

## EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE MANO DE OBRA

ANTONIO MEGÍAS BAS  
*Doctorando en Derecho*  
*Universidad de Murcia*

Fecha de recepción: 31-01-2014

Fecha de aceptación: 22-07-2014

**RESUMEN:** Con el presente trabajo se pretende analizar la coherencia de la doctrina científica con las resoluciones judiciales respecto del tráfico ilegal de mano de obra. Para ello, partimos del estudio de la normativa vigente, del estado de la doctrina y de las sentencias penales en la materia. La metodología utilizada pertenece a lo que se ha definido como investigación documental. Las técnicas para el análisis han sido el *análisis de contenido*, y el *análisis de documentos* científicos y de la normativa legal.

Las sentencias examinadas son un total de 16, de las que, para nuestro análisis, eran útiles 14, y al ser la última disponible de 2009, recurrimos al auto más reciente –de 2011- para confirmar si se sigue aplicando la misma línea interpretativa. Como resultado, obtenemos que doctrina, jueces y tribunales coinciden en que el tipo penal protege la indemnidad de la relación laboral, pero para la doctrina el verbo nuclear del tipo penal es traficar y entienden por ello, la colocación al margen de los mecanismos legales de contratación y la cesión ilegal de personas empleadas, mientras que jueces y tribunales consideran que la conducta principal es la explotación.

**PALABRAS CLAVE:** delito, tráfico ilegal, mano de obra, doctrina, jueces, tribunales.

**ABSTRACT:** *The aim of the research is to analyze the consistency of the scientific doctrine of judicial decisions regarding the illegal trafficking labour. To do this, we will study the current laws, the state of the doctrine and criminal judgments in the matter. The methodology used was documentary research. Techniques for the analysis are as follows: Firstly, content analysis, and secondly, we used the analysis of scientific documents and legal regulations. A total of 16 sentences were tested, of which, for our analysis, 14 were useful, and the last sentence available from 2009. So we draw on the most recent charge (2011) to confirm whether it still uses the same line of interpretation. As a result, we obtain that Doctrine, Judges and Courts agree in that the Penal type protects the indemnity of the employment relationship, but for the Doctrine the nuclear verb of the Penal type is traffic thus they understand that the placement of the legal mechanisms margins for the illegal recruitment and assignment of the employees, whilst Judges and Courts consider that the principal conduct is the exploitation.*

**KEYWORDS:** *Crime, Illegal trafficking, Labour, Doctrine, Judges, Courts.*

**SUMARIO:** I. Acercamiento al estudio del tipo penal. II. Sujetos activo y pasivo del delito. III. Supuesto de hecho. IV. Análisis jurisprudencial. V. La distinción entre el art. 312.1 y el 177 bis CP. VI. Análisis de contenido jurisprudencial del art. 312.1 CP. VII. Conclusiones y propuestas. VIII. Bibliografía.

## I. ACERCAMIENTO AL ESTUDIO DEL TIPO PENAL

El Código Penal español recoge en el Título XV del Libro II (arts. 311-318) los “delitos contra los derechos de los trabajadores”, tipificando en este Título, aunque en ocasiones no de forma precisa, las acciones y omisiones constitutivas de delito.

Los preceptos aquí contemplados describen actos o incumplimientos del ámbito laboral que, por su trascendencia, merecen la reacción por parte de la jurisdicción penal. Por tanto, una nota característica diferenciadora del tipo penal frente a la infracción administrativa es la gravedad del hecho<sup>1</sup>.

En esta materia, existe una amplia normativa administrativo-laboral protectora de los derechos de los asalariados. Ahora bien, algunas violaciones de los derechos de las personas trabajadoras son, por su especial relevancia, tipificadas en el Código Penal y sancionadas por la jurisdicción penal. Este hecho no debe suponer una vulneración del principio “non bis in ídem”, como veremos más adelante, aunque un sector de la doctrina entienda que existe duplicidad a la hora de proteger determinados derechos.

En palabras de MIR PUIG, “el Derecho penal ha de ser la ultima ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos”<sup>2</sup>. Ciertamente, el Derecho Penal ha de ser subsidiario del Derecho sancionador laboral y ha de intervenir sólo

---

<sup>1</sup> Véase, MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 20ª Ed., Madrid, Tecnos, 2011, pág. 283, quienes señalan que “puede decirse que en estos preceptos se contemplan infracciones laborales que añaden alguna nota de gravedad, desde el punto de vista del orden público o la convivencia social, a las que simplemente generan responsabilidad administrativa”.

<sup>2</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal (parte general)*, 7ª ed, Barcelona, Reppertor, 2004, pág. 127.

en los supuestos en los que los derechos de las personas empleadas se vean gravemente afectados<sup>3</sup>, pues puede ocurrir en ocasiones, que tales derechos no sean lesionados sino todo lo contrario, que quienes trabajan se vean favorecidos en sus intereses, como puede ocurrir en el caso de la cesión ilegal de trabajadores, en el supuesto de que este, al regularizar su situación laboral, no conserve el mejor salario que obtenía mientras estaba vinculado con la empresa cedente. Por ello, hay que tener presente el principio de intervención mínima, buscando el bien social con el menor coste<sup>4</sup>.

La estructura general de toda norma penal es sencilla, pues consta de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. En nuestro caso, el objeto de estudio es el art. 312.1 CP, donde se dispone que “*serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra*”; como más adelante veremos, se trata de un delito autónomo, diferente del delito de migraciones fraudulentas o clandestinas. El supuesto de hecho es traficar de manera ilegal con mano de obra, cuya consecuencia jurídica es la pena de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses.

## II. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO

En primer lugar, debemos determinar el sujeto activo del delito, y, al respecto, cabe señalar que se trata de un sujeto indeterminado por el Código Penal, ya que se refiere a “*los que trafiquen de manera ilegal*”, no especificando que éste sea el empresario o empleador sino que puede ser cualquier persona (así, tanto un particular que actúa como intermediario entre el empresario y el trabajador como un empresario que acuerda con otro cederle mano de obra a cambio de un precio) y,

---

<sup>3</sup> En este sentido, SAP Barcelona de 15 de diciembre de 1998 (ARP\1998\5931): “La represión penal ha de venir reservada para aquellos supuestos de tráfico ilegal que, por ser más intolerables, merecen un reproche superior a la mera sanción administrativa, y que indiscutiblemente se nos presentarán no como conductas aisladas sino más o menos habituales y, en todo caso, lucrativas”.

<sup>4</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal (parte general)*, cit., pág. 127, advierte que “el Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos”. En el mismo sentido, SAP Barcelona de 15 de diciembre de 1998 (ARP\1998\5931).

aunque en la mayoría de los casos pueda ser un empresario por tratarse de un delito contra los derechos de los trabajadores, no siempre será así<sup>5</sup>. No obstante, un sector de la doctrina considera que se trata de un delito especial que sólo puede ser cometido por el empleador o empresario<sup>6</sup>.

Habría sido más sencillo si el legislador hubiese especificado el sujeto activo del delito, de modo similar a como ocurre en la legislación administrativa laboral, - concretamente en el art. 2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS)-, no dejándolo a la interpretación de la doctrina, los jueces y tribunales competentes. El mencionado artículo puede ser tomado como referencia para interpretar la norma penal, puesto que en él se precisa que son sujetos responsables de la infracción laboral determinadas personas físicas o jurídicas y comunidades de bienes, que pueden variar dependiendo del tipo de relación de que se trate. Así, en la relación laboral estricta, se considera responsable al empresario (art. 2.1 LISOS); en los movimientos migratorios a “los transportistas, agentes consignatarios, representantes, trabajadores y, en general, las personas físicas o jurídicas que intervengan” en dichos movimientos (art. 2.4 LISOS); y respecto de la normativa sobre trabajo de extranjeros, a “los empresarios y trabajadores por cuenta propia” (art. 2.5 LISOS).

En cuanto al sujeto pasivo, parece no haber debate, éste será el trabajador afectado por la conducta del sujeto activo. No obstante, los pronunciamientos judiciales no consideran como tal a las personas que trabajan, en su acepción jurídico laboral (aquellas que prestan su trabajo por cuenta ajena en virtud de una relación contractual reglamentada)<sup>7</sup> pudiendo ser cualquiera, incluso legal o clandestina, ya que si se admitiese lo contrario equivaldría, en palabras del Tribunal Supremo, a “una

---

<sup>5</sup> En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 13ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 349: “Sujeto activo en este sentido puede serlo cualquiera que trafique con mano de obra. No se requiere, pues, que sea empresario”. Y, VILLACAMPA ESTIARTE, C. “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Dir. G. Quintero Olivares, y Coord. F. Morales Prats, *Comentarios al Código penal español*, 6ª ed., Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, pág. 1154.

<sup>6</sup> En este sentido: QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal (parte especial)*, 6ª ed, Barcelona, Atelier, 2010, pág. 863, el cual establece un paralelismo con el artículo 311 CP, estableciendo que en ambos casos el sujeto activo es el empresario.

<sup>7</sup> En este sentido, entre otras, SAP de Huelva de 7 de noviembre de 2005 (ARP\2006\361).

invitación a los empleadores para la contratación de inmigrantes ilegales en cualesquiera condiciones, porque no están sujetos a ninguna normativa”<sup>8</sup>.

### III. SUPUESTO DE HECHO

Una vez analizado el sujeto activo y pasivo, debemos concretar el supuesto de hecho, para saber exactamente qué abarca, ya que se trata de un tipo poco concreto que puede ocasionar un concurso de delitos con otros supuestos de hecho contemplados en nuestro Código Penal. Así, respecto del art. 177 bis CP, que tipifica la trata de seres humanos, siendo una de las finalidades de dicho supuesto de hecho la trata con fines de explotación laboral<sup>9</sup>, podría ocasionarse un concurso ideal (un hecho constituye dos o más delitos); y en relación con los delitos de falsedad documental o de estafa se podría apreciar concurso medial (delito medio para cometer otro).

El verbo base del tipo es traficar, palabra que proviene del latín *transfigicare*, que quiere decir cambiar de sitio y tiene como acepciones: comerciar, negociar con dinero y las mercancías; andar o errar por varios países, correr mundo; y también, hacer negocios no lícitos<sup>10</sup>. Esta es la definición que da la Real Academia de la Lengua Española para dicho término. Por tanto, traficar con mano de obra, requiere que dos o más sujetos acuerden comerciar o hacer negocios no lícitos con una cosa u objeto; en este caso, la cosa u objeto son personas en las que concurre una cualidad especial, que son trabajadoras, ya que para consumir el delito se requiere que la persona sea contratada o pase a prestar sus servicios a un tercero, producto de los

<sup>8</sup> En esta línea, STS de 30 de junio de 2000 (RJ\2000\6081) y SAP Huelva de 7 de noviembre de 2005 (ARP\2006\361)

<sup>9</sup> Art. 177.1 bis CP: “Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.

b) La explotación sexual, incluida la pornografía.

c) La extracción de sus órganos corporales.

<sup>10</sup> <http://lema.rae.es/drae/>, 5 de junio de 2013.

actos del sujeto activo o de su mediación. Al fin y al cabo, con lo que se mercadea es con personas y éstas no son mercancías, ni se puede comerciar con ellas como si se tratara de simples objetos. Traficar cuando se refiera a personas, siempre será ilegal, como también define la RAE, ya que significa hacer negocios no lícitos; nuestro ordenamiento efectúa una redundancia de términos, ya que si fuese legal, no se estaría traficando, sino que nos encontraríamos ante otros supuestos, y habría que especificar claramente lo que provoca el ilícito de la acción llevada a cabo. Da igual la finalidad con la que se realice el acto, siempre será ilícito<sup>11</sup>. Nos quedaremos con estas dos acepciones del término, ya que las otras serían propias del art. 313.1 CP, que castiga las migraciones fraudulentas o clandestinas, que están relacionadas en parte con el art. 312.1 CP. Recuérdese que en el CP de 1973 se encontraban tipificados conjuntamente, en el art. 499 bis apartado 3º, los tipos penales ahora regulados en los arts. 312.1 y 313.1 del actual CP.

Al estudiar el tráfico ilegal de mano de obra debemos remitirnos a la normativa laboral, la cual nos conduce a considerar que son tres las posibles modalidades de la conducta típica objeto de análisis: a) la mediación con autorización administrativa, pero vulnerando la prohibición de lucro, b) la mediación sin autorización para operar legalmente en tareas de intermediación laboral (arts. 16.2 ET Y 16.1 LISOS), y c) la cesión ilegal de mano de obra (art. 43 ET).

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia exige ánimo de lucro en el sujeto activo -aunque este ánimo de lucrarse no tiene por qué afectar a los intereses del trabajador-, además de los requisitos de habitualidad<sup>12</sup> o continuidad<sup>13</sup>. No

---

<sup>11</sup> En este sentido, se pronuncia la SAP de Barcelona de 15 de diciembre de 1998 (ARP\1998\5931): “La represión penal ha de venir reservada para aquellos supuestos de tráfico ilegal que, por ser más intolerables, merecen un reproche superior a la mera sanción administrativa, y que indiscutiblemente se nos presentarán no como conductas aisladas sino más o menos habituales y, en todo caso, lucrativas pues, como también ha señalado parte de la doctrina, el término «traficar», que constituye el verbo nuclear del tipo penal, ha de entenderse en el sentido de comerciar, eso es, la actividad de mediación habitual no autorizada de contratos de trabajo presidida por un ánimo de lucro, quebrando el control administrativo, por lo que la conducta habrá de entenderse atípica cuando no se den las notas de habitualidad y de lucro”.

<sup>12</sup> En contra de la exigencia de habitualidad: TERRADILLOS BASOCO, J.M. y otros, *Derecho Penal parte especial (Derecho Penal económico)*, Tomo IV, 1ª ed, Madrid, Iustel, 2012, pág. 245.

<sup>13</sup> Precisa, en esta línea, la SAP Barcelona de 15- de diciembre de 1998, cit., que “Ha de señalarse que el tráfico ilegal de mano de obra ha sido igualmente tipificada en el vigente Código Penal de 1995 (RCL 1995\3170 y RCL\1996\777), en su artículo 312.1, sin exigirse que de ello resulte perjuicio alguno para el trabajador”.

obstante, la mayor parte de los pronunciamientos judiciales considera que no es necesario el cumplimiento de dicha exigencia, en el entendimiento de que el hecho típico es el deseo de realizar la acción al margen de los mecanismos legales, no implicando necesariamente ánimo de lucrarse<sup>14</sup>, ya que este ánimo no se desprende del tipo penal. Opinión que no comparto, pues, a mi juicio, para diferenciar la infracción administrativa del tipo penal debe concurrir algún plus de antijuridicidad, siendo uno de los factores determinantes de la existencia de dicho “plus”, el ánimo lucrativo del traficante<sup>15</sup>.

El Tribunal Supremo, por su parte, considera que el bien jurídico protegido lo constituye un conjunto de intereses concretos y generales, que se infieren del Título en el que se encuentra ubicado este tipo en el Código Penal, protegiéndose la relación laboral y sus condiciones, y sancionándose aquellas conductas que atentan contra la persona empleada; de este modo, el centro de la conducta lo constituiría la explotación del trabajador<sup>16</sup>. Ahora bien, desde mi punto de vista, esta interpretación más que aclarar el precepto lo enreda, pues cabría preguntarse cuál es la diferencia existente con el supuesto de hecho contemplado en el artículo, antes mencionado, referido a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral. Así mismo, desaparecería el peligro abstracto siendo un peligro efectivo, que se materializa en la persona empleada. En cuanto a la naturaleza colectiva del bien jurídico, la SAP de Badajoz de 16 de diciembre de 2005 (ARP\2006\100), deduce las siguientes consecuencias: “a) *Es indiferente el número de personas afectadas por el tráfico ya que se apreciará un único delito; b) el bien jurídico es irrenunciable y no disponible, de manera que el consentimiento prestado por quien consiente ser objeto del tráfico*

---

<sup>14</sup> En este sentido, la SAP Huelva de 22 de mayo de 2004 (ARP\2005\17) señala que “basta la realización del acto prohibido potencialmente lesivo para los derechos de los trabajadores para que nazca el delito, sin que en ninguno de los dos supuestos se exija como elemento subjetivo del injusto la concurrencia del ánimo de lucro”

<sup>15</sup> En este sentido, SAP Madrid de 8 de enero de 2008 (ARP\2008\239).

<sup>16</sup> Sobre el particular, concreta la STS de 10 de marzo de 2005 (RJ\2005\4045), que “Es doctrina de esta Sala que el bien jurídico protegido, como se infiere del epígrafe del título, está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores ( STS 30 de junio de 2000 [ RJ 2000, 6081] ), con independencia de que el contrato de trabajo sea válido o nulo y abstracción hecha de que el trabajador esté en situación legal o sea un inmigrante ilegal (Cfr. Sentencias 995/2000, de 30 de junio y 2205/2002, de 30 de enero de 2003). Igualmente tiene declarado esta Sala que el elemento central de esta conducta delictiva lo constituye la explotación del trabajador (Cfr. Sentencia 995/2000, de 30 de junio)”.

*es irrelevante; por último, c) es posible el establecer concursos entre este delito y otros delitos que lesionen bienes jurídicos individuales”.*

La sentencia aludida defiende que, al tratarse de un delito de peligro abstracto, la consumación se produce por la realización de la conducta antijurídica, sin que sea necesaria la acreditación de la existencia de perjuicio alguno para el sujeto pasivo. Esta línea es la seguida también por la AP de Madrid, en su sentencia de 8 de enero de 2008 (ARP\2008\239), que defiende que el hecho típico es contratar al margen de los mecanismos legales establecidos, así como la cesión ilegal de trabajadores, y que esta conducta será penalmente antijurídica, cuando se dé un plus, considerando que este plus de antijuridicidad lo da el ánimo de lucro y la continuidad o habitualidad en el sujeto activo. No se considera, pues, la explotación un elemento determinante del tipo, interpretación que comparto.

Esta postura de la explotación como elemento central, es comprensible contextualizándola, ya que el art. 177 bis CP fue introducido en el año 2010; con anterioridad, para castigar el tráfico de personas es razonable que se recurriera a este precepto, pero tras esa fecha, al existir un delito que regula la trata de seres humanos, se debe revisar la interpretación que se realiza del art. 312.1 CP.

En la línea marcada por el Tribunal Supremo, se pronuncian algunas Audiencias Provinciales. Así, a título de ejemplo, en la sentencia de la Audiencia de Barcelona de 3 de febrero de 2009, se intenta aclarar esta cuestión, aunque manteniendo el hecho de la explotación de la persona empleada como diferencia de la infracción administrativa, señalando que *“no toda restricción de los derechos de los trabajadores puede ser considerado como un tráfico ilegal de mano de obra, sino solo aquellas restricciones que, por su naturaleza y trascendencia, constituyen una explotación del trabajador, entendiéndose por tal la imposición de unas condiciones de trabajo, totalmente abusivas, como son, y sin ánimo exhaustivo, la fijación de un salario muy por debajo del que pudiera corresponderle, una jornada excesivamente larga, o bien otras condiciones laborales que afecten a la dignidad de la persona trabajadora”.*

Sin embargo, la doctrina científica mayoritaria considera que por tráfico ilegal de mano de obra debe entenderse tanto la colocación laboral al margen de los

mecanismos legales, como la cesión ilegal de mano de obra<sup>17</sup>. En este mismo sentido se expresa la Audiencia Provincial de Huelva en su sentencia de 22 de mayo de 2004<sup>18</sup>. Asimismo, la jurisprudencia establece que nos encontramos ante un delito abstracto, que no requiere que se materialice el abuso o lesión en la persona empleada, elemento que sí es necesario en el art. 312.2 CP.

#### IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

A continuación analizaremos algunas de las sentencias más destacadas en cuanto al tráfico ilegal de mano de obra se refiere para, mediante ellas, intentar concretar cuál es la posición del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, en la materia.

Comenzaremos analizando la STS 143/1998, de 5 febrero, teniendo presente que la misma aplica el anterior Código Penal de 1973, donde el único artículo que trataba sobre los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo era el art. 499 bis, dentro del Título XII, Capítulo VIII.

De este artículo destacaremos su redacción, en mi opinión más clara que la actual, que establecía lo que sigue:

*“Será castigado con pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas:*

---

<sup>17</sup> MUÑOZ CONDE, F., *cit.* pág 349 y en ese sentido, MORILLAS CUEVA, L. “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Coord. M. Cobo del Rosal, *Derecho penal español: parte especial*, Madrid, Dykinson, 2005, pág. 677.

<sup>18</sup> SAP de Huelva de 22 de mayo de 2004 (ARP\2005\17) “El tráfico ilegal de mano de obra se halla así actualmente tipificado en el artículo 312.1 del Código Penal, como un delito distinto e independiente de los relativos a las migraciones laborales fraudulentas o clandestinas, considerando esta Sala, siguiendo la doctrina científica más autorizada, que lo que dicho precepto sanciona es la contratación de trabajadores realizada al margen de la normativa reguladora de esa actividad, distinguiéndose a su vez dos conductas típicas, cuales son la colocación a través de vías distintas a la contratación directa del trabajador por el empresario o mediante la intervención del Instituto Nacional de Empleo, las empresas de trabajo temporal o las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro –únicos organismos legalmente autorizados para mediar en la contratación laboral– y la cesión de mano de obra realizada al margen de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, que son las únicas que pueden contratar trabajadores con la finalidad de cederlos, a su vez, a otras empresas”

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

2.º *El que por cesión de mano de obra, simulación de contrato, sustitución o falseamiento de empresa o de cualquier otra forma maliciosa suprima o restrinja los beneficios de la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales.*

3.º *El que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra e intervenga en migraciones laborales fraudulentas, aunque de ello no se derive perjuicio para el trabajador”.*

Debemos apuntar que, en el vigente CP, el supuesto contemplado en el apartado segundo no se encuentra tipificado expresamente, y el recogido en el apartado tercero, está tipificado en los actuales arts. 312.1 y 313.1 CP. Considera la doctrina que el apartado segundo se encuentra subsumido dentro del art. 312.1 CP.

La mencionada sentencia resuelve un recurso en el que se alega la aplicación inadecuada del art. 499 bis, párrafo tercero, CP de 1973. Los acusados, de origen dominicano, se dedicaban a traer personas de humildes extractos sociales de su país; aprovechándose de ello, les ofrecían trabajo en España, además del viaje y la documentación pertinente, todo ello de forma fraudulenta. Al llegar a España, la situación era diferente para las mujeres pues, en palabras del Tribunal Supremo, “*reciben, con gran sorpresa, la noticia de que debían trabajar en “Clubes de alterne”*”, para pagar la deuda que contraían con los acusados y, si se negaban, además de ser golpeadas, se les amenazaba con causar algún mal a sus familiares en República Dominicana.

El Alto Tribunal entendió que el ánimo de lucro, aunque fuera la finalidad, no era elemento integrante del delito, al igual que tampoco lo era el perjuicio material que se pudiera irrogar al trabajador por estar éste expresamente excluido del tipo. El Tribunal consideró que se protegía con la norma a las personas empleadas, cualquiera que fuese su nacionalidad, del riesgo abstracto que se podía producir, frente a la nueva forma de explotación que surgía a raíz de la nueva estructura

económica mundial que favorece que unas personas se aprovechen de la desigualdad entre países ricos y pobres, convirtiéndola en una fuente de ingresos.

Pero, en el Código Penal de 1973, el tráfico ilegal y la migración fraudulenta se tipificaban, como ya apuntamos, en el mismo supuesto (art. 499 bis 3º) y, separadamente, se contemplaba la cesión ilegal y la contratación al margen de los mecanismos legales (art. 499 bis 2º); por ello, el Tribunal Supremo entendía por migración fraudulenta, *“toda recluta y traslación ilegal o clandestina de mano de obra de un país a otro”*, considerando que *“el bien jurídico que se tutela mediante la prohibición y castigo de esta conducta -el derecho de los trabajadores a que sea respetada su libertad y seguridad y, en última instancia, su dignidad personal- se viola gravemente cuando, como en el caso que nos ocupa, se les seduce, abusando de su situación de necesidad y exigiéndoles a cambio una cantidad de dinero para ellos exorbitante, para que abandonen su país y vayan a otro que ofrece, en principio, mayores posibilidades de bienestar, pero en el que su condición de inmigrantes ilegales les expone con bastante probabilidad – téngase en cuenta que hablamos de un delito de riesgo abstracto- a la marginación, el desarraigo y la aceptación forzosa de condiciones de trabajo mucho más desfavorables a las que tiene derecho en el país de recepción”*.

El propio Tribunal, en la sentencia comentada, señala que los artículos 312 y 313 del nuevo Código Penal, ofrecen una regulación más detallada y rigurosa que el art. 499 bis 3º del CP derogado, lo cual, en mi opinión, y, a la vista de los resultados, no parece que sea ni tan clara ni tan rigurosa, pues, para empezar, la actual redacción no recoge de forma expresa en ningún artículo lo contemplado en el apartado segundo del art. 499 bis (cesión ilegal) sino que se entiende que está subsumido dentro del supuesto de hecho del 312.1 CP, como veremos más adelante. Ni tampoco establece los límites entre la infracción administrativa y la penal.

En el año 2004, la Audiencia Provincial de Huelva, en sentencia núm. 134/2004 de 22 mayo, juzga los hechos realizados por dos individuos que traían personas desde Rumanía a España facilitándoles documentación falsa de residencia y trabajo, un puesto de trabajo y un lugar para vivir. Por estos servicios y el desplazamiento hasta España, les cobraban un precio. Los hechos, como se puede

apreciar, son similares al caso anteriormente analizado. Para cobrar la deuda que contraían, obligaban a los ciudadanos rumanos a dar, a las empresas donde los colocaban, los números de cuenta de los acusados, los cuales, cobraban de ahí la deuda y entregaban una parte a los ciudadanos rumanos.

A los acusados se les atribuyen, por los hechos realizados, los delitos de extorsión, falsedad de documento oficial, inmigración clandestina y tráfico ilegal de mano de obra.

La Audiencia, en la citada sentencia, al analizar el delito de favorecimiento de tráfico ilegal de personas, precisa que el tráfico ilegal de mano de obra es un delito distinto e independiente de los relativos a las migraciones fraudulentas o clandestinas, y para establecer qué es, sigue la “*doctrina científica más autorizada*” y dispone que este precepto sanciona “*la contratación de trabajadores realizada al margen de la normativa reguladora de esa actividad, distinguiéndose a su vez dos conductas típicas, cuales son la colocación a través de vías distintas a la contratación directa del trabajador por el empresario o mediante la intervención del Instituto Nacional de Empleo, las empresas de trabajo temporal o las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro –únicos organismos legalmente autorizados para mediar en la contratación laboral– y la cesión de mano de obra realizada al margen de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, que son las únicas que pueden contratar trabajadores con la finalidad de cederlos, a su vez, a otras empresas*”. Y esto se debe a que el actual CP no tipifica ningún delito que sancione la cesión ilegal de trabajadores, a diferencia del CP de 1973, aunque sí contiene artículos que sancionan las migraciones fraudulentas o clandestinas, la trata de personas con fines de explotación laboral, etc.

Además, la Audiencia Provincial de Huelva, en la sentencia examinada, sigue la línea del delito abstracto, que no requiere para la consumación del delito la existencia, real y efectiva, para la persona empleada, de un perjuicio, sino que exige, para que nazca el delito, un potencial riesgo lesivo para los derechos de los trabajadores o trabajadoras. Y en la misma línea, señala que el supuesto tampoco requiere ánimo de lucro, lo que como ya adelanté, me parece cuestionable. Cabría preguntarse, qué sentido tiene que se realice al margen de los mecanismos legales

establecidos, si no se persigue ánimo de lucro. Si se actúa al margen de la legalidad vigente, parece claro que el principal fin ilícito perseguido es el enriquecimiento de aquellas personas que realizan estos actos de tráfico o mediación.

La Audiencia Provincial de Huelva, finalmente, consideró que los acusados habían realizado la conducta prevista en el art. 312.1 CP, pues habían ejecutado tareas de colocación ilegal de mano de obra. Esta sentencia fue recurrida en casación.

El Tribunal Supremo dictó sentencia el 10 de marzo de 2005; en la misma se recurría a la definición dada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, que define traficar como comerciar y negociar. Continúa señalando el Alto Tribunal que para que se dé el ilícito del 312.1 CP, se requiere que dicha acción sea ilegal y se refiera a mano de obra. Considero, como ya expresé anteriormente, que el término ilegal no añade nada si se considera objeto del tráfico la mano de obra, es decir personas, con las que no se puede comerciar ni negociar; esto sería reducir a la persona a un simple objeto, despojándola de todo derecho inherente al ser humano. Por tanto, para que adquiera sentido el término ilegal en el tipo, lo ilegal es ese negocio o comercio, lo prohibido es la relación de mercado al margen de los mecanismos establecidos por ley para trasladar al personal laboral.

Recordemos que, en el supuesto analizado, los acusados sometían a trabajadores rumanos, cuya colocación facilitaban con documentación falsa, a una situación de explotación, siendo privados de las mínimas condiciones salariales exigibles e irrenunciables, cobrando ellos directamente de la empresa y entregando una mínima parte a las personas empleadas, lo que para el Tribunal constituye una *“manifestación de comercio y tráfico de mano de obra ajena, incuestionablemente ilegal, haciendo funciones de oficina de colocación, enriqueciéndose con la mano de obra de los trabajadores a los que explotaban”*.

El Tribunal, a la vista de estos hechos, expresa lo siguiente: *“Es doctrina de esta Sala que el bien jurídico protegido, como se infiere del epígrafe del título, está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores (STS 30 de junio de 2000 [ RJ 2000, 6081]), con independencia de que el contrato de trabajo*

*sea válido o nulo y abstracción hecha de que el trabajador esté en situación legal o sea un inmigrante ilegal (Cfr. Sentencias 995/2000, de 30 de junio y 2205/2002, de 30 de enero de 2003). Igualmente tiene declarado esta Sala que el elemento central de esta conducta delictiva lo constituye la explotación del trabajador (Cfr. Sentencia 995/2000, de 30 de junio)”*.

Se protege, en fin, que la relación laboral esté libre o exenta de daño, sancionando determinadas conductas que afectan a los derechos y condiciones laborales de las personas empleadas.

Acaba señalando el Alto Tribunal que, en la conducta delictiva, el elemento central es la explotación del trabajador. Ahora bien, si el verbo central del tipo, como vimos, es traficar, y ello, como precisa la sala, es comerciar o negociar, no se entiende que la conducta delictiva sea explotar al trabajador, cuando la Sala reconoce que la acción llevada a cabo por los acusados es actuar como oficina de colocación al margen de la normativa legal, dañando no sólo la relación de mercado laboral sino también los derechos salariales de las personas empleadas entre otros derechos y condiciones laborales.

De otro lado, cabría observar que si se estima que se están imponiendo unas condiciones laborales abusivas al trabajador que se encuentra a su servicio, se debe acudir al art. 311.1 CP<sup>19</sup>, y para el tráfico con fines de explotación laboral, al 177 bis CP.

La Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia núm. 53/2009 (ARP\2009\335), continua la línea establecida por el Tribunal Supremo, reflexionando que *“no toda restricción de los derechos de los trabajadores puede ser considerado como un tráfico ilegal de mano de obra, sino solo aquellas restricciones que, por su naturaleza y trascendencia, constituyen una explotación del trabajador, entendiéndose por tal la imposición de unas condiciones de trabajo, totalmente abusivas, como son, y sin ánimo exhaustivo, la fijación de un salario muy*

---

19 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.

*por debajo del que pudiera corresponderle, una jornada excesivamente larga, o bien otras condiciones laborales que afecten a la dignidad de la persona trabajadora”<sup>20</sup>.*

La Audiencia Provincial de Barcelona, interpreta lo que constituye explotación de la persona empleada de una forma, a mi juicio, excesivamente laxa, pues decir que un salario muy inferior al que corresponde es explotación creo que es desproporcionado. Considero, por tanto, que la Audiencia Provincial de Barcelona se equivoca al identificar traficar con explotar aunque pueda no errar al definir explotar. La Audiencia Provincial de Barcelona señala que percibir un salario muy inferior puede ser explotación. No obstante, debemos atender al caso concreto ya que una cosa es no aplicar la subida salarial contemplada en el convenio colectivo o no pagar un determinado complemento salarial, y otra muy distinta, es fijar un salario de cien, doscientos o trescientos euros al mes por trabajar 16 horas diarias siete días a la semana, cuando el salario mínimo interprofesional se sitúa actualmente en los 645,30 euros/mes<sup>21</sup>, y la jornada máxima ordinaria es de cuarenta horas semanales de promedio en computo anual. Desde mi punto de vista, igual interpretación merece la consideración de una jornada excesivamente larga como explotación ya que el término excesivo es jurídicamente indeterminado, y susceptible de interpretación y esto, por tanto, puede variar según el intérprete. Debemos atender, como mencioné anteriormente, al caso concreto para identificar si nos encontramos ante una infracción administrativo-laboral por inaplicación de ciertas condiciones laborales establecidas normativamente, o ante un delito de explotación laboral. Considero, que a lo que hace referencia la sentencia es a un supuesto de “semiesclavitud” contemplado en el art. 177 bis CP. Y, en fin, igual de indeterminado es ese “cajón de sastre” en el que se pueden incluir aquellas condiciones laborales que afecten a la

<sup>20</sup> En este sentido: Auto AP Cuenca núm. 203/2011 de 27 de septiembre (JUR\2011\372483)

<sup>21</sup> En el RD 1046/2013, de 27 de diciembre, por el que se fija el Salario Mínimo interprofesional para 2014, el salario mínimo para cualquier actividad queda determinado en 21,51 euros/día ó 645,30 euros/mes según que el salario esté fijado por días o por meses. En caso de jornadas inferiores a las legales se percibirá la parte proporcional. Cuando la relación laboral no exceda de 120 días percibirán, conjuntamente con el salario mínimo diario establecido, la parte proporcional de la retribución de los domingos y festivos, así como de las dos gratificaciones extraordinarias a que, como mínimo, tiene derecho todo trabajador, correspondientes al salario de 30 días en cada una de ellas. En ningún caso la cuantía diaria del salario profesional puede resultar inferior a 30,57 euros por jornada legal en la actividad. El importe para Empleados del Hogar Familiar, será el indicado para «cualquier actividad». No obstante, los que trabajen por horas percibirán como mínimo 5,05 euros por hora efectiva de trabajo.

dignidad de la persona trabajadora, pues otros artículos del Código Penal se encargan de la discriminación hacia la persona trabajadora que afecte a su dignidad como persona como es el art. 314 CP<sup>22</sup>. Considero que estas imprecisiones son producto de una técnica legislativa inadecuada.

## V. LA DISTINCIÓN ENTRE EL ART. 312.1 Y EL 177 BIS CP

Llegados a este punto, es el momento de dar respuesta a la pregunta de cuál es la diferencia existente entre la interpretación que realizan los jueces y tribunales del art. 312.1 CP, que sanciona el tráfico ilegal de mano de obra, y la del art. 177 bis CP, que persigue la trata de personas para su explotación y una de sus finalidades es la explotación laboral.

En primer lugar, debemos destacar como ya dijimos anteriormente, que la sentencia comentada del Tribunal Supremo es de 2005, y en ese momento no existía el art. 177 bis CP, que fue introducido en el año 2010. Además, las sucesivas sentencias localizadas, siguen lo dicho en la mencionada sentencia, la mayoría de las veces transcribiéndola literalmente en lo referente a la aplicación del art. 312.1 CP.

Por otro lado, el art. 312.1 CP en ningún momento utiliza el término explotar ni el mismo se puede considerar implícito dentro del concepto del verbo principal del enunciado, que es traficar. Como bien dice el Tribunal Supremo, traficar es negociar o comerciar, y para consumar el delito es necesario que se haga de manera ilegal, es decir, que se realicen negocios o comercio al margen de la normativa laboral vigente. Se protege, así, la contratación y traslación de personas empleadas al margen de los cauces legalmente establecidos. El objeto o bien jurídico protegido debe ser la indemnidad de la relación laboral, eso es lo que legalmente se protege, pero este no

---

<sup>22</sup>Art. 314 CP “Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses”.

es el objeto de la acción u objeto material, que en este caso, es la mano de obra. Es necesario conceptualizar esta relación entre el bien jurídico y su substrato empírico para diferenciar uno de otro, evitando el concurso de delitos.

El Tribunal Supremo establece que se trata de un delito de peligro abstracto. En este tipo de delitos no es necesario que, en el caso concreto, la acción genere un peligro efectivo. Por ello, parece excesivo que del término traficar se concluya que la conducta nuclear sea explotar, ya que, en tal supuesto, no nos encontraríamos ante un delito abstracto sino de peligro concreto (resultado de peligro); pero, en el caso de explotación, o se está explotando o no.

A la vista de lo expuesto, ya no habría concurso posible entre ambos delitos, pues el 312.1 CP protege el tráfico de las relaciones laborales que se establecen dentro del mercado de trabajo, y el 177 bis CP condena el tráfico de personas con fines de explotación laboral entre otras finalidades contempladas en el tipo.

## **VI. ANÁLISIS DE CONTENIDO DE LA JURISPRUDENCIA APLICATIVA DEL ART. 312.1 CP**

A continuación, presentamos una tabla resumen con las sentencias que contienen un desarrollo interpretativo del art. 312.1 CP. A través de la misma, podemos comprobar de manera evidente, las diferentes interpretaciones recogidas en las sentencias respecto al art. 312.1 CP. Para ello, hemos utilizado la técnica “análisis de contenido”<sup>23</sup>, que centra su búsqueda en los vocablos que configuran el contenido de las comunicaciones y se incardina dentro de la lógica de la comunicación interhumana. Pretende descubrir los componentes básicos de un fenómeno determinado, extrayéndolos de su contenido dado. Implica la verificación de los

---

<sup>23</sup>ANDREU ABELA, J., *Las técnicas de análisis de contenido: Una revisión actualizada*, 2002, pág. 2, quien señala: “El análisis de contenido se basa en la lectura (textual o visual) como instrumento de recogida de información, lectura que a diferencia de la lectura común debe realizarse siguiendo el método científico”.

objetivos, hace inferencias sobre las características del texto, las causas o antecedentes del mensaje y los efectos de la comunicación<sup>24</sup>.

El “análisis de contenido” no se fija en la conducta de las personas sino en el producto de esa conducta, como son los escritos y las palabras, en nuestro caso, las sentencias. El contenido de un documento, no estaría localizado dentro del mismo, sino fuera, en un plano distinto en relación con el cual ese texto define y revela su sentido. Se tiene en cuenta no solo lo manifiesto sino también lo latente.

Particularmente, en nuestro caso, nos interesa conocer qué es exactamente el tráfico ilegal de mano de obra. Para el análisis jurisprudencial, hemos utilizado las siguientes unidades de “análisis de contenido”:

- a) Delito de riesgo abstracto
- b) Condiciones abusivas
- c) Explotación
- d) Comerciar
- e) Contratación margen OE
- f) Contratación margen ETT
- g) Cesión ilegal de trabajadores
- h) Habitualidad
- i) Bien jurídico
- j) Relación art. 312.1 y 313.1 CP
- k) Diferencia arts. 312.1 y 313.1 CP
- l) Lucro
- m) Nacionales/extranjeros
- n) Dolo

A continuación, incluimos el cuadro con las sentencias analizadas, referentes al art. 312.1 CP:

---

<sup>24</sup> PÉREZ SERRANO, G., *El análisis de contenido de la prensa. La imagen de la Universidad a Distancia*. Madrid, UNED, 1984, págs. 55-67.

**TRAFICO ILEGAL DE MANO DE OBRA (ART.312.1 CP)**

Categorías	ST1 1998 CP 73	ST2 1998	ST3 1998	ST4 1998 CP 73	ST5 1999	ST6 2001	ST7 2004	ST8 2005	ST9 2005	ST10 2006	ST1 1 2006	ST12 2007	ST13 2008	ST14 2009
Delito riesgo Abstracto	X	X	X		X	X	X		X			X		
Condiciones abusivas		X	X (potencial lesividad)			X	X (potencial lesividad)		X (potencial lesividad)			X (potencial lesividad)		
Explotación	X				X			X El. central	X		X			X El. central
Comerciar	X	X		X	X	X		X					X	X
Contratación margen OE		X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Contratación al margen ETT		X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Cesión de trabajadores		X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Habitualidad				X							X		X	
Bien Jurídico	Derecho laborales, lib, seg,di	Ejercicio derechos laborales	Control estatal y D Labor	Expectativa de empleo	Derecho o laborales, lib, seg,di	Derecho o laborales, lib, seg,di	Control estatal y D Labor	Indignidad R. laboral atenta a Dere lab	Control estatal y D Labo			Control estatal y D Labor	D. Persona	Indignidad R. laboral atenta a Dere lab
Relación 312.1 y 313.1		X	X		X	X	X		X			X		
Dif 312.1 313.1		X	X			X	X		X	X	X	X		
Lucro				X							X		X	

ANTONIO MEGÍAS BAS  
 El delito de tráfico ilegal de mano de obra

Nacionales /extranjeros	X	X			X	X		X	X					
Dolo													X Directo	

Mediante estas catorce sentencias, identificamos los supuestos encontrados, en la base de datos westlaw.es, referidos al art. 312.1 CP y su aplicación judicial. En el cuadro vemos marcado con una X las sentencias que reflejan dicha categoría en la sentencia. Es posible observar que las sentencias establecen la diferencia con otros delitos. La doctrina se ve reflejada en las resoluciones judiciales ya que todas las sentencias interpretan el art. 312.1 CP como cesión ilegal de mano de obra o contratación al margen de los mecanismos legalmente establecidos. No obstante, aunque los jueces y tribunales se apoyan en la doctrina, partiendo de su misma interpretación (tráfico ilegal como cesión ilegal o contratación ilegal de mano de obra), llegan a conclusiones distintas, por ejemplo, los jueces y tribunales consideran que el sujeto pasivo ha de ser explotado para que se produzca la comisión del delito, pudiéndose observar falta de coherencia ya que, asimismo, establecen que se trata de un delito de riesgo abstracto. Cabe apreciar, en fin, la inexistencia de un criterio uniforme en la interpretación del precepto penal.

Referencias de las sentencias analizadas:

- ST 1 - STS de 5 de febrero de 1998 (RJ\1998\424)
- ST 2 - SAP Girona de 15 de octubre de 1998 (ARP\1998\3671)
- ST 3 - SAP Girona de 10 de noviembre de 1998 (ARP\1998\4426)
- ST 4 - SAP Barcelona de 15 de diciembre de 1998 (ARP\1998\5931)
- ST 5 - SAP Las Palmas de 31 de julio de 1999 (ARP\1999\3682)
- ST 6 - SAP Burgos de 29 de octubre de 2001 (ARP\2001\836)
- ST 7 - SAP Huelva de 22 de mayo de 2004 (ARP\2005\17)
- ST 8 - STS de 10 de marzo de 2005 (RJ\2005\4045)
- ST 9 - SAP Huelva de 7 de noviembre de 2005 (ARP\2006\361)
- ST 10 - SAP Alicante de 21 de marzo de 2006 (JUR\2006\184987)
- ST 11 - SAP Huelva de 23 de marzo de 2006 (ARP\2006\220883)
- ST 12 - SAP Huelva de 20 de marzo de 2007 (JUR\2007\203141)
- ST 13 - SAP Madrid de 8 de enero de 2008 (ARP\2008\23)
- ST 14 - SAP Barcelona de 3 de febrero de 2009 (ARP\2009\335)

## VII. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

A la luz de lo expuesto en el presente trabajo, cabe concluir que el tráfico ilegal de mano de obra constituye una actuación ilícita con repercusión, no sólo en el ámbito nacional sino también internacional; no en vano, a través de la globalización que la sociedad está experimentando, las empresas descentralizan su producción y la externalizan, afectando a la comunidad internacional.

El tráfico de mano de obra tiene graves consecuencias sociales, ya que afecta a los derechos de las personas trabajadoras y a sus propios derechos como ciudadanos. Asimismo, provoca efectos negativos en las economías nacionales, ya que al vulnerarse la normativa laboral y de Seguridad social vigente, no solamente se perjudica a los asalariados, sino que también se ven afectados los recursos económicos del país y, por ende, de todos los ciudadanos, perturbando, a su vez, al resto de actores del mercado laboral que sí cumplen con la normativa, entre los que se generan diferencias competitivas, y, en definitiva, competencia desleal.

Del análisis del tipo penal contemplado en el art. 312.1 CP, extraemos las siguientes conclusiones y propuestas:

1. El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona que intervenga en el mercado laboral, tratándose, por tanto, de un delito común.

2. El sujeto pasivo es la persona trabajadora, nacional o extranjera, no debiendo entenderse dicho término en su acepción jurídico-laboral estricta (aquél que presta su trabajo por cuenta ajena en virtud de una relación contractual reglamentada), sino desde un punto de vista amplio.

3. El bien jurídico protegido es la indemnidad de la relación laboral, dentro del marco del mercado laboral, entendiéndose por traficar, la colocación al margen de los mecanismos legales de contratación y la cesión ilegal de trabajadores, de forma habitual y/o continuada.

4. Los jueces y tribunales tienen en mayor consideración la situación vulnerabilidad del sujeto pasivo, su desarraigo, su situación económica y su situación legal, entre otros, para establecer su indefensión frente al traficante. Este posible riesgo lesivo no tiene que materializarse, pero ha de ser posible (debemos recordar que nos

encontramos ante un delito riesgo abstracto), aunque los últimos pronunciamientos judiciales, se centran más en la existencia cierta de un peligro real y efectivo que en su hipotética existencia.

5. El ánimo de lucro no es una cuestión relevante para la mayoría de los jueces y tribunales, a la hora de determinar la existencia de delito, interpretación que no comparto. Desde mi punto de vista, traficar es un hecho comercial, económico, donde existe siempre dicho ánimo en el sujeto infractor. De no ser así, esta actuación no podría ser considerada “tráfico”. La exigencia de ánimo lucrativo constituye un plus a la hora de establecer la antijuridicidad del hecho y su diferencia con la infracción administrativa. El ánimo lucrativo en el actuar del sujeto activo –normalmente acompañado por una situación de vulnerabilidad en el sujeto pasivo, que favorece la aceptación por parte de éste de condiciones abusivas-, debería ser el elemento que marcará la línea divisoria entre la infracción administrativa y el tipo penal.

6. No considero necesario el cumplimiento de las supuestas exigencias de habitualidad y continuidad en el actuar del sujeto activo; una acción cometida sólo una o dos veces, ha de ser igual de punible que si se lleva a cabo todos los días.

7. A la hora de realizar el juicio de antijuridicidad, se debe considerar si existe o no dolo directo, entendiendo que dicho animo doloso existe cuando se conocen las circunstancias y elementos objetivos del delito y existe voluntad de realizarlo<sup>25</sup>.

8. Resulta cuestionable la interpretación del Tribunal Supremo, conforme a la cual, el centro de la acción es la explotación de la persona empleada, pues el verbo nuclear -así lo reconoce expresamente el Alto Tribunal-, es traficar, del cual no se desprende que la persona que es el objeto de la acción sea explotada. No debemos olvidar que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, en el que, si bien también se protegen ciertos derechos de los trabajadores -derechos económicos, su seguridad y su dignidad-, se tutela fundamentalmente el interés del Estado por controlar el mercado de trabajo y garantizar que la contratación de los trabajadores se realice a través de los mecanismos legales.

9. La infracción administrativa, debería reservarse para aquellos supuestos de imprudencia en el actuar del sujeto activo, que no contrata a través de los mecanismos

---

<sup>25</sup> En este sentido, SAP de Badajoz de 16 de diciembre de 2005 (ARP\2006\100).

legales, y que no se enriquece por dicha actividad. De las acciones del sujeto pasivo, asimismo, no se deriva perjuicio físico ni explotación para el sujeto pasivo. Como advertí anteriormente, desde mi perspectiva, el elemento relevante de la conducta penal es el ánimo de lucro del sujeto activo, lucro que éste logra, normalmente, aprovechándose de las circunstancias personales del sujeto pasivo.