

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VI, número 10, pp. 144-168.

EL DELITO DE EXPLOTACIÓN LABORAL EN EL ORDEN JURÍDICO ARGENTINO

Patricia GALLO*

Fecha de recepción: 23 de mayo de 2020

Fecha de aceptación: 12 de julio 2020

Resumen

En este trabajo se intenta distinguir las formas contemporáneas de esclavitud o “explotación laboral en sentido amplio” (esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso) del delito que aquí se ha denominado “explotación laboral *stricto sensu*”, que no está contemplado en el orden jurídico-penal argentino. También se pone de manifiesto la necesidad de tipificar esa conducta, como delito autónomo, no en el marco de la ley de trata de personas (como eventual fase final de dicho proceso delictivo), ya que no se trata de una forma de explotación laboral grave (que constituye un concepto graduable). En esta dirección, se brindan los parámetros básicos que deberían guiar al legislador en esa tarea y se analiza si la estructura típica del art. 422 del Proyecto de Reforma General del CP de 2018 respeta tales pautas.

Palabras clave: explotación laboral - esclavitud - servidumbre - trabajo forzoso - condiciones laborales perjudiciales

Title: The crime of labor exploitation in the Argentine legal order

Abstract

This paper attempts to distinguish contemporary forms of slavery or “labor exploitation in the broad sense” (slavery, servitude and forced labor) from the crime that here has been called “labor exploitation stricto sensu”,

* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Docente de Derecho penal en la Universidad de Buenos Aires (patricia_gallo@yahoo.com). Este trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D *La responsabilidad penal de empresas transnacionales por violaciones a los Derechos Humanos y al medio ambiente* (DER 2017-85144-C2).

GALLO (2020) “El delito de explotación laboral...”, pp. 144-168.

which is not contemplated in the Argentine criminal legal order. It also highlights the need to classify such conduct as an autonomous crime, not within the framework of the law on human trafficking (as the eventual final phase of said criminal process), since it is not a form of serious labor exploitation (which constitutes an adjustable concept). In this direction, the basic parameters that should guide the legislator in this task are provided and it is analyzed whether the typical structure of the art. 422 of the 2018 General Reform Project of the CP respects these guidelines.

Keywords: labor exploitation - slavery - servitude - forced labor - harmful working conditions

Sumario: I. Introducción; II. El delito de trata de personas y la explotación laboral; III. La esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados como formas graves de la explotación laboral; IV. Las formas modernas de esclavitud y las “condiciones perjudiciales de labor”; V. La explotación laboral como delito autónomo (delito laboral); VI. Laguna normativa: ausencia del delito de explotación laboral en la Argentina; VII. Necesidad de un nuevo tipo penal de explotación laboral en el CP argentino; VIII. El delito de explotación laboral en el Proyecto de Reforma General al CP argentino (2018); IX. A modo de conclusión; X. Bibliografía.

I. Introducción

Con la sanción de la ley 26.364 en 2008, la trata de personas pasó a integrar los delitos contra la *libertad individual*, que es el bien jurídico protegido por la figura del art. 145, CP argentino.¹

El mencionado art. 145 bis dispone: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima”.²

¹ Este precepto fue modificado por la ley 26.842, en 2012. Esta reforma se centra especialmente en la exclusión del consentimiento de la víctima como una causal de renuncia de la tutela penal.

² La versión agravada del delito está prevista en el art. 145 ter: “En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

La libertad individual, en tanto objeto de protección, debe ser entendida en un doble aspecto, “como libertad física (ambulatoria o de movimientos) y como libertad psíquica (actuación sobre la voluntad o psique del sujeto pasivo)”.³ En este sentido, la trata de personas compromete la libertad individual en todas sus manifestaciones, al verse afectada desde la libertad de movimientos hasta la libertad de decidir el destino de la propia integridad corporal, en un marco de anulación o disminución de la libre determinación de la persona, que es cosificada y ve aniquilado el libre desarrollo de su personalidad y la capacidad para decidir libremente sobre el rumbo de su propia vida.⁴

Esta figura delictiva involucra un proceso complejo, compuesto por diferentes etapas que pueden ser llevadas a cabo por una única persona o por distintos actores.

La propia explotación a la que son sometidas las víctimas representa el *tramo final* de las distintas fases que componen el tráfico de seres humanos. Una de esas modalidades de explotación es la laboral (trabajo forzoso, esclavo o reducción a servidumbre).

II. El delito de trata de personas y la explotación laboral

El tipo penal de trata (art. 145 bis del CP) no abarca la *fase de explotación* de las víctimas sino el proceso previo: ofrecer, captar, trasladar, recibir o acoger personas *con fines de explotación*.

El art. 2 de la ley 26.364, modificado por la ley 26.842, entiende por explotación (laboral) las siguientes conductas:

a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condiciones de *esclavitud o servidumbre*, bajo cualquier modalidad.

beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. 2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años. 3. La víctima fuere una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma. 4. Las víctimas fueren tres (3) o más. 5. En la comisión del delito participaran tres (3) o más personas. 6. El autor fuere ascendiente o descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima. 7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Cuando se lograra consumar la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión”.

³ BUOMPADRE, *Delitos contra la libertad*, Buenos Aires, Mave, 1999, pp. 24-25.

⁴ BUOMPADRE, *supra* nota 3, pp. 61-62.

b) Cuando se obligare a una persona a realizar *trabajos o servicios forzados*.

Estas modalidades de explotación comparten una nota común: describen situaciones de *sometimiento* de la persona trasladada, captada o acogida a un trabajo o servicio en contra de su voluntad o sin su consentimiento válido.

Generalmente, en el delito de trata con fines de explotación laboral, la fase de tráfico consiste en la captación de las víctimas: se les ofrece un trabajo legal en el lugar de origen y el engaño se realiza de distintas formas, se le oculta o miente sobre el tipo de trabajo que va a realizar o sobre las condiciones laborales bajo las cuales se ejercerá dicho trabajo.⁵

El proceso de captación termina con la aceptación de la oferta laboral y la contracción de una deuda, relacionada con los gastos del traslado, que “se saldará” con el trabajo. Las víctimas aceptan la propuesta (“oralmente”) como consecuencia del engaño y luego, en la fase siguiente, cuando están en su puesto de trabajo, se ejerce la violencia sobre ellas. Es en ese momento tardío (fase de explotación) en que se percatan de que las condiciones laborales reales no son las que pactaron originariamente.

La explotación laboral, así definida por la ley de trata, ha sido receptada en el tipo penal de “reducción a servidumbre”, art. 140, CP argentino, es decir constituye un delito (en sus tres modalidades) autónomo y ubicado fuera de la ley de trata.

El citado art. 140, CP dispone que: “Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier

⁵ A la hora de explicar el fenómeno de trata laboral se señalan ciertos factores denominados de *empuje* y de *atracción* o *llamada*. Con relación a los primeros, se destacan: situación económica y social precaria, e inestabilidad política de los países de origen. Además de estas condiciones reales y objetivas, existen también las subjetivas, p. ej. la percepción de mayores oportunidades disponibles en los países de destino es muchas veces el detonante para tomar la decisión. En general, esa percepción es exagerada, alimentada por experiencias de familiares o amigos que emigraron, por los medios de comunicación o por organizaciones criminales a las que les interesa divulgar esa información. Respecto de los segundos factores, se debe tener en cuenta: demanda de trabajadores en países de destino, que no puede ser satisfecha con los nacionales o porque a pesar de existir recursos nacionales para esos puestos, resulta más ventajosa —económicamente— la contratación de extranjeros. También, existen muchas veces ligámenes históricos, culturales y lingüísticos entre países de origen y de destino que actúan de impulso para la decisión de emigrar (GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/SUSAJ/REQUENA ESPADA, “La dimensión laboral de la trata de personas en España”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-04, 2009, pp. 5 ss.).

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil”.

III. La esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados como formas graves de la explotación laboral

El nudo de la protección penal en estas tres conductas típicas es la *libertad de autodeterminarse* según una libre elección de vida —autonomía—. ⁶

Los términos “servidumbre” y “esclavitud”, no hacen alusión a una mera relación de servicio, sino a una relación de *sometimiento y enajenación de la voluntad y albedrío* de la persona. Ello exige no solamente una dominación física sobre el cuerpo del sujeto pasivo, sino un verdadero dominio psíquico. ⁷

El objetivo aquí consiste en explotar el trabajo de la víctima, bajo la condición de esclavo o siervo o bajo la imposición forzada de trabajos, y crear así una situación de *total disponibilidad* sobre esta.

La *esclavitud* refiere al sometimiento por “comercio ilegal” de personas, que en la actualidad está expresamente condenado en la mayoría de las constituciones nacionales. ⁸ Muy similar “en los hechos”, la *servidumbre* es un estado de sometimiento que presenta analogía con la esclavitud, pero puede iniciarse como sometimiento liso y llano o, por el contrario, al pactar en forma legal un servicio o labor que luego va a ir recortando la libertad del sujeto pasivo, hasta extremos intolerables para su dignidad y libertad, en tanto ser humano. ⁹

Una diferencia conceptual entre esclavitud y servidumbre es que en esta última no es necesario exigir tal extremo de dominio o señorío psíquico, ya que basta una modalidad *abusiva* de la relación

⁶ VILLADA, *Delito de trata de personas y otros delitos conexos*, Córdoba, Advocatus, 2014, p. 72.

⁷ LUCIANI, *Criminalidad organizada y trata de personas*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2011, p. 135.

⁸ En particular, el artículo 15, CN argentina dispone que: “En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”.

⁹ VILLADA, *supra* nota 6, pp. 74-75.

GALLO (2020) “El delito de explotación laboral...”, pp. 144-168.

de servicio entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. En este sentido, la servidumbre —“condición del siervo”— es más bien la sujeción de una persona a la voluntad y designios de otra desde cualquier punto de vista que implique la pérdida de la autodeterminación y en ofensa directa a su dignidad o condición de ser humano, pero sin llegar al concepto o idea de “mercancía”, como ocurre en la esclavitud.¹⁰

La esclavitud ha sido definida como “la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla o darla en trueque”.¹¹ Pero una concepción contemporánea de la esclavitud no puede basarse en el ejercicio de derechos de propiedad sobre la persona sino en una *relación posesoria de carácter fáctico* de la víctima: el autor se apropia ilícitamente del valor de su trabajo y le arrebató la condición de persona mediante el sometimiento a una situación de disponibilidad absoluta, se comporta *como si fuera* su dueño.¹²

¹⁰ VILLADA, *supra* nota 6, pp.77-78.

¹¹ Convención de Ginebra sobre Esclavitud del 25/9/1926 (art. 1). El requisito de propiedad como elemento de la esclavitud es esencial, consustancial a la esclavitud. La violencia e incluso la falta de libertad son insuficientes para constituir esclavitud. Si no hay “propiedad”, es posible que estemos ante una situación de servidumbre pero no de esclavitud. El “dueño” del esclavo posee un control completo sobre todos los aspectos de la vida del esclavo, no solo sobre su actividad laboral, sino también sobre su vivienda, religión u otros aspectos de su vida personal (DÍAZ MORGADO, *El delito de trata de seres humanos*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, 2014, p.157). Se ha definido a la esclavitud como “una condición que se caracteriza por la pérdida del libre albedrío y en virtud de la cual una persona sometida a la violencia o amenaza de la violencia se ve obligada a renunciar a su capacidad de vender libremente su propia fuerza de trabajo”. En esta definición, la “esclavitud tiene tres dimensiones fundamentales: el control por otra persona, la apropiación de la fuerza de trabajo y la utilización o amenaza de utilización de la violencia” (ver PÉREZ ALONSO, “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, en PÉREZ ALONSO (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, AAVV, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 339-340).

¹² La necesaria vinculación del delito del art. 145 bis, CP a determinados objetivos explotadores, convierte a la trata de seres humanos en la “versión moderna” de la trata de esclavos que se produjo hasta el siglo XIX. La nueva esclavitud del siglo XXI es, en cambio más rentable: es más barata que aquella legalmente establecida porque se basa en una relación fáctica de dominio en la que el valor de adquisición y mantenimiento del esclavo contemporáneo es mucho menor. Ha llegado a sostenerse que “esta instrumentalización mercantilista de las personas es una perversión más del modelo de producción capitalista dominante globalizado basado en la explotación de unos países sobre otros y en la supremacía del libre mercado; la libertad de compra y venta se convierte en un “imperativo moral”, en “fundamento de la naturaleza humana y base de una sociedad libre” (POMARES CINTAS, “El delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-15, 2011, pp. 4 ss.).

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

En cuanto a la conducta de “obligar” a realizar trabajo o servicios forzados a una persona, su característica esencial está representada por la amenaza de un castigo —corporal o no— y por el carácter involuntario de la prestación.¹³

El *trabajo* supone una actividad física personal asociada al capital como medio de producción, que produce rédito económico o traducible en beneficio patrimonial de alguna naturaleza. El *servicio* es la prestación de una actividad de toda índole análoga al trabajo, pero no consiste necesariamente en una actividad de carácter personal ni que reporte beneficios para el capital o beneficios de especie patrimonial —cuidado y cura de enfermos, servicio de atención personal, etc.—.¹⁴

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha sugerido seis elementos que de forma individual o conjunta pueden indicar una situación de trabajo forzoso: amenazas o daños físicos, restricción de movimientos o confinamiento en el lugar de trabajo, trabajo sin sueldo en pago de deudas contraídas para entrar en el país, retención del salario o reducción excesiva de este, retención del pasaporte o documento de identidad y amenaza de denuncia a la policía sobre la situación irregular del inmigrante.¹⁵

Así definido el trabajo forzoso, resulta muy difícil deslindarlo de los otros dos supuestos (esclavitud y servidumbre). Casi no podría imaginarse un caso en que se obligue a una persona a realizar trabajos o servicios forzados y que a la vez no implique ello una relación servil, ya que las condiciones que definen al trabajo así impuesto le son inherentes al concepto de reducción a servidumbre o esclavitud.¹⁶

Sin embargo, una diferencia marcada por la doctrina es la que responde a una perspectiva temporal: mientras que la servidumbre será en principio duradera en el tiempo, o tendrá al menos visos de continuidad, los trabajos forzados pueden ser esporádicos, ocasionales y para una o más oportunidades establecidas.¹⁷ En este sentido, el principal rasgo para diferenciar la servidumbre del

¹³ TAZZA, *La trata de personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, pp. 119-120.

¹⁴ VILLADA, *supra* nota 6, p. 80.

¹⁵ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS / SUSAJ / REQUIENA ESPADA, *supra* nota 5, pp. 4 ss.

¹⁶ En este sentido se expresa HAIRABEDIÁN al señalar que en muchos casos la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados se superponen (*Tráfico de personas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 70). Creo podría sostenerse una diferencia de grado entre el trabajo forzoso y la servidumbre o esclavitud, al exigir en este segundo caso que las condiciones impuestas sean más gravosas o degradantes.

¹⁷ TAZZA, *supra* nota 13, pp. 117-118.

GALLO (2020) “El delito de explotación laboral...”, pp. 144-168.

trabajo forzado radica en el sentimiento o percepción que tiene la víctima de que su condición es permanente y que resulta poco probable que la situación en la que se encuentra pueda cambiar.¹⁸

IV. Las formas modernas de esclavitud y las “condiciones perjudiciales de labor”

El trabajo esclavo o forzoso se entiende así cuando las condiciones laborales irregulares constitutivas del trabajo se obtengan bajo coacción y amenaza, *para retener al trabajador en forma involuntaria*. Pero si bien todo trabajo forzoso implica condiciones inaceptables de trabajo, no todas las condiciones irregulares son trabajo forzoso.¹⁹ Solo cuando se den bajo la utilización de formas que lesionen o restrinjan gravemente la libertad de autodeterminación del individuo y su plena capacidad volitiva para decidir su aceptación, podemos estar en presencia de esclavitud/servidumbre/trabajo forzoso.²⁰

Por eso, es necesario distinguir entre el trabajo esclavo o forzoso y el trabajo en “condiciones irregularmente perjudiciales” (con “irregularmente” se hace referencia al incumplimiento de la normativa laboral, es decir, no basta con que las condiciones sean perjudiciales si no hay infracción de la norma extra-penal). En el primer caso, se parte de la base de la *inexistencia* de una relación laboral remunerada, sea porque el trabajador realiza sus labores en el marco de una situación de privación o restricción de su libertad ambulatoria, sea porque la dirección del trabajo no respeta ninguna de las condiciones *mínimas* establecidas por la ley laboral; se priva al trabajador de un sueldo, del descanso, licencias anuales, es decir, está marginado de toda ley, convención o estatuto laboral, al presentarse una *relación de dominio* entre empleador y trabajador. En suma, existe una situación de inequidad en la que el trabajador está en una posición de máxima vulnerabilidad que le impide

¹⁸ Ello según el Tribunal de Estrasburgo, en el asunto *Siliadin contra Francia*, citado por LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Trabajo forzado u obligatorio: el significado contemporáneo de un viejo fenómeno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 48, 2018, p.402.

¹⁹ El trabajo de mujeres embarazadas en condiciones de peligro para su maternidad es considerado como un indicio de trabajo forzoso (ABOSO, *Trata de personas*, Buenos Aires, B de F, 2013, p. 106). VILLADA destaca el siguiente fallo: “La falta de mérito para procesar o sobreseer a los imputados por el delito del art. 140 del CP debe decretarse, pues si bien se demostró que explotaban talleres textiles no habilitados y que incumplían disposiciones laborales y de seguridad social con respecto a los trabajadores, no se desprende de los testimonios brindados por éstos, la existencia de signos de explotación o reducción a servidumbre” (CNCrim. y Correccional Federal, Sala I, “O.C.,O. y otros s. procesamiento”, 20 de diciembre de 2012, ver *supra* nota 7, pp.75-76).

²⁰ TAZZA, *supra* nota 13, p.118.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

directa o indirectamente abandonar dichas tareas, ejercer sus derechos laborales o bien disponer de su libertad personal.²¹

Por el contrario, en el caso de “imposición de condiciones irregularmente perjudiciales de labor”, si bien existe cierta “reducción del ámbito de autodeterminación del trabajador” *no llega a ser una relación de dominación total física o psíquica*. Se trata de casos más leves de explotación laboral (“concepto elástico”) que no encuadran en situaciones *extremas* de sometimiento como la esclavitud y servidumbre o de trabajo forzado.

En esta lógica, no se debe confundir “reducción a servidumbre o esclavitud” con *condiciones excesivamente precarias de trabajo* (que incluye también el incumplimiento de medidas de seguridad laboral, que crean peligro —no permitido— para los trabajadores).²²

Parte de la dificultad de distinguir estas dos situaciones proviene de la confusión terminológica; nótese que se identifica a las modalidades graves (esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso) como “explotación” (fase final del proceso de trata *con fines de explotación laboral*), pero también con esa expresión puede hacerse referencia a un delito específico, justamente al delito de *imposición de condiciones irregularmente perjudiciales de labor* (explotación laboral en sentido estricto).

V. La explotación laboral como delito autónomo (delito laboral)

Aunque considero adecuado que se tipifique específicamente la explotación laboral *stricto sensu*, creo que no debe incluirse como parte de los “fines de explotación laboral” que se exige como elemento subjetivo del delito de trata de personas y que se concreta como etapa final del proceso.

En ese sentido, si bien la imposición de condiciones irregularmente perjudiciales de trabajo debe ser alcanzada por el Derecho penal, y configurarse así como un delito autónomo, este no debe integrar el ámbito de la ley de trata de personas ya que no es una forma grave de explotación como la esclavitud, servidumbre y trabajo forzado.

La existencia del delito de trata de personas, en tanto proceso previo o preparación de un delito posterior, solo se justifica si esa conducta delictiva subsiguiente es lo suficientemente grave como

²¹ ABOSO, *supra* nota 19, pp. 104-105.

²² VILLADA, *supra* nota 6, p. 75.

GALLO (2020) “El delito de explotación laboral...”, pp. 144-168.

para que la barrera penal se adelante y abarque una fase previa, con una pena de gravedad (4 a 8 años de prisión, art. 145 bis, CP).

Por eso propongo un cambio de terminología en el sentido de “trata de personas con fines de esclavitud”, al entender que esta expresión engloba también a la servidumbre y al trabajo forzado. En efecto, existe aquí una *gradación* en el ataque al bien jurídico tutelado: la situación del trabajo forzoso sería la menos grave, luego se pasa por la servidumbre hasta llegar a la esclavitud. Estamos por tanto ante situaciones diferentes, que podemos delimitar por el *grado de afectación* a la libertad personal y a la personalidad jurídica de la víctima, es decir, por el nivel de degradación o cosificación de la persona. En otras palabras, podría considerarse que, en principio, todos los casos de esclavitud son casos de servidumbre y de trabajo forzoso y todos los de servidumbre son también de trabajo forzoso, pero no al revés.²³

Creo que la explotación laboral es una *noción graduable* y en su extremo máximo, cuando se llega a anular la autodeterminación del sujeto explotado, se configuran las modalidades de esclavitud y con ese término deben referenciarse.²⁴

La clave entonces será delimitar con exactitud qué elementos determinan la “explotación laboral” (como delito autónomo) y así distinguirlo adecuadamente de las formas modernas de esclavitud.

VI. Laguna normativa: ausencia del delito de explotación laboral en la Argentina

No hay en la legislación penal argentina vigente —fórmula jurídica que abarque la situación de explotación laboral *stricto sensu*, del modo que aquí se la ha definido. Existe una importante laguna

²³ PÉREZ ALONSO, *supra* nota 11, pp. 349-350. El Tribunal de Estrasburgo en el caso *Siliadin contra Francia* da a entender que hay una gradación en función de la gravedad, que la distinción entre la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso se basa en una cuestión de grado, a partir de la cual el trabajo forzoso sería una práctica menos grave que la esclavitud y la servidumbre, y la servidumbre menos grave que la esclavitud y esta la forma más extrema de explotación del ser humano (LÓPEZ RODRÍGUEZ, *supra* nota 18, p.402).

²⁴ Según esta lógica, parte de la doctrina critica la diversidad de conceptos y sostiene la necesidad de avanzar hacia la concreción de una sola noción abierta y extensa en la que pueden incluirse las distintas modalidades contemporáneas de explotación de seres humanos. Desde esta óptica, se ha propuesto —creo que acertadamente— una visión global, en virtud de la cual la esclavitud abarque la servidumbre y el trabajo forzoso (LÓPEZ RODRÍGUEZ, *supra* nota 18, p. 404 y nota 115). Así, se ha señalado que por exigencias del principio de legalidad penal sería recomendable evitar la diversificación de conceptos como si no fueran en realidad formas igualmente severas de esclavitud, y apostar a una definición que contenga un *concepto único* que aglutine las notas comunes y esenciales que los caracterizan (POMARES CINTAS, *supra* nota 12, pp. 787-788).

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

normativa que imposibilita captar los casos de explotación laboral cuando la pretensión de explotar se dirige (con un sentido económico) a la apropiación del valor del trabajo ajeno solo *perjudicando ilícitamente los derechos socio-laborales del trabajador*, pero sin someterlo a las categorías de siervo o esclavo ni mediante la imposición de la relación laboral.

En este sentido, el contexto legislativo argentino es el opuesto al configurado en el Código Penal español, donde no se tipifica legalmente de forma expresa el delito de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajo forzado. Dicho vacío legal no puede quedar cubierto con la aplicación de los delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 y 312, CP español, que refieren a situaciones de explotación laboral pero que no alcanzan el umbral mínimo de un trabajo forzado.²⁵ Como se viene señalando, las formas contemporáneas de esclavitud son situaciones de explotación *extrema* del ser humano, en las cuales se niega su propia condición de persona y su libertad personal más básica. En cambio, los *delitos laborales* se refieren solo a los *trabajadores* y no a todas las personas, en la medida en que tiene que haber una relación laboral (en sentido material y no formal) de la que se abusa para obtener un provecho mediante la explotación de su fuerza de trabajo y vulnerar con ello los derechos legalmente reconocidos al colectivo de trabajadores en relación de dependencia.²⁶

Frente a este panorama, es necesario diseñar un tipo penal específico que abarque supuestos de “explotación laboral” en los que el abuso de la situación del trabajador se traduzca en la imposición de condiciones laborales ilegalmente perjudiciales, como remuneraciones extremadamente bajas,

²⁵ El art 311.1.º, CP español sanciona con penas de prisión y multa a 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. A ello se añade, como tipo autónomo aplicable, el supuesto en el que las condiciones ilícitas se imponen con violencia o intimidación, al que le corresponde una pena superior en grado. Mientras que el art. 312. 2.º *in fine*, sanciona —también con prisión y multa— a quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo, en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenio colectivo o contrato individual (ver DÍAZ MORGADO, *supra* nota 11, p. 320). La inclusión del segundo como delito autónomo puede encontrarse en la voluntad de clarificar que *los extranjeros sin permiso de trabajo son titulares del derecho al trabajo y deben ser protegidos ante posibles vulneraciones de los derechos laborales*. Tradicionalmente se ha considerado que los extranjeros sin permiso de trabajo son objeto de una mayor protección penal al no exigir el tipo penal que las condiciones laborales sean impuestas mediante engaño o abuso de la situación de necesidad (IDEM, pp. 320-321). Según la jurisprudencia española, son claros ejemplos de “contratación abusiva” el abono de una retribución inferior al salario mínimo legal, imposición de jornada laboral muy superior a la establecida legalmente, ausencia de vacaciones y periodos de descanso, entre otras (IDEM, p. 323).

²⁶ PÉREZ ALONSO, *supra* nota 11, p. 355.

GALLO (2020) “El delito de explotación laboral...”, pp. 144-168.

falta de descanso, etc., *pero no la violación de su libertad de decidir ser o no trabajador*, pues no se le reduce a esclavo o siervo ni se *le impone* la relación laboral.

VII. Necesidad de un nuevo tipo penal de explotación laboral en el CP argentino

Además de los casos extremos de trabajo forzoso, esclavo o de reducción a servidumbre, existen en la Argentina ciertas prácticas laborales (muy comunes en el trabajo no registrado) que están fuera de los límites de la legalidad, pero que suelen ser socialmente toleradas e infrecuentemente denunciadas por los propios trabajadores: remuneraciones muy por debajo del mínimo legal, jornadas larguísimas, falta de descansos, trabajo en condiciones altamente —e ilegalmente— riesgosas, entre otras.²⁷

Brindar condiciones legales (sobre todo seguras) de trabajo representa cierto costo monetario que el empresario muchas veces no está dispuesto a pagar y, de ese modo, “somete” al trabajador —si se tiene en cuenta su dependencia en la relación de trabajo— a desarrollar su actividad en condiciones laborales *ilícitas y perjudiciales*. Este comportamiento en infracción por parte del empresario se ve exacerbado en el caso de los trabajadores “en negro” o no registrados. Esta circunstancia adquiere una relevancia esencial en el actual contexto del mercado laboral argentino, en el cual el trabajo informal y precario se ha generalizado y ha alcanzado niveles históricamente elevados.²⁸

En ese escenario de informalidad generalizada, se observa un proceso de *doble subordinación* del trabajador “en negro”. En efecto, a la dependencia propia que le confiere la relación laboral, se le suma que no puede hacer uso eficaz de los instrumentos jurídicos y extrajurídicos existentes para velar por sus intereses; de ese modo, queda sometido de forma absoluta a las políticas empresariales

²⁷ Un caso emblemático está representado por los talleres textiles clandestinos en la Argentina, donde se explota fundamentalmente a ciudadanos bolivianos que ingresan al país irregularmente (ver PACECCA, “Trabajo, explotación laboral, trata de personas”, en *Rev. Inter. Mob. Hum.*, Año XIX, n.º 37, Brasilia, jul/dic 2011, p. 152).

²⁸ Se calcula que los trabajadores no registrados (“en negro”) son algo más del 33% de la fuerza laboral. La Argentina siempre fue considerada, entre los estudiosos latinoamericanos, como un país cuya característica era una “relativa menor desigualdad”, con un mercado de trabajo “moderno”, con una situación de relativa formalidad y una institucionalidad mayor que la de otras sociedades latinoamericanas. Esta situación cambia radicalmente en la década de 1970, cuando empiezan a crecer los indicadores de desigualdad laboral y social. La Argentina se precariza. El trabajo precario es sin duda el peor problema laboral que enfrenta la Argentina. Es el que marca ya no solamente la diferencia cuantitativa de la desigualdad, sino una desigualdad más profunda, que hace a un cambio de patrón en las relaciones sociales y laborales (“La precariedad es el peor problema laboral del país”, entrevista realizada a Claudia DANANI por el diario *El Economista*, 10/06/2016).

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

relacionadas con la reducción de costes y maximización de los beneficios económicos, entre las que se incluye la omisión de brindar las condiciones laborales legalmente impuestas (sobre todo relativas a la duración de la jornada laboral, descanso, salario mínimo y medidas de seguridad).

El desvalor de estos comportamientos empresariales debe ser receptado penalmente en una nueva figura penal que abarque la *explotación laboral consistente en imponer condiciones laborales ilícitas y perjudiciales a los trabajadores por cuenta ajena, abusando de una situación de necesidad*. El “abuso de la situación de necesidad” debe exigir algo más, debe subrayar el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad del trabajador más allá de lo que es intrínseco a la desigualdad estructural entre las partes, propia de la relación de trabajo.²⁹

Asimismo, el precepto debe partir de una relación laboral *material* y no formal. Solo así estarían abarcados los trabajadores no registrados o en negro y los migrantes irregulares que son las categorías de trabajadores “materiales” más vulnerables.³⁰ En este contexto, el tipo penal postulado debe proteger a todos los trabajadores por cuenta ajena, pero con *mayor intensidad* a los trabajadores informales y dentro de estos últimos, a los migrantes irregulares.

Ello por cuanto, en un contexto de informalidad laboral, el incumplimiento de las normas laborales por parte del empresario adquiere un carácter “perverso”, porque implica un *aprovechamiento* de esa doble subordinación del trabajador. Cuanto mayor es la subordinación del sujeto pasivo al activo, más intensa es la incumbencia de este último. En el caso del trabajador en negro (y con más razón del inmigrante irregular), esa intensificación de competencia determina una mayor vinculación a lo injusto, que debe reflejarse en la pena.³¹ Por eso creo que corresponde

²⁹ Ver en este sentido SAP Sevilla, Sec. 3.º, 85/2002, de 14-3, con relación al art. 311, CP español.

³⁰ El trabajo inmigrante siempre ha sido distinto del trabajo nativo: más duro, mal pagado, inestable y sin derechos —ni al reclamo ni a la queja—, en el cual la explotación laboral deviene en el “peaje” tácito que el extranjero debe pagar para “merecer” un lugar subalterno y devaluado. Muchos migrantes expresan que su traslado internacional fue incentivado por la posibilidad de obtener un empleo en el lugar de destino. Pero no se trata de un “buen” trabajo, de un “mejor” trabajo o de uno que ofrezca oportunidad de crecimiento a futuro. La mayoría de las veces se trata de un trabajo “para inmigrante”, un empleo de calificación manual media o baja, con largas jornadas, físicamente demandante y hasta incluso peligroso (PACECCA, *supra* nota 27, pp. 151-152).

³¹ SÁNCHEZ LÁZARO, El concepto de trabajador en el derecho penal español, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.º Época, n.º 13, 2004, p. 40.

GALLO (2020) “El delito de explotación laboral...”, pp. 144-168.

desvalorar más intensamente la conducta del empresario (explotación) cuando se lleve a cabo en el marco de una relación laboral informal, que tendrá su correlato en una escala penal más gravosa.

Según este razonamiento, el tipo penal propuesto abarca como sujetos pasivos a los “trabajadores por cuenta ajena”. En este sentido, no se trata de cualquier trabajador, sino de quien se encuentra en una situación subordinada y dependiente en una relación laboral, y queda, de esta manera, expuesto al posible abuso de su superioridad por parte del empleador.³² Este momento de desequilibrio o desigualdad dota de contenido al concepto jurídico penal de “trabajador por cuenta ajena”, que debe entenderse únicamente como aquel que *realiza una actividad productiva en relación de dependencia*. Son esos los dos elementos que integran esa definición.³³ El primer elemento tiene que ver con la productividad en sentido amplio, concretamente con la realización de toda actividad productiva que genere medios materiales o bienes económicos.³⁴ La segunda nota remite a la relación de dependencia, que supone una subordinación técnica, jurídica y económica. La primera significa que el trabajador debe acatar las órdenes que le imparte el empleador sobre cómo debe ser realizado el trabajo. La subordinación jurídica resulta de la facultad que le confiere la ley al empleador de dirigir, dentro de ciertos límites, la actividad productiva de su dependiente. Finalmente, la económica se traduce en la remuneración que tiene derecho a recibir el trabajador, como contraprestación de sus servicios.³⁵

³² “La relación laboral no es horizontal o simétrica, sino vertical o asimétrica al conferirse en exclusiva al empresario el poder de dirección y organización de la estructura empresarial donde se inserta la prestación laboral” (SAP Granada, 1.º, 10/11/2008). El trabajador se ve obligado a someterse a las jornadas, ritmos y condiciones de producción que le señalan los mandos de la empresa, bajo el riesgo de perder su trabajo, por eso se ha dicho que la relación entre empleador y trabajador está “desequilibrada de manera radical y debe definirse a partir de las notas de dependencia, subordinación y sometimiento; el obrero no solo vende su capacidad de trabajo, vende también su obediencia a la disciplina de la fábrica, a las reglas de la empresa y a los dictados de los jefes”; “las formas del poder en el interior de la empresa son complejas y múltiples, su evolución se explica en parte por los avances técnicos de la industria. La máquina y los sistemas informáticos son instrumentos silenciosos de construcción de disciplina y consenso. El poder se expresa con mecanismos directos como son la vigilancia u observación, el estímulo y la amenaza, o indirectos, con mediaciones impersonales, como pueden ser los reglamentos interiores o la cadena fijada para la realización de las actividades” (SÁEZ VALCÁRCCEL, “Morir en el trabajo: política criminal frente a los accidentes laborales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 15, 2005, pp. 41 y 43). En este contexto, la posición del trabajador es doblemente dependiente. Lo es como efecto de una situación estructural de naturaleza económica y lo es también dentro del microcosmos que representa la empresa, reflejo a su vez de aquella situación más general (BAYLOS / TERRADILLOS, *Derecho penal del trabajo*, Madrid, Trotta, 1997, p. 40 ss.).

³³ SÁNCHEZ LÁZARO, *supra* nota 31, p. 36.

³⁴ SÁNCHEZ LÁZARO, *supra* nota 31, pp. 40-41.

³⁵ BADENI, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 430.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

La *relación de subordinación* es la razón material sobre la que se fundamenta la autoría del sujeto activo en este delito y, al mismo tiempo, la razón que explica la especial protección del trabajador.³⁶

La ausencia de un contrato de trabajo “formal” no representa un impedimento para el reconocimiento de los derechos laborales del trabajador explotado (sujeto pasivo) que el tipo penal debe proteger, tanto de los trabajadores en negro como “categoría general”, como de los migrantes irregulares (categoría particular de trabajadores no registrados).³⁷

Esta postura es compatible con la ley migratoria (ley 25.871) y con la Ley de Contrato de Trabajo (LCT, ley 20.744).

En efecto, más allá de la prohibición a los migrantes irregulares de trabajar o realizar tareas remuneradas del art. 53 de la ley migratoria,³⁸ complementado por el art. 55 de la misma norma, que prohíbe proporcionar trabajo u ocupación remunerada a los extranjeros que residen irregularmente, el art. 56 (ley 25.871) dispone que la aplicación de la ley de migraciones “no exime al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, cualquiera sea su condición migratoria” y agrega que “en ningún modo se afectarán los derechos adquiridos por los extranjeros como consecuencia de los trabajos ya realizados, cualquiera sea su condición migratoria”.

Por su parte, la LCT, en su art. 40, establece que se considerará prohibido el objeto del contrato de trabajo “cuando las normas legales o reglamentarias hubieren vedado el empleo de determinadas personas o en determinadas tareas, épocas o condiciones”, pero aclara que “[l]a prohibición del objeto del contrato está siempre dirigida al empleador”. El art. 42, LCT expresamente dispone que “el contrato de objeto prohibido no afectará el derecho del trabajador a percibir las remuneraciones o indemnizaciones que se deriven de su extinción por tal causa, conforme a las normas de esta ley y a las previstas en los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo”.

³⁶ SÁNCHEZ LÁZARO, *supra* nota 31, p. 37.

³⁷ En términos del Tribunal Supremo español, el art. 311, CP español “no protege las consecuencias de un contrato de trabajo formalmente válido, sino la situación de personas que prestan servicios para otra. De lo contrario, el más desprotegido debería cargar también con las consecuencias de su desprotección” (STS de 12 de abril de 1991).

³⁸ Art. 53, ley 25.871: “Los extranjeros que residan irregularmente en el país no podrán trabajar o realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o ajena, con o sin relación de dependencia”. Por su parte, quienes residen regularmente solo pueden trabajar si la categoría en la que han sido admitidos los habilita (arts. 51 y 52 de la misma ley).

GALLO (2020) “El delito de explotación laboral...”, pp. 144-168.

La posición aquí expuesta adquiere fundamento también en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en tanto establece que el trabajo “*en sus diversas formas*” gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador “*condiciones dignas de labor*”. Esa expresión debe interpretarse en el sentido de que el mandato protectorio de la ley suprema no hace distinciones acerca de la modalidad o forma jurídica de la prestación; *incluye tanto al trabajador formal, como al informal*. Siguiendo esta lógica, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas reconoció en 2016 que el derecho al trabajo abarca “nuevas categorías, como las de los trabajadores por cuenta propia, los trabajadores del sector informal, los trabajadores agrícolas, los trabajadores refugiados y los trabajadores no remunerados”. También la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se viene ocupando de modo normativo de los trabajadores de cooperativas y sectores informales.³⁹ De ahí que, para la efectividad completa de los derechos sociales, resulta necesario que se llegue a estos sectores para que gocen de condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo equivalentes a las de los trabajadores asalariados, con protección contra la discriminación, derecho a la seguridad y a condiciones de trabajo seguras y saludables, a la protección de la maternidad, a la libertad de asociación, a la libertad de disponer de su remuneración y a la protección contra el desempleo.⁴⁰

A modo de resumen, la situación de desigualdad estructural de la relación laboral, en la que una parte —trabajador— depende de la otra —empresario—, es una nota clave para configurar a los trabajadores en relación de dependencia como un colectivo vulnerable que requiere una protección eficaz de sus derechos fundamentales, que pueden verse afectados en el marco de esa relación “asimétrica”, y debe ser reforzada mediante la intervención del Derecho penal, a fin de nivelar, de proteger al más débil frente al más fuerte, frente a abusos graves.

En este esquema, los trabajadores “en negro” en la Argentina, que desarrollan su actividad en situaciones de mucho mayor precariedad que los trabajadores formales y en ámbitos de mayor riesgo (pequeñas y medianas empresas, talleres textiles, sector de la construcción, agrario y minero), y con más razón dentro de esta categoría, los migrantes irregulares, necesitan una *protección penal intensificada frente a las conductas empresariales de explotación laboral*.

Asegurado el respeto al principio de mínima intervención del Derecho penal, se trata de tipificar el quebramiento *muy grave* de las condiciones legales de trabajo, impuestas por el empresario

³⁹ ARESE, “Institucionalización de un nuevo sujeto social en Argentina”, en diario *La voz del interior*, Córdoba, 11 de mayo de 2011.

⁴⁰ ARESE, *supra* nota 39.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

que abusa de la situación de necesidad del trabajador. De este modo, el delito protegerá, de *lege ferenda*, las *condiciones dignas de labor* garantizadas por la CN y normativamente establecidas (en la legislación laboral y los convenios colectivos de trabajo).

En otras palabras, el precepto abarcará el comportamiento del empresario de imponer a los trabajadores a su servicio condiciones laborales que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos reconocidos por la ley, es decir, explotación laboral en sentido estricto: la explotación económica del trabajador a través de medios ilícitos que procura obtener un provecho económico mediante el atropello de sus derechos socio-laborales.⁴¹ Aunque la motivación económica es lo que subyace a la comisión del delito, no es necesaria su incorporación a la descripción de la conducta típica, ni como móvil del autor (elemento subjetivo) ni como exigencia de lograr efectivamente el provecho económico (elemento objetivo), ello en virtud de las dificultades que se generan por la necesidad de probar dichos elementos en el marco del proceso.

La técnica de tipificación será la de “ley penal en blanco”, ya que el tipo penal debe remitir a la normativa laboral para identificar las infracciones (graves), en la medida en que es necesario que las condiciones perjudiciales de trabajo sean *ilícitas*, lesivas para los derechos reconocidos al trabajador.

VIII. El delito de explotación laboral en el Proyecto de Reforma General al CP argentino (2018)

En el Título XXI, “Delitos contra la libertad y dignidad en el trabajo”, Capítulo 2, “Contrataciones y condiciones laborales ilegales”, encontramos el artículo 422 del Proyecto de Reforma General del CP argentino de 2018, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años y SEIS (6) a TREINTA Y SEIS (36) días-multa, siempre que no importe un delito más severamente penado, al que contratarse a una persona en forma clandestina y lo sometiere a condiciones de trabajo que afectaren gravemente su dignidad”.⁴²

⁴¹ POMARES CINTAS, *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Valencia, 2013, p. 57.

⁴² Esta formulación típica tiene similitudes con los arts. 312. 2.º *in fine* y 311. 1.º, CP español. El primer precepto establece que: “En la misma pena incurrirán [pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses] quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen

GALLO (2020) “El delito de explotación laboral...”, pp. 144-168.

¿Puede interpretarse el precepto transcrito como un tipo penal de explotación laboral *stricto sensu*?

En primer lugar, debe señalarse que esta norma no sigue los parámetros aquí establecidos para la configuración del mencionado delito. Veamos.

Como puede verse, la conducta típica debe responder a un doble requerimiento:

a) “contratación clandestina” y b) “sometimiento del contratado a condiciones laborales que afectaren gravemente su dignidad”.

Respecto del primer requisito, no queda claro para el intérprete qué exégesis cabe darle al término “clandestina”. Según la definición ofrecida por el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, clandestino es algo: “secreto, oculto y especialmente hecho o dicho secretamente por temor a la ley o para eludirla”.⁴³

En este contexto, creo que el concepto puede abarcar una contratación *informal*, asociada con el significado de dicho término, en tanto refiere a un trabajo “en negro” o “sumergido”. También puede aplicarse a una contratación contraria a una disposición específica que la prohíbe, p. ej., y según lo desarrollado antes, respecto de un inmigrante sin permiso de trabajo.

Una crítica inicial a este primer aspecto de la descripción del comportamiento típico consiste en que la protección penal queda reducida a los casos de “contratación informal o contraria a la ley” y deja fuera del elenco de sujetos pasivos al trabajador formal, quien también puede ser víctima de estas conductas empresariales ilícitas. En esta exégesis, y como se ha señalado antes, el tipo penal

reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”. Por su parte, el art. 311. 1.º dispone: “Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses: 1. 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”. Entre estos dos tipos penales solo hay dos diferencias: a) el sujeto pasivo: el art. 312. 2.º *in fine* protege a los *trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo*, en tanto que en el art. 311. 1.º podrán ser sujetos pasivos tanto los españoles como los extranjeros con permiso; y b) los medios comisivos: porque el art. 311. 1.º exige que la conducta se lleve a cabo mediante engaño o abuso de una situación de necesidad, mientras que en el art. 312. 2.º *in fine* no se exige, en principio, ningún medio comisivo; ver DÍAZ / GARCÍA CONLLEDO (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, Madrid, La Ley, 2007, p. 280.

⁴³ <https://dle.rae.es/clandestino?m=form> [Enlace verificado el día 20 de agosto de 2020].

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

aquí propuesto debería distinguir ambas situaciones y desvalorar más gravemente la explotación de un trabajador informal (con una escala de pena más gravosa).

En cuanto al segundo requisito, la conducta típica consiste en imponer, obligar al trabajador (contratado clandestinamente) a aceptar determinadas condiciones laborales que atentan contra su dignidad, es decir, que sean perjudiciales para sus derechos. Si bien la norma no prevé medios comisivos específicos *expresamente*, el término “someter” —por reflejar la situación de desigualdad estructural entre trabajador y empresario— conlleva (implícitamente) la exigencia de engaño o abuso, lo que hace innecesaria la consignación de dichos medios típicos.⁴⁴

Hay *engaño* cuando se utiliza cualquier ardid o maquinación fraudulenta y se le oculta al trabajador el significado perjudicial de la condición o la condición misma, lo que da lugar a un consentimiento viciado. En todo caso, debe resultar idóneo para determinar al “contratado” a aceptar el empleo en esas condiciones, es decir, debe tener cierta relevancia y dirigirse a lograr la imposición de tales circunstancias.⁴⁵

El *abuso de una situación de necesidad* equivale al aprovechamiento por parte del empresario de un específico estado de precariedad en el que se encuentre el trabajador afectado. Así, debe valorarse la necesidad objetiva de *ese* trabajador y resulta imprescindible que el empleador conozca ese estado concreto y sepa de la aceptación forzada de las condiciones que impone. En este sentido, y como se dijo antes, no es posible estimar cumplida la conducta típica de “explotación” por la simple existencia genérica de la situación de desigualdad entre empresario y trabajador.⁴⁶

El término “gravemente” utilizado para caracterizar a la afectación a la dignidad resulta acertado, ya que implica la exigencia de restringir el catálogo de comportamientos punibles y de

⁴⁴ En este sentido se expresa TERRADILLOS BASOCO, con relación al art. 311, CP español: según el autor, la ausencia de mención de tales medios comisivos no habría incrementado sustancialmente el ámbito de lo punible, pues no parece imaginable una imposición de condiciones ilegales si no se emplea engaño o abuso (“Derecho penal del trabajo”, en *Revista Penal*, 1998, n.º 1, p. 82).

⁴⁵ LORENZO SALGADO, “La protección de las condiciones laborales o de seguridad social en los arts. 311 y 312.2, inciso 2.º, CP”, en VARELA CASTRO / MARCHENA GÓMEZ (dir.), *La protección penal de los trabajadores: tipos, instrucción y enjuiciamiento*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 5-2008, pp. 274-275.

⁴⁶ LORENZO SALGADO, *supra* nota 44, p. 275.

GALLO (2020) “El delito de explotación laboral...”, pp. 144-168.

adecuar la intervención penal, en el contexto de la prestación laboral, a los principios de intervención mínima y de *última ratio*.

En cuanto a la expresión “condiciones laborales”, ha de entenderse que alude a aquellas que constituyen el contenido de la relación de trabajo, es decir, todas las que afectan a la celebración, ejecución y cumplimiento del contrato: salario, jornada laboral, vacaciones, etc.⁴⁷

Ahora bien, las condiciones perjudiciales (que afectan gravemente la dignidad), como salario *por debajo del mínimo establecido*, jornada *más extensa que la correspondiente*, ausencia de vacaciones *previstas*, etc., constituyen violaciones a los derechos reconocidos al trabajador que el orden jurídico-laboral, en tanto “derecho protectorio” de la parte débil de la relación laboral, establece como “condiciones mínimas” que la parte fuerte (empresario) debe respetar.⁴⁸ Y es aquí donde la redacción del tipo penal presenta su mayor deficiencia: si bien exige que las condiciones impuestas “afecten gravemente la dignidad” del trabajador, *no exige que sean ilegales*. Es decir, no recurre a la técnica de la ley penal en blanco, como se ha recomendado antes. En efecto, según el esquema aquí expuesto, la conducta típica de explotación debe partir de la *infracción de las normas laborales* que regulan las condiciones de trabajo. Esa cláusula de remisión (ausente en el art. 422 analizado) cumple una función importante porque respeta el principio de “unidad del ordenamiento jurídico”, en la medida en que evita eventuales contradicciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo/laboral y reduce las posibilidades de que el primero prohíba conductas permitidas por el segundo.

En este ámbito (relaciones laborales) tan intensamente regulado por otras ramas jurídicas, el Derecho penal cumple una función *subsidiaria*, ya que la tutela inmediata de las condiciones de

⁴⁷ LORENZO SALGADO, *supra* nota 44, p. 270.

⁴⁸ La tendencia a dar especial protección a la parte más débil de la relación laboral —trabajador— (principio protectorio) se complementa con el “principio de irrenunciabilidad” que plantea la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de las ventajas que el Derecho laboral le concede a los trabajadores: no pueden renunciar a estos. Sin este principio, el principio protector sería inoperante y tiene su fundamento en la *indisponibilidad*: el trabajador no puede disponer de sus derechos laborales frente al empleador. Esta cuestión se relaciona con la (ir)relevancia del consentimiento del trabajador a las condiciones perjudiciales ilícitas de trabajo. En las relaciones laborales, el papel tutelar que cumple el Derecho impide concebir la sujeción a condiciones infra-legales del trabajador como un desistimiento de este a sus derechos (indisponibles), por cuanto el trabajador no puede valerse de otras herramientas y técnicas que aquellas que le impone el patrón, quien detenta las facultades de organización y dirección de la producción (arts. 64 y 65, LCT). Por lo tanto, resulta indisponible su tutela y ello no solo por imperio legal, sino constitucional (art. 14 bis, Constitución Nacional) e internacional (tratados a los que la Argentina se ha obligado voluntariamente y que organismos como la OIT supervisan).

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

trabajo la ejercen los derechos laboral y administrativo. En ese sentido, la herramienta penal, en tanto *ultima ratio*, debe dirigirse a un momento *posterior* al incumplimiento del orden laboral/administrativo, por medio de un fortalecimiento de los objetivos de protección de esta normativa extra-penal y cuando, además de esa infracción, se configure una afectación *grave* a la dignidad del trabajador y no ante cualquier infracción administrativa. La evaluación del plus *afectación grave* corresponde, en este contexto, al juzgador. De este modo, con la remisión a la norma extrapenal se garantiza un mayor respeto de los principios político-criminales de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad, al atribuir al Derecho penal un papel “accesorio” y no principal, pues permite que únicamente se castiguen aquellas conductas especialmente graves.⁴⁹

Sin esa cláusula de remisión, la expresión “afectación grave de la dignidad” se torna demasiado amplia e imprecisa, ya que en la exégesis de dicha fórmula no hay un límite normativo, al no requerir el tipo penal que esas condiciones sean, además, *ilegales*.

Esta estructura típica genera el siguiente problema:

La falta de precisión del comportamiento típico puede conllevar una *delegación subrepticia en la toma de decisiones penales básicas a favor del juez*.⁵⁰

⁴⁹ El concepto de “accesoriedad del Derecho penal” no debe entenderse en el sentido de subordinación al resto de las ramas que conforman el ordenamiento jurídico, sino más bien en el sentido de “complementariedad”, de tal modo que el Derecho penal intervendría en aquellos casos en que los mecanismos extra-penales existentes no garantizan en su totalidad la protección del bien jurídico, cuando las otras ramas del Derecho no cubren la totalidad del desvalor de determinadas conductas (HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Barcelona, Atelier, 2005, pp. 95-97 y nota 201).

⁵⁰ En el principio de legalidad se pueden distinguir una dimensión técnica y una política. En el primer aspecto, dicho principio proporcionaría la esencial garantía de la seguridad jurídica: que los ciudadanos sepan —en la medida de lo posible— qué conductas pueden realizar y cuáles no, con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones a las normas, en qué marco procesal y con qué condiciones de ejecución. El segundo aspecto se refiere a la necesaria vinculación entre las decisiones incriminatorias y la representación básica de los ciudadanos: tiene por objeto fundamental el problema de la legitimación democrática de las disposiciones definitorias de los delitos y las penas y de las decisiones que aplican tales normas. Dentro de esta vertiente política, puede distinguirse además, entre un aspecto formal y uno material. El primero atiende al rango de las normas reguladoras de la materia penal, es decir, solo por ley —e incluso por ley cualificada, en tanto expresión de la voluntad general— podrán introducirse las restricciones del ámbito de libertad de los ciudadanos que representan las penas (en efecto, solo en un procedimiento de las características del legislativo puede esperarse la debida atención a los criterios de la mayoría de la población, a la vez que la consideración de los puntos de vista de las minorías). El segundo aspecto, en cambio, se refiere al grado de precisión con que el legislador cumple su función de establecer tales normas penales y al grado de vinculación existente entre dichas normas y las decisiones de los jueces (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Buenos Aires, B de F, 2010, pp. 402-404).

GALLO (2020) “El delito de explotación laboral...”, pp. 144-168.

En efecto, sin el reenvío, la interpretación de *cuándo* esas condiciones laborales afectan gravemente la dignidad del contratado, recae *exclusivamente* en el juzgador, cuyo excesivo ámbito de discrecionalidad puede afectar el principio de legalidad. La indeterminación de la conducta típica lleva implícita una renuncia del legislador a su misión de definir los comportamientos punibles y *una posible remisión al juez para que proceda a tal labor*.⁵¹ Desde esta óptica, la necesidad de que la ley penal contenga un núcleo claro, bien determinado, suficientemente estable y que cubra la mayor parte del campo de aplicación de las normas, tiene que ver con la precisión en los mensajes normativos del legislador y la máxima vinculación del juez al tenor de dichos mensajes, a la hora de aplicar sus decisiones.⁵²

En este esquema, el principio de legalidad puede verse entonces como expresión del principio de separación de los poderes; lo que debe traducirse en un adecuado equilibrio entre la función legislativa de *crear* el delito, la del ejecutivo de *aportar una precisión* (mediante el reenvío a reglamentaciones) —pero no definición— de la conducta prohibida y la del juez de *valorar*—pero tampoco definir— el comportamiento típico.

IX. A modo de conclusión

Las normas penales argentinas vigentes contemplan casos de “formas modernas de esclavitud”, en tanto fase final del proceso de trata de personas (art. 140 CP), pero son insuficientes para abarcar casos de explotación laboral *stricto sensu*. Como consecuencia de esta laguna normativa, hay comportamientos empresariales que imponen a los trabajadores condiciones laborales ilegales, *gravemente perjudiciales*, que quedan fuera de la intervención penal.

Con este telón de fondo, la inclusión del art. 422 en el Proyecto de Reforma General al CP (2018) representa una acertada iniciativa; sin embargo el tenor literal no cumple con los parámetros

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 49, p. 406. El principio de legalidad se enlaza, con su reserva a favor del Poder Legislativo de las decisiones básicas en materia penal, con el principio de separación de poderes, pues se impide que sean los poderes Ejecutivo o Judicial los que decidan acerca de aquellos extremos. Esto solo se puede lograr con leyes lo suficientemente precisas que eviten que tal decisión quede en manos del juez (NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada, Comares, 2010, p. 37).

⁵² SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 49, pp. 407-409. El espacio cedido al juez de decisión de la frontera de lo punible crea la tensión entre seguridad y justicia (entendida esta como adaptación del derecho a las necesidades sociales) (DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 29).

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

que aquí se han considerado necesarios para una protección eficiente de los intereses jurídicos en juego.

En este sentido, el bien jurídico tutelado en el delito de explotación laboral aquí postulado no será la libertad como en el caso del art. 140, CP argentino, sino el derecho a la prestación del trabajo en las *condiciones reconocidas por la legislación vigente*, como manifestación de la *dignidad* del trabajador.⁵³ La dignidad personal constituye un valor espiritual y moral inherente al individuo, cuyo respeto debe gozar del mayor nivel de protección, como derecho fundamental. Puede definirse a la dignidad personal como “el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno”.⁵⁴

X. Bibliografía

ABOSO, *Trata de personas*, Buenos Aires, B de F, 2013.

ARESE, C., “Institucionalización de un nuevo sujeto social en Argentina”, en diario *La voz del interior*, Córdoba, 11 de mayo de 2017.

BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2010.

BAYLOS, A. / TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, Madrid, Trotta, 1997.

BUOMPADRE, J., *Delitos contra la libertad*, Buenos Aires, Mave, 1999.

DÍAZ MORGADO, C., *El delito de trata de seres humanos*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, 2014.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, Madrid, La Ley, 2007.

⁵³ De un modo similar, se postula que el interés protegido en los arts. 311. 1.º y 312. 1.º, CP español es “*la prestación del trabajo en las condiciones exigidas por la legalidad vigente*” (sobre el punto, ver DÍAZ / GARCÍA CONLLEDO (Dir.), *supra* nota 42, p. 283).

⁵⁴ ROJAS RIVERO, *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*, Albacete, 2005, pp. 15 ss.

GALLO (2020) “El delito de explotación laboral...”, pp. 144-168.

DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., SUSAJ, G. Y REQUENA ESPADA, L., “La dimensión laboral de la trata de personas en España”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-04, 2009.

HAIRABEDIÁN, M., *Tráfico de personas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.

HORTAL IBARRA, J., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Barcelona, Atelier, 2005.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., “Trabajo forzado u obligatorio: el significado contemporáneo de un viejo fenómeno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 48, 2018.

LORENZO SALGADO, J., “La protección de las condiciones laborales o de seguridad social en los arts. 311 y 312.2, inciso 2.º, CP”, en VARELA CASTRO / MARCHENA GÓMEZ (dir.) *La protección penal de los trabajadores: tipos, instrucción y enjuiciamiento*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 5-2008.

LUCIANI, D., *Criminalidad organizada y trata de personas*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2011.

NAVARRO FRÍAS, I., *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada, Comares, 2010.

PACECCA, M., “Trabajo, explotación laboral, trata de personas”, en *Rev. Inter. Mob. Hum.*, Brasilia, año XIX, n.º 37, jul/dic 2011.

PÉREZ ALONSO, E., “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, en PÉREZ ALONSO (dir.) *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, AAVV, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-15, 2011.

ROJAS RIVERO, G., *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*, Albacete, 2005.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

SÁEZ VALCÁRCEL, R., “Morir en el trabajo: política criminal frente a los accidentes laborales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, n.º 15, 2005.

SÁNCHEZ LÁZARO, F., “El concepto de trabajador en el derecho penal español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º 13, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Buenos Aires, B de F, 2010.

TAZZA, A., *La trata de personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.

TERRADILLOS BASOCO, J., “Derecho penal del trabajo”, en *Revista Penal*, n.º 1, 1998.

VILLADA, J., *Delito de trata de personas y otros delitos conexos*, Advocatus, Córdoba, 2014.