

LA FALSA TUTELA PENAL DEL TRABAJADOR

Dino Carlos Caro Coria *

I. APUNTES PRELIMINARES

Frente a los movimientos internacionales que postulan la reducción del derecho penal mediante la descriminalización o la despenalización, el legislador nacional del Código Penal de 1991 consideró conveniente incorporar un apartado especial para los delitos laborales. Esta opción político criminal, ciertamente es compartida por legisladores de algunos países y viene siendo postulada desde hace unas dos décadas en algunos Estados de Europa, entre los que destaca el caso español.

Desde una perspectiva material los llamados delitos "contra la libertad de trabajo" no son una novedad incluida en la reforma penal de 1991, pues la legislación nacional registra serios antecedentes relacionados con la criminalización de actos referentes a la actividad laboral. No obstante desde una óptica formal, resulta novedosa la inclusión en el Código Penal vigente de un Capítulo especial denominado "Violación de la Libertad de Trabajo", lo cual denota un ánimo sistematizador y autónomo en la regulación de estos ilícitos.

En efecto, anteriormente el régimen militar promulgó el Decreto Ley N° 22126, Ley de Estabilidad Laboral, el cual contemplaba en el artículo 21° el delito de desobediencia del empleador a cualquier resolución consentida o ejecutoriada de la autoridad laboral, sancionándose con pena privativa de libertad y sin derecho a libertad provisional. De otro lado, el artículo 22° del mismo texto legal tipificaba penalmente el cierre fraudulento y abandono malicioso del centro de trabajo.

Luego, la Ley N° 24514 que derogó la anteriormente reseñada, mantuvo su tipificación, introduciendo sin embargo importantes variantes respecto al delito de desobediencia a la autoridad, el cual sólo podía cometerse respecto de resoluciones judiciales que ordenaban la reposición del dependiente. Finalmente, con la entrada en vigor del Código Penal de 1991, las normas penales de la Ley N° 24514 fueron derogadas, mientras que las de carácter laboral se

* Abogado Egresado de la Universidad Católica. Asociado del Estudio Benites, Mercado & Ugaz. Profesor de Derecho Penal Parte Especial en la Universidad Católica. Alumno de la Maestría de Derecho Constitucional de la misma casa universitaria.

encuentran sustituidas por el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo, el mismo que sólo contempla sanciones administrativas como

puede observarse, por ejemplo, de la revisión del artículo 81° que sanciona con multa, a diferencia de las leyes que la precedieron, el no acatamiento del mandato de reposición.

De ello, consideramos que el legislador ha creído conveniente dejar la tipificación de los delitos relacionados con la actividad laboral exclusivamente al Código Penal, el mismo que se aplicará sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiese lugar en aplicación del Decreto Legislativo N° 728¹.

Ahora bien, respecto a los antecedentes nacionales inmediatos de carácter penal, cabe destacar que los Proyectos de Código Penal de octubre-noviembre de 1984 (Sección Quinta, delitos contra la libertad, Título VI, Delitos contra la libertad de trabajo y asociación, artículo 179°), agosto de 1985 (Sección Quinta, Delitos contra la libertad, Título V, Delitos contra la libertad de trabajo y asociación, artículo 185°), marzo-abril de 1986 (Sección Quinta, Delitos contra la libertad, Título V, Delitos contra la libertad de trabajo y asociación, artículo 186°), julio de 1990 (Título VI, Delitos contra la libertad individual, Capítulo VII, Delitos contra la libertad de trabajo y asociación, artículo 179°) y enero de 1991 (Título V, Delitos contra la libertad individual, Capítulo VII, Delitos contra la libertad de trabajo, artículo 184°) registran normas de carácter penal-laboral. Finalmente, el Código Penal de 1991 incorporó en el Título IV, Delitos contra la libertad, el Capítulo VII denominado Violación de la libertad de trabajo.

II. CRIMINALIZACIÓN O DESCRIMINALIZACIÓN

Conforme a los postulados del derecho penal mínimo que orienta los procesos de criminalización y descriminalización de los Estados modernos, la intervención penal debe presentarse como "ultima ratio", es decir ante el fracaso de los mecanismos de control social extra penales en la protección de los bienes jurídicos fundamentales contra las formas de ataque que revisten mayor lesividad y siempre que la respuesta penal pueda ser eficaz. Es precisamente este punto de partida el que ha generado tanta heterogeneidad en la doctrina penal respecto a a la conveniencia o no de criminalizar determinados actos que lesionan o ponen en peligro los intereses del trabajador, del empleador o de terceros en el marco de una relación de trabajo.

¹UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos. "El delito contra la libertad de trabajo." En : Thémis. Revista de Derecho. N° 26 (Lima 1993) pp. 103-104.

Por un lado, quienes sustentan la criminalización señalan que el derecho penal puede reforzar seriamente la tutela orientada desde el derecho laboral, administrativo o judicial, y constitucional, no obstante lo cual sólo admiten la interferencia del derecho penal en esta materia respecto de aquellos conflictos que la relación laboral no ha podido resolver². A su turno, los que propugnan la inesencialidad de la tutela penal precisan que la regulación laboral es suficiente para la protección idónea de los bienes jurídicos en referencia, añadiendo además que la sanción es ineficaz o simbólica por su benignidad, en nuestro caso, pena privativa de la libertad no mayor de dos años, lo que da lugar a la aplicación de medidas que impiden la efectiva aplicación de la pena, tales como la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio, la exención de pena, entre otras.

Por nuestra parte, somos escépticos de las posibilidades del sistema penal para ventilar, procesar y resolver los conflictos derivados de una relación laboral. Si bien se trata de bienes jurídicos fundamentales contra los que se evidencian graves vulneraciones, los principios de subsidiaridad y utilidad derivados del modelo político criminal de mínima intervención niegan la conveniencia de la intervención penal. En efecto, con arreglo al postulado de la subsidiaridad se precisa el fracaso de los mecanismos de control extra penales en la protección del bien jurídico, situación no evidenciada tratándose de los intereses laborales toda vez que a nuestro criterio no existe en el medio una adecuada instrumentación de los medios informales -no jurídicos- tales como la negociación o el mercado. Asimismo, consideramos que los medios formales o jurídicos de control social tampoco han sido suficientemente explotados en la resolución de los conflictos laborales, entre los que destacan el derecho administrativo, laboral, constitucional, etc.

De otra parte, el principio de utilidad del derecho penal confirma también la inconveniencia de la tutela punitiva. Con arreglo a dicho principio, sólo es permitida la intervención penal cuando resulte útil o eficaz para controlar las conductas lesivas que atentan contra el bien jurídico. En tal orden, la ineficacia del sistema penal en esta materia deriva de las constataciones formuladas por la criminología crítica a partir del estudio del funcionamiento de las agencias de control penal -Policía, Fiscalía, Poder Judicial-. Considerando que estos delitos son cometidos principalmente por sujetos de amplio poder económico : los empleadores, varios estudios empíricos han demostrado que el control penal recae de manera vacilante o tibia sobre los mismos, favoreciendo su exclusión del sistema penal, el cual finalmente recae sobre los grupos subalternos de la sociedad. En efecto, en el ámbito de la criminalización primaria o creación legislativa, se observa la existencia de sanciones menores que impiden el

²En este sentido, BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Manual de derecho penal. Parte especial, Lima; San Marcos 1994, p. 170. La exposición de motivos del Código Penal sustenta la línea criminalizadora como la "materialización de la protección constitucional de los derechos laborales en el Código Penal".

cumplimiento de los fines preventivos de la pena, evidenciándose a su vez una selección incompleta de las conductas delictivas y de los intereses protegidos. A su turno, en el ámbito de la criminalización secundaria o aplicación normativa se aprecia que los delitos laborales son escasamente denunciados y cuando lo son terminan con la absolución del procesado, con una reserva de condena o con la pena suspendida, más nunca con una sanción efectiva de privación de libertad.

Estas consideraciones sólo nos pueden llevar a una conclusión : los normas penales que criminalizan delitos laborales sólo cumplen una mera función simbólica. Simbólico se asocia con engaño, un derecho penal simbólico es aquel en el cual las funciones latentes o aparentes predominan sobre las manifiestas o reales. De éste modo, el derecho penal laboral es un derecho simbólico y peligroso porque encubre una realidad de indefensión, reafirmando la falsa creencia de que el Estado protege eficazmente los intereses que subyacen a la relación laboral, cuando la realidad muestra lo contrario.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

No es posible definir unívocamente el contenido del bien jurídico protegido por el artículo 168° del Código Penal, siendo necesario analizar particularmente cada tipo penal a fin de determinar el contenido del interés tutelado. En tal línea de pensamiento, resulta inadecuada la identificación de estos ilícitos como formas de "violación de la libertad de trabajo", pues de lo contrario habría que concluir que el único interés a proteger es la libertad laboral u otras manifestaciones derivadas de ella, lo cual resulta insuficiente para explicar la inclusión en este grupo de conductas que vulneran la debida remuneración, la seguridad e higiene en el trabajo, el cumplimiento de las resoluciones emanadas de la autoridad, entre otras.

Sin embargo, esta constatación no es óbice para trazar algunos rasgos comunes a todas las conductas incriminadas. En efecto, es preciso reconocer la existencia de un bien jurídico colectivo, que respecto del trabajo supone una protección en relación al funcionamiento del sistema, en cuanto zona propia del que hacer cotidiano de un colectivo tan importante como el de los trabajadores³. Por ende, los intereses del trabajador protegidos lo son en su calidad de integrante de una clase social o de un sector de la comunidad con una posición en el mercado de trabajo, no importando el

número de trabajadores afectados, por lo que siempre se apreciará como un único delito⁴.

³BRAMONT-ARIAS TORRES, o. c., p. 170.

⁴UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, o. c., p. 104.

Desde una perspectiva constitucional, el sustento de la protección de los intereses derivados de las relaciones laborales se encuentra en los postulados de los artículos 2° inciso 15° y 22° y 23° de la Carta Magna, que importan un reconocimiento del Estado del trabajo libre, como derecho y deber, como base del bienestar social y medio de realización de la persona, así como objeto de atención prioritaria. De otro lado, desde una concepción sociológica del bien jurídico, la tutela penal laboral se consolida a partir del rol del trabajo como fuente de riqueza, a través de los diversos mecanismos de producción que se desenvuelven en función de la reglas del sistema de economía social de mercado adoptado en el Perú⁵

Ahora bien, es preciso diferenciar dos grandes supuestos en el análisis del artículo 168° del Código Penal. El primer grupo de supuestos, descritos en los cuatro incisos de la norma, protegen en términos generales el interés del Estado en que se respeten ciertas condiciones mínimas de la vida profesional de los trabajadores por cuenta ajena, condiciones mínimas que el mismo establece al dictar las normas correspondientes, y al reconocer eficacia general a los convenios laborales; esta protección tendrá lugar siempre que se transgreda este interés mediante violencia o amenaza. El segundo grupo de supuestos están regulados en el último párrafo del artículo 168°, donde se acoge diversos bienes jurídicos relacionados con la esfera del trabajo, tales como la estabilidad económica de los trabajadores (retención de "remuneraciones o indemnizaciones de los trabajadores" o no entrega "al destinatario -de- las efectuadas por mandato legal o judicial"), la garantía en el cumplimiento de las disposiciones laborales -incumplimiento de "las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente"-, y por último la estabilidad laboral, en sentido estricto, como seguridad en el puesto de trabajo -disminución o distorsión de la producción, simulación de causales para el cierre del centro de trabajo o abandono de éste para extinguir las relaciones laborales-⁶.

IV. EL TIPO DE INJUSTO

En lo que sigue detallaremos los aspectos más relevantes de los tipos penales contemplados en el artículo 168° del Código Penal.

⁵ANGELES GONZALES, Fernando. "Protección jurídico-penal de los derechos laborales en el Perú." En : PEÑA CABRERA, Raúl (Dir.). Derecho Penal. Homenaje al Doctor Raúl Peña Cabrera, Lima; Ediciones Jurídicas 1991, pp. 18-19.

⁶BRAMONT-ARIAS TORRES, o. c., p. 171.

1. EL TIPO OBJETIVO

1.1 EL SUJETO ACTIVO

Si bien el autor podría serlo por lo general el empleador, el tipo no exige la concurrencia de alguna calidad especial en el sujeto activo. Las expresiones "el que" del primer párrafo y "al que" del último apartado, corroboran la afirmación de que el sujeto activo puede ser cualquier persona natural o física, por lo que se trata de un delito común o de sujeto activo indeterminado, cabiendo la posibilidad de ser cometido por empleadores, trabajadores o terceros ajenos a la relación laboral.

Doctrinalmente se plantea la cuestión de si el sindicato puede ser considerado como autor del delito. Al respecto, en el derecho penal predomina el principio de "personalidad de las penas", conforme al cual sólo las personas naturales pueden delinquir y ser pasibles de sanción penal, descartándose para tales efectos a las organizaciones con personería gremial o jurídica⁷, como sucede con los sindicatos según lo previsto en los artículos 18° y 19° del Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

1.2 EL SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido. Tratándose de un bien jurídico colectivo el sujeto pasivo lo será generalmente la colectividad, reducida al colectivo de los trabajadores⁸ y no el trabajador directamente afectado por el delito como ha señalado un sector de la doctrina nacional⁹. Dicho error deriva de la confusión existente entre el concepto de sujeto pasivo y el de sujeto sobre el cual recae la acción típica, es decir aquel que sufre de modo directo e inmediato los efectos del comportamiento criminal realizado por el autor.

De otro lado, si bien en términos generales el sujeto pasivo resulta siendo la colectividad de trabajadores, en algunos casos cabe la posibilidad teórica de que tal calidad recaiga sobre la colectividad de empleadores¹⁰. Efectivamente, tratándose del delito de coacción para integrar o no un sindicato previsto en el inciso 1° del artículo 168°, es necesario precisar que el artículo

⁷CARO CORIA, Dino Carlos. "La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma penal de 1991." En : *Thémis. Revista de Derecho*. N° 24 (Lima, 1992) pp. 69-79.

⁸En este sentido, BRAMONT-ARIAS TORRES, o. c., p. 171.

⁹Incurren en dicho error, PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte especial*, Tomo I. 2ª ed. Lima; Ediciones Jurídicas 1994, p. 651. UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, o. c., p. 104.

¹⁰Esta situación es advertida por GAMARRA HERRERA, Ronal y Norma ROJAS NORIEGA. "Violación de la libertad de trabajo." En : *Instituto de Defensa Legal (Ed.)*. Lima; 1991, p. 108-109 (Series Penales, 1).

2º del Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización, ratificado por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 13281, establece que "Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones...". Por lo tanto, si un empleador es coaccionado con el objeto de integrar o no un sindicato, entonces será pasible del referido ilícito, aunque es de precisar que el sujeto pasivo será en dicho caso la colectividad de empleadores.

1.3 LA CONDUCTA TÍPICA

De la lectura del artículo 168º se puede afirmar que, en términos generales, el legislador ha otorgado consecuencias penales a un conjunto de infracciones de naturaleza laboral. La norma prevé , bajo dos grandes modalidades que se diferencian según requieran o no de la coacción como elemento integrante de la conducta punible.

1.3.1 MODALIDADES QUE REQUIEREN COACCIÓN

El primer grupo de ilícitos se halla previsto en el primer párrafo del artículo 168º, incluyendo los incisos 1º, 2º, 3º y 4º, caracterizados por la exigencia de violencia o amenaza como medio comisivo.

A. La violencia o amenaza como "modus operandi"

La norma comentada exige que se "obligue a otro, mediante violencia o amenaza" a realizar los actos descritos entre los incisos 1º al 4º. En dicho contexto, la expresión "obligar" precisa que el sujeto activo compela a una persona a que realice o deje de hacer algo contrario a su voluntad, lo cual puede efectuarse mediante conductas comisivas u omisivas.

El tipo penal define el medio o "modus operandi" a través del cual deberá ejecutarse el acto de "obligar a otro" : la coacción. Tradicionalmente se equiparaba la coacción con la amenaza, empero en la actualidad tanto la doctrina como la legislación consideran que la violencia es también una de sus expresiones. La violencia es la "vis absoluta", es decir el ejercicio humano de fuerza física sobre la víctima, de modo que elimine completamente su voluntad. La amenaza es la "vis compulsiva" o intimidación, y es definido como la condicional promesa de

un mal grave e inminente cuya realización depende de la voluntad del sujeto activo, de modo que elimine ostensiblemente la voluntad de la víctima.

Una cuestión de importancia es la de definir el rol del consentimiento de la víctima, respecto del cual varios autores señalan que resulta irrelevante para efectos de afirmar la comisión del delito, pues como se sabe los derechos laborales son irrenunciables, de modo que el consentimiento no puede eliminar la tipicidad del acto. Nosotros consideramos que dicha afirmación no es exacta, pues parte de una seria confusión entre los conceptos de "acuerdo" y "consentimiento" dilucidados por la doctrina alemana. El acuerdo elimina la tipicidad de la conducta y opera tratándose de tipos penales que exigen actuar "sin" o "contra la voluntad de la víctima", así por ejemplo, el delito de violación del artículo 170º del Código Penal precisa que el autor, mediante "violencia o amenaza obligue a una persona a practicar el acto sexual", en tal caso si la víctima consiente el acto sexual, la conducta del agente será atípica pues no habría "obligado" a nadie a realizar un acto "sin" o "contra su voluntad", de modo que el referido consentimiento recibe en dicho supuesto la denominación de "acuerdo".

Diferente es el caso, por ejemplo, cuando el médico recibe la autorización del paciente para un tratamiento estético que implica la realización de cirugía sobre la piel con fuertes dolores. En tal caso no cabe duda que la conducta del médico sería típica pese al consentimiento de la víctima, pues el delito de lesiones dolosas o intencionales del artículo 122º del Código Penal se comete sin que interese para tal efecto la autorización del paciente. Ahora bien, dicho consenso si reviste importancia en el ámbito de la antijuricidad, dado que el artículo 20º inciso 10º del citado texto legal señala que esta exento de pena "El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición." Por ende, en tal supuesto la autorización de la víctima opera como causa de justificación que elimina la antijuricidad, recibiendo la denominación de "consentimiento".

Por lo expuesto, y volviendo al tema de los delitos laborales, si el trabajador consciente en al ejecución de los actos previstos entre los incisos 1º al 4º, tal consenso hará imposible afirmar que se vio obligado mediante violencia o amenaza a comportarse de tal manera, de modo que nos hallaremos ante un caso de "acuerdo" que hace atípica la

conducta. Esto que parece de laboratorio deja de serlo cuando recordamos, por ejemplo, los casos en que el empleador persuade y logra que varios de sus trabajadores se retiren del sindicato de la empresa.

B. De la coacción para integrar o no un sindicato

Este delito se halla previsto en el inciso 1º del artículo 168º y tiene como fuente directa el artículo 199º del Código Penal brasileiro (1984) y como antecedentes indirectos el artículo 177º Bis del Código Penal español (reforma de 1983) y el artículo 292º del Código Penal colombiano (1980).

El Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 28º de la Carta Fundamental, reconoce en sus artículos 2º, 3º y 4º el derecho a la libre sindicalización, la misma que debe desarrollarse libre y voluntariamente, prohibiéndose la coacción o restricción de dicho derecho. Empero, la norma penal desconoce sin explicación alguna, la protección del aspecto colectivo de la libertad sindical que ejercen las organizaciones en cuanto tales frente al Estado, frente al empleador o frente a otras organizaciones sindicales.

Específicamente, el interés tutelado penalmente es la libertad sindical individual positiva y negativa. Cuando se obliga a un sujeto a integrar un sindicato contra su voluntad, se puede afectar el derecho a desafiliarse como la facultad de mantenerse desafiliado, afectándose en ambos casos el aspecto negativo de la libertad individual. A su vez, cuando se obliga a otro a no integrar un sindicato, puede vulnerarse el derecho a afiliarse como el interés de mantenerse afiliado, lesionándose el aspecto positivo de la libertad sindical.

C. De la coacción para prestar trabajo personal sin la debida retribución

Este ilícito se encuentra tipificado por el inciso 2º del artículo 168º, teniendo como fuentes indirectas de inspiración legislativa el artículo 203º del Código Penal brasileiro (1984) y el artículo 499º Bis inciso 1º del Código Penal español (reforma de 1983). Los artículos 23º y 24º de la Constitución señalan que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución, la cual debe ser equitativa y suficiente, que procure para el trabajador y su familia, bienestar material y espiritual.

Al utilizar la expresión "sin la debida retribución" el legislador comprende tanto la no entrega de remuneración alguna como la entrega parcial o incompleta de la misma. De otro lado, el artículo 39° del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo, define como remuneración el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sea la forma o denominación que se les dé, siempre que sea de su libre disposición

D. De la coacción para trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad

La fuente de este tipo penal previsto en el inciso 3° del artículo 168° del Código Penal, es el artículo 348° Bis del Código Penal español (reforma de 1983).

La consumación del delito tiene lugar cuando el trabajador, por coacción, labora sin las condiciones de seguridad e higiene determinadas por la autoridad, no requiriéndose la efectiva causación de daño a la salud del trabajador sino el aumento del riesgo para la integridad sico-física de los trabajadores. La referencia a las "condiciones de seguridad e higiene determinadas por la autoridad" hace del tipo penal una ley en blanco, lo que en este caso equivale a decir que para completar la descripción típica será necesario recurrir a las norma administrativas que regulan dichas condiciones¹¹.

A partir de una interpretación histórica basada en el texto del artículo 47° de la Constitución Política del Perú de 1979, un sector de la doctrina considera más conveniente referirse a condiciones de seguridad e higiene "ocupacionales", antes que "industriales" como lo prevé el tipo penal. En tal línea de ideas, se entiende por higiene ocupacional el haz de acciones a evitar que las personas, tanto dentro como fuera del

trabajo, resulten lesionadas por agentes químicos, físicos y biológicos. A su vez, la seguridad ocupacional es el haz de acciones orientadas a impedir que las personas sean dañadas por efecto de herramientas, máquinas, materias primas o insumos, por esfuerzos musculares, etc¹². El concepto de autoridad competente comprende tanto al órgano legislativo como a los diversos sectores ministeriales de la administración pública. Dichas entidades expiden sobre la materia normas de diferente rango y alcance.

¹¹GAMARRA HERRERA y ROJAS NORIEGA, o. c., p. 112.

¹²Ibid., p. 113.

Las condiciones de seguridad e higiene bien pueden ser materia de regulación a través de un convenio colectivo con el objeto de mejorar las previstas por la autoridad respectiva. Tales casos quedan sin lugar a duda fuera del supuesto típico analizado, dado que las partes no son "autoridad" y porque no hay un desmedro en la seguridad de los trabajadores, sino lo contrario.

Finalmente, un sector de la doctrina considera que con el Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, queda implícitamente distorsionado el tipo penal comentado al no existir autoridad que fije las condiciones de seguridad e higiene¹³.

E. De la coacción para celebrar contrato de trabajo

Este ilícito se encuentra previsto el artículo 168º, inciso 4º, primera parte del Código Penal. Su fuente directa se encuentra en el artículo 198º del Código Penal brasileiro (1984).

Este supuesto delictivo recoge el postulado constitucional previsto en el artículo 23º del Constitución, según el cual "Nadie esta obligado a prestar trabajo (...) sin su libre consentimiento". El contrato de trabajo consta, según la doctrina laboral, de tres elementos : el vínculo, el objeto y la forma. El vínculo, a su vez, está integrado por la capacidad y el consentimiento de cada uno de los sujetos que intervienen en el contrato. Luego, el consentimiento es la voluntad de constituir la relación contractual y de determinar su objeto y las demás condiciones para su desarrollo.

En este marco, la coacción empleada contra la víctima a fin de que celebre el contrato de trabajo elimina el consentimiento de la misma, por lo que el contrato será nulo desde su inicio. Por último, debe precisarse que el hecho puede ser denunciado ante la Policía o ante el Ministerio Público sin que necesariamente se haya declarado la nulidad del contrato en la vía correspondiente.

F. De la coacción para adquirir materias primas o productos industriales o agrícolas

Este supuesto legal se encuentra recogido en el último párrafo del inciso 4º del artículo 168º del Código Penal. Su fuente inmediata podemos encontrarla también en el artículo 198º del Código Penal brasileiro (1984), empero, el legislador nacional ha copiado inexactamente la norma, omitiendo la expresión "*no*" en la descripción del tipo penal, de modo que en el Perú se criminaliza una conducta exactamente contraria a la pensada por el legislador brasileiro.

¹³PEÑA CABRERA, o. c., p. 658.

En efecto, mientras la ley brasilera sanciona el acto de "obligar a alguien, mediante violencia o grave amenaza, (...) a no adquirir de otro materia prima o producto industrial o agrícola"¹⁴, la norma peruana sanciona contrariamente a quien mediante coacción obliga a otro a "adquirir materias primas o productos industriales o agrícolas." Este injustificado error no ha tenido otra consecuencia que la de distorsionar completamente el sentido o fundamento de la criminalización de esta conducta.

En la doctrina brasilera la conducta incriminada en su respectivo Código Penal es identificada con el nomen iuris "boicot violento", pues se comete mediante violencia o amenaza para no adquirir (por compra, trueque o donación) de alguien materia prima, un producto industrial o agrícola. Sujeto pasivo de este delito no sólo es quien sufre la coacción sino también el que padece el boicot, afectando la libertad individual como la actividad económica o laborativa del individuo¹⁵.

En el ámbito nacional, con una redacción contraria a la brasilera, se entiende que el ilícito se realiza cuando se obliga al trabajador mediante coacción a adquirir los bienes descritos en la norma, situación que va a perjudicar la marcha operativa o administrativa de cualquier establecimiento laboral. Se descarta que el empleador pueda ser sujeto pasivo del ilícito, dado que el capítulo y el artículo comentado estarían orientados a la exclusiva protección del trabajador¹⁶.

1.3.2 MODALIDADES QUE NO REQUIEREN COACCIÓN

Como advertimos con anterioridad, a diferencia de los supuestos comentados anteriormente, el último párrafo del artículo 168º del Código Penal prevé un conjunto de ilícitos caracterizados por la no exigencia de coacción para la configuración del tipo penal. En tales casos, no resulta posible alegar el consentimiento como causa de justificación pues se trata de bienes jurídicos indisponibles e irrenunciables (artículo 20º inciso 10º del Código Penal). A su vez, tampoco resulta de aplicación el artículo 27º según sugiere un sector de la doctrina nacional¹⁷, dado que la fórmula del "actuar por otro" sólo puede alegarse tratándose de delitos especiales

¹⁴FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. P. E. 10ª ed. Rio de Janeiro; Forense 1988, p. 650.

¹⁵Ibid., p. 651.

¹⁶PEÑA CABRERA, o. c., pp. 660-661.

¹⁷BRAMONT-ARIAS TORRES, o. c., p. 172.

propios y no frente a ilícitos con sujeto activo indeterminado o delitos comunes, como sucede en el presente caso.

A. Retención de las remuneraciones o indemnizaciones de los trabajadores

El tipo penal sólo sanciona la retención ilegal de la contraprestación laboral (sueldo o salario), así como de las indemnizaciones que le corresponden al trabajador. El acto de retención consiste en apropiarse o conservar para sí, todo o parte de las prestaciones debidas. En tal orden, no ingresan dentro de este ilícito las retenciones efectuadas por el empleador al amparo de un mandato legal o judicial.

Ahora bien, el tipo penal si bien exige la retención indebida, ello implica que el empleador tenga la capacidad material o económica de hacer efectivo el pago de las remuneraciones o indemnizaciones. De este modo, el delito quedará negado tratándose, por ejemplo, de empresas insolventes o en quiebra a consecuencia de la recesión económica, pues en dichos casos el agente no tiene forma de hacer frente a sus obligaciones laborales¹⁸.

B. No entrega al destinatario de las remuneraciones o indemnizaciones retenidas por mandato legal o judicial

La inafectabilidad de las remuneraciones es un principio del Derecho Laboral. Empero, en algunos casos el empleador tiene la obligación¹⁹ de retener parte de las

remuneraciones de los trabajadores para entregarlo a las personas (alimentista) o entidades (Instituto Peruano de Seguridad Social, organizaciones sindicales, Fondo Nacional de Vivienda, etc.) que indique la ley o una resolución judicial.

Es preciso destacar que la acción típica se consuma mediante la omisión de entregar las remuneraciones o indemnizaciones de los trabajadores al destinatario. Ahora bien, ello podría llevar a pensar que el sujeto pasivo es dicho destinatario, pese a lo cual deberá admitirse que

¹⁸CARO CORIA, Dino Carlos. "Los delitos contra la libertad de trabajo." En : Informe. Benites, Mercado & Ugaz Abogados. N° 0. (Lima 1994) p. 9. UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, o. c., p. 106.

¹⁹Algunos autores sostienen falsamente que por mandato legal o judicial el empleador tiene la "facultad de retener", tal es el caso de GAMARRA HERRERA y ROJAS NORIEGA, o. c., p. 117. PEÑA CABRERA, o. c., p. 662. Ello es inexacto si consideramos que tener una "facultad" implica un margen de decisión, de modo que el empleador podría optar entre retener o no. Lejos de ello, la retención se efectúa en ejecución de una obligación, la que de incumplirse acarrea graves sanciones administrativas contra el obligado.

el colectivo de trabajadores son también víctimas dada su estrecha relación con el destinatario.

C. Incumplimiento de las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente

La acción típica consiste en el no cumplimiento de las resoluciones dictadas por una autoridad con atribución legítima para decidir sobre materia laboral. El legislador entiende por "autoridad competente" únicamente a la autoridad administrativa de trabajo, pues en la Exposición de Motivos del Código Penal se indica que la norma comentada reprime "el incumplimiento de las resoluciones consentidas o ejecutoriadas de la autoridad administrativa de trabajo", de modo que respecto a la emitidas por la Justicia Laboral (Poder Judicial) se apreciaría la comisión del delito de desobediencia o resistencia a la autoridad tipificado por el artículo 368º del Código Penal.

Ahora bien, la textura abierta del tipo penal permite concluir, sin violar el principio de legalidad, que la expresión "resolución" incluye las expedidas por la autoridad administrativa y en la Jurisdicción Laboral. Quedan al margen de este ilícito las resoluciones expedidas en sede arbitral.

D. Disminución o distorsión de la producción, simulación de causales para el cierre del centro de trabajo o abandono del centro de trabajo para extinguir las relaciones laborales

La fuente de este tipo penal que tipifica las llamadas prácticas fraudulentas o "lock out", se encuentra en el artículo 35º de la Ley N° 24514, Ley de Estabilidad Laboral. La acción típica consiste en la disminución (merma o menoscabo) o distorsión (deformación) de la producción con el fin de lograr el cierre del establecimiento. Asimismo, se comete el delito mediante la apariencia o fingimiento de causales con idéntico fin, pudiendo simularse una o varias causales a la vez de modo que habiliten el cierre legal del establecimiento. Finalmente, también se sanciona el abandono del centro de trabajo, es decir, el retiro manifiesto e inesperado del empleador del centro de labores que administra, sin que exista una autorización para ello.

2. EL TIPO SUBJETIVO

De conformidad con lo previsto en el artículo 12º párrafo 1º del Código Penal, los ilícitos comentados sólo puede consumarse dolosamente, exigiéndose la conciencia y voluntad del sujeto activo de realizar los elementos del tipo objetivo.

Excepcionalmente, tratándose de los delitos de disminución o distorsión de la producción y simulación de causales se precisa la concurrencia de una especial intención : el ánimo de lograr el cierre del centro de trabajo. Dicha intención constituye un elemento subjetivo diferente del dolo, por lo que la doctrina califica estos delitos como de tendencia interna trascendente, puesto que la intención del autor (aspecto subjetivo) va más allá -trasciende- de lo que objetivamente realiza.