/aromo34>.

⁶³ ARIAS GIBERT, Enrique N. *Las multas en el contrato de trabajo*, Revista Derecho del Trabajo, Año I, n° 2, Buenos Aires, Infojus, 2012, pág. 5.

vulnerables, en esta suerte de legitimación histórica (o al decir de Jakobs “aceptación histórica” o “costumbre”, como se señaló anteriormente) de la explotación de unos sobre otros.

D) Los ilícitos atípicos como herramienta de comprensión de la contradicción entre reglas y principios

En esta línea de pensamiento, nótese que conductas que perjudican al trabajador, sin llegar a la configuración de delito (como los despidos sin justa causa) contrarían principios de índole constitucional y convencional que protegen los derechos humanos laborales⁶⁴. De esto se trata el concepto de ilicitud atípica, en sacar a la luz las situaciones en que existen actos que son contrarios al derecho que se fundan en una aparente licitud (por basarse en normas jurídicas), y sin embargo, contrarían principios.

A través de los ilícitos atípicos no se intenta criminalizar conductas por vías alternativas a lo estrictamente legal, dado que en ese caso se corre el riesgo de vulnerar el principio de legalidad⁶⁵. Lo que aquí intento exponer es que esta teoría constituye una herramienta de

⁶⁴ ARESE, C. brinda un catálogo de los derechos humanos laborales: “*la Constitución Nacional en su norma esencial del artículo 14 bis, a la que se suma el artículo 75, inciso 19, establece taxativamente los siguientes derechos fundamentales: 1) Protección del trabajo en sus diversas formas. 2) condiciones dignas y equitativas de labor. 3) Jornada limitada. 4) Descanso y vacaciones pagados. 5) Retribución justa. 6) Salario mínimo vital móvil. 7) Igual remuneración por igual tarea. 8) Participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección. 9) Protección contra el despido arbitrario. 10) Estabilidad del empleado público. 11) Organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. 12) Garantía gremial de concertar convenios colectivos de trabajo. 13) Garantía gremial de recurrir a la conciliación y al arbitraje. 14) Garantía gremial de derecho a huelga. 15) Las garantías necesarias para los representantes gremiales para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo 16) Seguridad social con carácter integral e irrenunciable. 17) Formación profesional (art. 75 inc. 19).*

Ahora bien, las normas sobre derechos humanos y convenios de la OIT agregan o complementan estos derechos con los siguientes derechos laborales: 1) Prohibición del trabajo forzoso. 2) Prohibición, limitación y reglamentación del trabajo infantil. 3) Igualdad y no discriminación. 4) Derecho al trabajo o al empleo libremente elegido. 5) Vida, higiene y seguridad en el trabajo. 6) Protección contra el desempleo. 7) Protección contra los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales. 8) Protección contra la maternidad. 9) Distribución equitativa dl trabajo. 10) Libre acceso a la función pública.

Por imperio del artículo 75, inciso 22, de la CN, también existen otros derechos esenciales de la persona protegidos en el ámbito laboral reconocidos en los pactos, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, el llamado ‘bloque de constitucionalidad’, lo que implica una expansión notable de derechos y con límites imprecisos. Son los derechos del trabajador como persona en la vida social o como ciudadano en la empresa en relación de dependencia. En este orden se computa la protección frente al menoscabo de derechos y garantías fundamentales reconocidos en la CN y el trato discriminatorio, intolerante y violento por diversos motivos, temas que son tratados en los Capítulos III, IV y V”. ARESE, C., op. cit., págs. 45-46 (los capítulos III, IV y V se titulan “Igualdad, no discriminación y tolerancia laboral”, “Motivos de discriminación e intolerancia laboral” y “Violencia laboral”, respectivamente).

⁶⁵ ATIENZA, M. – RUIZ MANERO J., op. cit., págs. 25-27.

interpretación de hechos sociales y de la existencia de contradicción entre reglas (normas) y principios (o garantías) en el seno del ordenamiento jurídico.

Así, han de quedar expuestas las contradicciones del sistema jurídico en relación al mundo laboral, donde existen conductas disvaliosas del empleador que están previstas en reglas pero que contradicen principios, contenidos en los derechos humanos laborales.

E) Aporte de la victimología

Desde una perspectiva victimológica y bajo las categorías reseñadas en el capítulo referente al Marco Teórico, los trabajadores vienen a ser un grupo de *víctimas culturalmente legitimadas*⁶⁶, es decir, dentro del sistema productivo ocupan un lugar descartable, pueden ser apartados de sus medios de subsistencia por decisión unilateral del empleador. Esta situación es preocupante sobre todo frente al poder económico de las grandes empresas capaces de afrontar con facilidad el costo de la indemnización sin sufrir pérdidas económicas significativas. Bajo la coyuntura neoliberal y los programas de flexibilización laboral se agrava la condición de los trabajadores, muchos de ellos, no suelen verse a sí mismos como víctimas sino como individuos, que producto del azar y de situaciones económicas que desconocen, aceptan la suerte que les tocó. Los trabajadores que se reconozcan a sí mismos como víctimas que históricamente vienen soportando las consecuencias de la desigual distribución de la riqueza podrían generar el paso de ser víctimas culturalmente legitimadas a víctimas empoderadas.

F) Una perspectiva criminológica

Desde la criminología, más precisamente, desde las teorías del conflicto, puede explicarse que las conductas disvaliosas de los empresarios son parte de un conflicto permanente en la sociedad en la cual la actividad legislativa y la interpretación de los tribunales responden a los intereses de los sectores poderosos. La naturaleza burocrática de las agencias y la conexión con la política hacen posible un control penal, sesgado, discriminatorio⁶⁷.

⁶⁶ FATTAH, E., op. cit., pág. 13.

⁶⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., op. cit., págs. 521-522.

El derecho laboral y las indemnizaciones que se prevén como solución al “conflicto” en la relación de trabajo, vienen a auxiliar los intereses de las clases dominantes, extrayendo el conflicto del Derecho Penal al Derecho Laboral, donde conductas altamente disvaliosas pareciesen ser sorteadas a través el pago de una indemnización (sanción). Lo contrario, es decir, el “conflicto” suscitado en el seno de la relación laboral por conductas disvaliosas del trabajador, sí es susceptible de traducirse en delito, como ya se ha señalado con anterioridad.

Entonces, para el ámbito de una relación laboral se sugiere la siguiente reflexión: o bien se han de canalizar los “conflictos” empleador/empleado bajo el Derecho Penal (delitos), criminalizando a ambos actores, sin sobrecriminalizar al trabajador ni infracriminalizar al empresario, o, a la inversa, los “conflictos” empleador/empleado deben quedar atrapados exclusivamente en el ámbito del derecho laboral y sus sanciones indemnizatorias (excluyendo su tratamiento como delitos).

Bajo esta última hipótesis, desde la perspectiva del conflicto, podría pensarse en las defraudaciones vistas anteriormente en el subtítulo “*Cuando el trabajador infringe...*” del presente trabajo como ajenas al Derecho Penal y solamente materia de sanción laboral, bajo el argumento de que las conductas en cuestión se circunscriben al interior del contrato o la relación laboral.

Desde luego que es un esfuerzo pensar extra normativamente, pero frente a la falta de soluciones equitativas de la dogmática, vale preguntarse valiéndose de otras disciplinas, qué alternativas existen para lograr una mejora en el servicio de administración de justicia.

G) El rol del operador judicial

¿Cuál es el rol del operador judicial frente al conflicto laboral/penal y la superposición entre ambas ramas del derecho?

Para responder esta pregunta se empezará por analizar la formación educativa del operador. Así, Duncan Kennedy, en “*La educación legal como preparación para la jerarquía*”, analiza qué es lo que se aprende en las facultades de derecho de EEUU, en las que “*pareciera que el contenido intelectual del derecho consiste en aprender las normas –como son y por qué tienen que ser como son*”, indicando que los estudiantes terminan teniendo “*una actitud*

pasiva hacia el contenido del sistema jurídico.”⁶⁸ Entiendo que estas enunciaciones valen para los abogados argentinos.

En tal sentido, en consonancia con el ejemplo dado sobre la indemnización en el despido indirecto, Kennedy ejemplifica con un “caso caliente”, que suele analizarse en las facultades norteamericanas: una empresa carbonífera engaña a una familia de campesinos pobres al arrendarle su tierra, comprometiéndose a devolvérsela en su condición original una vez extraído el carbón. La firma incumple y se la obliga al pago de una indemnización miserable de algunos cientos de dólares. Kennedy enseña que en la universidad estadounidense se aprende la existencia de “*buenas razones*” para llegar a aceptar el resultado disvalioso ocasionado por la empresa, y que un estudiante no está preparado para ser abogado si esta solución no se acepta.⁶⁹

En una entrevista que se le ha hecho a este autor en 1987 ha manifestado que “*la gente que utiliza el razonamiento jurídico presenta a las normas del sistema como naturales, necesarias y justas, cuando frecuentemente no lo son. Hay muchos más espacio para la discusión en el sistema del que los abogados y jueces dicen que hay... las reglas que ellos adoptan tienen un fuerte impacto en la distribución de la riqueza y del poder en la sociedad.*”⁷⁰

Es importante el pensamiento de Kennedy, dado que expone cómo el aprendizaje del Derecho (que luego se ve reflejado en las agencias estatales encargadas de administrar justicia) está atravesado por patrones de jerarquía y dominación, funcional al Estado empresarial. Si bien el sistema pretende crear una sensación de neutralidad política en los estudiantes, lo cierto es que a través de actitudes aprendidas en el ambiente universitario (profesores, compañeros, manuales, prácticas, etc.) se reproducen los sistemas de dominación de las mayorías blancas, de clase media alta y machista. Los estudiantes aprenden a legitimar el sistema capitalista, aprenden a no cuestionar. Y subyace allí la ideología capitalista y del Estado empresarial.

El operador judicial tanto del fuero penal como del laboral, deberá afinar sus sentidos para advertir, más allá de lo que mandan las normas jurídicas y la jurisprudencia, cuál es la problemática que subyace detrás del conflicto laboral/penal y preguntarse por qué las leyes y los fallos dan un desigual tratamiento a la persona, según sea empresario o trabajador.

⁶⁸ En COURTIS, Christian (comp.): Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho. Buenos Aires: Eudeba, 2001, pág. 378. Texto que forma parte de la bibliografía de la asignatura “Función Social de la Administración de Justicia” a cargo de la Dra. Alicia Ruiz.

⁶⁹ Idem, págs. 378-379.

⁷⁰ Idem, pág. 406.

Finalmente, un recordatorio para los jueces laboristas. Cuando adviertan delitos en los casos en los que les toca decidir y cuyas víctimas sean trabajadores, el artículo 177 inc. 1º del CPPN establece que:

“Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

1º) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones”.

H) El Derecho Penal del Trabajo en el Código Penal Español

El Código Penal de España, en 1995 recogió los lineamientos del DPT en cuanto a fraudes a los derechos de los trabajadores. Por ello es que resulta útil analizar la figura penal de imposición de condiciones ilegales de trabajo mediante engaño o abuso de necesidad, de dicho Código (art. 311.1) y aprender de la experiencia española que ya ha recorrido un largo trayecto en la disciplina. Luego, corresponde analizar la injerencia del DPT en la actualidad, más puntualmente, si el nuevo Código Procesal Penal (sancionado por el Congreso, ley nº 27.063, pero suspendida su entrada en vigencia por decreto presidencial nº 257/2015) puede aportar elementos al DPT y se verá su recepción en el Anteproyecto de Código Penal del año 2013.

H.1) Art. 311.1 del Código Penal de España⁷¹:

En este tipo penal el empresario es el sujeto activo, ya sea persona física o jurídica, incluyendo a las empresas de trabajo eventual y al consorcio de empresas⁷².

El elemento del tipo “engaño” es determinante para que el trabajador renuncie (de manera viciada) a derechos laborales irrenunciables⁷³.

El “abuso del estado de necesidad” es el aprovechamiento por parte del empleador de la relación desigual en la que el mercado lo colocó frente al trabajador y que logra que este último pacte por debajo de los mínimos legales irrenunciables⁷⁴.

⁷¹ Ver transcripción del artículo en págs. 13-14 de la presente obra.

⁷² BAYLOS, A.– TERRADILLOS, J., op. cit., págs. 56-59 y 69-70.

⁷³ Idem, pág. 71

⁷⁴ Idem, págs. 71-72.

El verbo típico “imponer” denota la desigualdad de la relación de poder entre las partes y la falta de voluntad del trabajador. La imposición es consecuencia del engaño o el abuso de estado de necesidad (también por violencia o intimidación, inciso 4º). Este verbo implica que la consumación del delito se produce cuando efectivamente el trabajador se ve perjudicado⁷⁵.

Las “condiciones laborales” impuestas han de perjudicar, suprimir o restringir derechos reconocidos al trabajador, incluso cuando la fuente de ellos sea el contrato individual de trabajo. El perjuicio que exige la norma no es necesariamente económico abarcando también las condiciones de la Seguridad Social. Claramente, el precepto legal fue pensado para supuestos de trabajo “en negro” o informal y tiende a proteger estándares laborales como la duración de la jornada, el salario mínimo, las horas extraordinarias, etc.

En el Código Penal de España, el trabajador puede hacerse de un crédito frente al empleador fraudulento que hace quebrar la empresa, mediante la figura de crisis fraudulenta de empresa (art. 257⁷⁶), no obstante ello, por vía del art. 311.1 se criminaliza a este último por perjudicar tanto derechos laborales económicos como no económicos de los trabajadores *“cuando el empleador, mediante despidos arbitrarios y discriminatorios, daña severamente no sólo sus derechos ‘laborales’, sino también los ‘económicos’”*.⁷⁷

La experiencia española en la tutela penal de los derechos laborales no fue del todo satisfactoria, dado que, en la práctica, se ha enfrentado con distintos obstáculos como

⁷⁵ Idem. Pág. 73.

⁷⁶ Artículo 257.

1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:

1.º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.

2.º Quien con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.

2. Con la misma pena será castigado quien realizare actos de disposición, contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio u oculte por cualquier medio elementos de su patrimonio sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder.

3. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.

No obstante lo anterior, en el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, o se trate de obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, la pena a imponer será de prisión de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.

4. Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los numerales 5.º o 6.º del apartado 1 del artículo 250.

5. Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara un procedimiento concursal.

⁷⁷ BAYLOS, A.– TERRADILLOS, J., op. cit., pág. 76.

trabajadores silenciados, temerosos de perder su empleo al denunciar los delitos que sufren. Lo mismo ocurre con los testigos, que usualmente son compañeros de trabajo de las víctimas⁷⁸. Las agencias judiciales, por su parte, han repartido culpas entre trabajador y empleador, bajo la errónea creencia que el primero tiene algún tipo de determinación o independencia respecto del segundo⁷⁹.

Estos autores españoles creen que la solución a los problemas señalados puede encontrarse en la firma de protocolos o convenios entre distintos organismos, como ser, el Ministerio Público Fiscal y los sindicatos. En tal sentido, la participación del sindicato como sujeto colectivo en la prevención de delitos y en las denuncias penales puede ser un salvoconducto para que los trabajadores se animen a denunciar⁸⁰.

Este tipo de participación sindical guarda similitud con lo legislado en el nuevo Código Procesal Penal (según ley 27.063).

H.2) Código Procesal Penal según ley 27.063 y Anteproyecto de Código Penal de 2013.

El art. 81 del CPP según ley 27.063 estipula que *“La víctima podrá solicitar que sus derechos y facultades sean ejercidos directamente por una asociación registrada conforme a la ley, de protección o ayuda a las víctimas, de defensa de intereses colectivos o difusos, de defensa de los derechos humanos o especializada en acciones de interés público, si fuera más conveniente para la defensa de sus intereses. Formalizada la delegación, estas asociaciones ejercerán todos los derechos de la víctima, a quien deberán mantener informada”*.

Esta posibilidad que se le otorga a la víctima de ser asistida por asociaciones abre la puerta a la participación de las asociaciones sindicales para que amparen al trabajador temeroso de denunciar.

El Anteproyecto de Código Penal del año 2013 (elaborado por Raúl Zaffaroni, León Arslanian, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo) ha incluido un

⁷⁸ BAYLOS, Antonio – TERRADILLOS Juan, *Derecho Penal Del Trabajo: Una Reflexión General A Partir De La Experiencia Normativa Española*, en Revista Latinoamericana de Derecho Social Núm. 7, julio-diciembre de 2008, pág. 22, (disponible online <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9554/11585>).

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ *Ibíd.*

capítulo sobre “*Los delitos contra la libertad y dignidad del trabajo*”, el cual se acerca a la sistemática española⁸¹.

El art. 124 del Anteproyecto lleva por título “*Contrataciones y condiciones laborales ilegales*”:

1. Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años y multa de DIEZ (10) a DOSCIENTOS (200) días, el que mediante engaño, abuso de una situación de vulnerabilidad o actos simulados, contratare a una o más personas en forma clandestina, imponiéndoles condiciones de trabajo que afectaren gravemente su dignidad.

2. En la misma pena incurrirá el que aprovechar económicamente el trabajo de un menor de diez y seis años, en violación de las normas que prohíben el trabajo infantil. No será punible el padre, madre, tutor o guardador del menor.

3. Será penado con multa de QUINCE (15) a CIENTO OCHENTA (180) días, el que omitiere proveer a sus trabajadores de los medios necesarios para ejercer su actividad en las condiciones de seguridad y salud que impusieren las leyes o reglamentos.

4. Será penado con multa de TREINTA (30) a CIENTO OCHENTA (180) días e inhabilitación de UNO (1) a CINCO (5) años, el funcionario, profesional o cualquier otro que tuviere el deber legal de control y vigilancia del cumplimiento de las normas a que se refieren los tres incisos precedentes, y que hubieren ocultado o tolerado los hechos allí descritos.

5. Las personas jurídicas podrán ser sancionadas por los delitos previstos en este artículo, en los términos del presente Código.”

Nótese que la técnica legislativa de este artículo es similar a la utilizada en el Código Penal de España: el uso del verbo “imponer”, las modalidades comisivas de “engaño” y “abuso de un estado de necesidad” o “vulnerabilidad”, al tiempo que otorga expresa responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Por lo visto hasta el momento, no cabe duda que Argentina se encaminaría a incorporar el Derecho Penal del Trabajo al Código Penal de la Nación, con miras a proteger los derechos

⁸¹ ARESE, César, *El anteproyecto de código penal; hacia un derecho criminal protectorio de los Derechos Humanos Laborales*, en Revista Derecho del Trabajo. Buenos Aires. n° 1, ene.-2015, pág. 10.

laborales. Sin embargo, la historia no es lineal, existen progresos y retrocesos, en cuanto a reconocimiento de derechos se trata. Los intentos de reforma laboral que se avecinan (basta leer cualquier diario de fines de 2017 y principios de 2018) parecen demostrar que no sólo no se incriminará a los empleadores que infrinjan leyes de protección al patrimonio del trabajador, sino que se los perdonará⁸².

V.- CONCLUSIONES

Del presente trabajo se extraen las siguientes conclusiones:

- 1.- El Derecho Penal del Trabajo no es una disciplina que suele ser abordada por penalistas, sino más bien por especialistas en Derecho Laboral.
- 2.- Los juristas del Derecho Laboral suelen ubicar el comienzo del Derecho Penal del Trabajo en la revolución industrial. Sin embargo, considero que el DPT tiene antecedentes más remotos, que datan del siglo XIV.
- 3.- El Código Penal argentino no posee normas que amparen al sujeto trabajador como tal, como sí lo hace el Código Penal español, fuente de inspiración de nuestro derecho.
- 4.- Se advierte la necesidad de una reforma del Código Penal de la Nación que incorpore al Derecho Penal del Trabajo.
- 5.- En particular, en la etapa de selección primaria de criminalización, los casos de defraudaciones cometidas por el empresario en perjuicio de sus trabajadores, no están especialmente tipificadas. No obstante ello, la figura genérica de estafa, la estafa procesal, la suscripción engañosa de un documento, el abuso de firma en blanco y el otorgamiento de contrato simulado o falsos recibos, abarcan las conductas reprochables de defraudación de los empresarios en perjuicio de sus dependientes.

⁸² Una publicación del diario La Nación del 19 de enero de 2018 dice: “Entre otras cuestiones, la nueva ley de formalización laboral podría eximir del pago de multas a los empresarios que regularicen la situación de sus trabajadores y el Estado reconocería a cuenta los aportes al sistema previsional por los años en los que el empleado haya estado en la informalidad.” (link online: <https://www.lanacion.com.ar/2102218-sin-respaldo-el-gobierno-decidio-desarmar-la-reforma-laboral>)

6.- Por medio del estado de necesidad justificante se excluye la imputación al trabajador que forma parte en la maniobra del inc. 6° del art. 173 del C.P. cuando suscribe un contrato simulado y perjudica a organismos de la seguridad social.

7.- En la etapa secundaria de selección criminalizante, los tribunales (laborales y penales) suelen no canalizar las defraudaciones del empleador en perjuicio de sus dependientes por la vía penal, esto se corrobora con la inacción del juez laboral que no extrae testimonios cuando advierte un delito, y en decretar la atipicidad penal de la conducta, en el caso del juez penal.

8.- El “riesgo permitido” en la teoría del delito resulta útil para explicar que hay conductas disvaliosas que deben ser toleradas por la “sociedad”. En las defraudaciones cometidas por empleadores en perjuicio de sus dependientes, la “sociedad que debe tolerar” viene a estar representada por los trabajadores, son únicamente ellos quienes soportan el empleo en negro y en gris. En cambio, cuando estos protestan por haber sido despedidos, no se da a la inversa la creencia de estar frente a un “riesgo permitido”, no existe tolerancia “social” frente a la protesta social, son los empresarios y los medios de comunicación quienes piden su represión y el Estado quien la ejerce. Bajo la hipótesis de riesgos permitidos, precisamente es la sociedad la que debería tolerar aquellos riesgos que son inherentes del sistema económico de producción capitalista. Éste lleva ínsito la desigual distribución de la riqueza y la escasez de fuentes de trabajo que mantienen bajos los salarios.

9.- la teoría de los ilícitos atípicos brinda una explicación respecto de conductas que generan gran daño social y que no contrarían reglas, pero sí principios. Bajo esta óptica quedan expuestas las contradicciones del sistema jurídico en relación al mundo laboral donde existen conductas disvaliosas del empleador que están previstas en reglas pero que contradicen principios caracterizados por derechos humanos laborales.

10.- La victimología es una herramienta útil para cambiar el rol de víctima culturalmente legitimada a víctima empoderada.

11.- en el seno de una relación laboral se suscitan conflictos que son criminalizados por la vía laboral y penal. Cuando el empresario es quien delinque la sanción es la indemnización; en cambio, cuando lo hace el trabajador hay doble sanción (despido y cárcel). A través de la criminología, en particular, de las teorías del conflicto, puede pensarse en que la sociedad capitalista lleva el conflicto en su seno y este es consecuencia de la desigualdad de poder de las distintas clases sociales. Trasladado a la relación laboral, se ve que en la actualidad han de

tomarse como simples conflictos y no como delitos a aquellas defraudaciones del empresario. Al naturalizarse el conflicto en el ámbito de una relación laboral se propone que: o bien el derecho penal no tiene nada que hacer en el universo laboral (desde el despido con justa causa por comisión de un delito, hasta la criminalización de la protesta social) y los tomamos como conflictos, o bien, el derecho penal debe acudir en auxilio del laboral, pero criminalizando a cada quien, sin excluir el delito de cuello blanco.

12.- los jueces laboristas no deben olvidar que por medio del art. 177 del CPPN, tienen la obligación de denunciar las infracciones penales que adviertan en los procesos en los que intervienen.

13.- la reforma en 1995 del Código Penal de España, denominado “Código Penal de la Democracia” recogió el DPT. La experiencia española sirve de modelo comparativo para nuestro sistema jurídico y su eventual análisis de futuras reformas legislativas. Si bien hasta el momento los intentos de reforma del Código Penal de la Nación (Anteproyecto de 2013) y de Código Procesal Penal, según ley 27.063, serían favorables para la incorporación del DPT a nuestro ordenamiento jurídico, lo cierto es que las reformas laborales que se avecinan parecerían descartar su incorporación a la legislación.

VI.- BIBLIOGRAFIA

-ARESE, César, *El anteproyecto de código penal; hacia un derecho criminal protectorio de los Derechos Humanos Laborales*, en Revista Derecho del Trabajo. Buenos Aires. n° 1, ene.-2015, págs. 3-21.

-ARESE, César. *Derechos Humanos Laborales: teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014.

-ARIAS GIBERT, Enrique N. *Las multas en el contrato de trabajo*, Revista Derecho del Trabajo, Año I, n° 2, Buenos Aires, Infojus, 2012.

-ATIENZA, Manuel - RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos Atípicos*, Madrid: Editorial Trotta, 2006.

-BAYLOS, Antonio-TERRADILLOS, Juan. *Derecho Penal del Trabajo*, Madrid: Editorial Trotta, 1997.

- BAYLOS, Antonio – TERRADILLOS Juan, *Derecho Penal Del Trabajo: Una Reflexión General A Partir De La Experiencia Normativa Española*, en Revista Latinoamericana de Derecho Social Núm. 7, julio-diciembre de 2008, págs. 3-26, (disponible online <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9554/11585>).
- CAMPIONE, Daniel, *Para leer a Gramsci*, Buenos Aires: Ediciones del Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini, 2007.
- D´ALESSIO, Andrés (dir) y DIVITO, Mauro A. (coor.) *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, Buenos Aires: La Ley, 2011.
- Diario La Nación, 19 de enero de 2018, link online: <https://www.lanacion.com.ar/2102218-sin-respaldo-el-gobierno-decidio-desarmar-la-reforma-laboral>.
- Entrevista a Alejandro Alagia, en Revista Aromo n° 34, año IV, diciembre 2006, disponible online: <https://issuu.com/elaromo/docs/aromo34>.
- ETALA, Carlos Alberto, *Contrato de trabajo Ley 20.744 comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires: Ed. Astrea, 2002.
- FATTAH, Ezzat A. *Victimología: Pasado, Presente y Futuro*. Publicado en “Criminologie”, vol. 33, no 1, 2000, p. 17–46, traducción de María del Mar Daza Bonachela en “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología” - ISSN 1695-0194 (2014).
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio “Tratado de Criminología”, Tomo II, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.
- JAKOBS, Günter. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 1996.
- KENNEDY, Duncan, *La educación legal como preparación para la jerarquía* en COURTIS, Christian (comp.). En: Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho. Buenos Aires: Eudeba, 2001.
- LESCANO CAMARIERE, Julián R. - TULA, Diego J., *Derecho Penal del Trabajo. Lineamientos generales* en “Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social” Buenos Aires, abr. 2007, fasc. n° 8, págs. 666-672.
- LOPEZ PALOMERO, Eduardo. *Derecho Penal del Trabajo*, Buenos Aires: La Rocca, 2011.

- MARX, Karl. *El Capital*, Libro I Tomo III, Madrid: Ediciones Akal, 2000.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997.
- RUIZ, Alicia E. C., *La ilusión de lo jurídico* en “Materiales para una teoría crítica del derecho”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1991, págs. 165-188.
- TERRADILLOS, Juan, *Derecho Penal del Trabajo*, en “Revista Penal”, n° 1, 1998, págs. 77-91 (disponible online, <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/16/16>).
- VEGH WEIS, Valeria, *Historia de la Selectividad Penal*, extracto del tercer capítulo “La selectividad penal bulímica”, tesis de la autora aprobada en el año 2015 por la Universidad de Buenos Aires, texto disponible en la biblioteca de dicha facultad (sector de referencia).
- ZAFFARONI, Eugenio R. –ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio R. –ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires: Ediar, 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (presidente), ARSLANIÁN, León Carlos - BARBAGELATA, María Elena - GIL LAVEDRA, Ricardo - PINEDO, Federico (miembros), *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación - Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Infojus, marzo 2014.