



**UNCUYO**  
UNIVERSIDAD  
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO FINAL DE MAESTRÍA

**“LA CONTRATACIÓN LABORAL IRREGULAR COMO  
COMPORTAMIENTO DELICTIVO EN EL CÓDIGO PENAL  
ARGENTINO”**

MAESTRIA EN DERECHO DEL TRABAJO

Nombre del Alumno: Dr. Mariano José Fugazzotto

Nombre del Director: Dr. Juan Fernando Armagnague

Mendoza, Septiembre de 2021.

## AGRADECIMIENTOS

Este trabajo ha significado un importante esfuerzo. Sin duda alguna no habría sido posible realizarlo sin la motivación y el acompañamiento de los profesores que se brindaron con pasión y total vocación durante la grata experiencia del cursado del ciclo del posgrado. A ellos, en primer lugar, un especial agradecimiento.

En segundo lugar, a mi familia. A mi esposa, Rocío y a mis hijos, Valentino, Francina y Venecia. Porque cada momento dedicado al estudio y elaboración de esta investigación ha significado en alguna medida ciertas ausencias o postergaciones de algún plan familiar. Por su comprensión y su aliento constante, un sentido agradecimiento.

A quien dedicó parte de su valioso tiempo para dirigir esta entrega y en todo momento me inspiró al estudio y a la escritura. A quien respeto por su trayectoria, tránsito en la profesión, y por sobre todo, por su humildad y generosidad para con los colegas. Quiero dedicar un especial agradecimiento al Doctor Juan Fernando Argmagnague.

Un especial párrafo también quiero dedicar al Dr. Sebastian Capizzi, quien a pesar de estar siempre avocado a sus funciones en todo momento, siempre tuvo la buena predisposición y humildad para atenderme y realizar aportes muy importantes desde la óptica del Derecho Penal.

Por último, no quiero dejar de mencionar y recordar a quienes han tenido una palabra de ánimo o una demostración sincera de alegría en las distintas etapas de elaboración de la presente investigación. También quisiera agradecerles. Sus intervenciones han sido importantes para no detener la marcha en el camino que hoy ha llegado a destino.

## ÍNDICE

Portada.....	1
Agradecimientos.....	2
Introducción.....	6
<u>Capítulo I:</u>	
LA CONTRATACION DE EMPLEADOS EN FRAUDE A LA LEY LABORAL RESULTA PUNIBLE PENALMENTE EN LA TIPIFICACION DELICTUAL DEL ARTICULO 301 DEL CODIGO PENAL.....	
	12
I.- I- La conducta tipificada como delictual por el art. 301 del CP y su aplicación a las contrataciones laborales fraudulentas.....	14
I.- II- Análisis de la norma. Bien jurídico tutelado.....	16
I.- II- I- Ubicación Metodológica en el Código Penal.....	17
I.- III- La acción típica.....	20
I.- IV- El perjuicio.....	21
I.- IV-I- El daño al trabajador.....	22
I.- IV-II- El daño al Estado.....	23
I.- IV- III- El daño a la economía de la comunidad.....	23

I.- IV-IV- La lesión al principio de Justicia Social.....	24
I.- V- El sujeto activo.....	25
I.- VI- El sujeto pasivo.....	27
I.- VII- El tipo subjetivo.....	28
I.- VIII- La confusión de la doctrina penal con el art. 173 inc 7 del CP.....	29
I.- IX- Jurisprudencia.....	31
I.- X- El artículo 301 del CP desde la perspectiva del Derecho Penal del Trabajo.....	33
I.- XI- Algunas menciones en la jurisprudencia laboral.....	35
I.- XII- Conclusiones del Capítulo Primero.....	37

Capítulo II:

LA CONDUCTA PUNIBLE FRENTE A LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL PODER PUNITIVO.....	41
II.- I- El Principio de legalidad.....	42
II.- I- I- Análisis del Principio de Legalidad. Confrontación con el supuesto del art. 301 del Código Penal.....	44
II.- I- II- ¿Cuál de todas las infracciones a la ley laboral podrían ser merecedoras de la intervención penal?.....	48
II.- I- III- ¿Puede considerarse el art. 301 una ley penal en blanco?.....	50
II.- II- Principio de Lesividad.....	52
II.- III- Principio de mínima intervención.....	54

II.- III- I- La morigeración del Principio de Última Ratio en el Derecho Penal Moderno.....	57
---	----

II.- IV- Conclusión del Capítulo Segundo.....	58
---	----

Capítulo Tercero:

LA CONDUCTA DELICTUAL EN EL DERECHO COMPARADO DE ESPAÑA Y EN LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO DE LOS AÑOS 2006, 2012 Y 2019.....	60
---	----

III.- I- El Código Penal Español desde la reforma de 1995.....	62
--	----

III.- I- I- El artículo 311 del Código Penal Español.....	62
---	----

III.- I- II- Los artículos 311 bis y 318 del Código Penal Español.....	66
--	----

III.- II- Las intenciones de reforma del Código Penal Argentino.....	67
--	----

III.- II- I- El anteproyecto de reforma del Código Penal Argentino 2006.....	67
--	----

III.- II- II- El anteproyecto de reforma del Código Penal Argentino 2012.....	68
---	----

III.- II- II- I- Los proyectos de delitos.....	70
--	----

III.- II- III- El anteproyecto de reforma del Código Penal Argentino 2019.....	74
--	----

III.- II- III- I- Otros supuestos de delitos introducidos.....	76
--	----

III.- III- Conclusión del Capítulo Tercero.....	77
---	----

CONCLUSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN .....	78
---	----

BIBLIOGRAFÍA.....	81
-------------------	----

## **INTRODUCCIÓN.**

El trabajo irregular o trabajo en negro siempre ha sido uno de los grandes temas por resolver en la sociedad. Es por ello que a lo largo de la historia una de las grandes preocupaciones ha sido intentar establecer normas que de alguna manera sancionen este tipo de comportamiento, con el fin de disminuir el número de casos que este fenómeno presenta en las realidades de las relaciones de trabajo.

Estas normas generalmente son materia del Derecho del Trabajo, y en definitiva, son los operadores de esta rama del Derecho quienes con frecuencia se abocan a la difícil tarea de promover su cumplimiento en el flujo de las relaciones de empleo.

No obstante, con este trabajo de investigación pretendemos dejar al descubierto que además de las disposiciones que están previstas respecto esta temática en el ordenamiento laboral vigente en nuestro país, encontramos otra respuesta concreta para este grave problema en otra de las ramas del Derecho. La cual entendemos como suficiente, y tal vez más efectiva, para atacar con eficacia la problemática del empleo informal. Sin embargo, advertimos que en la práctica del ejercicio del derecho todavía no ha podido ser abordada con la profundidad que merece.

Esta respuesta a la que referimos no es más que una sanción dispuesta por el Código Penal Argentino, vigente desde 1921, que importa una pena de prisión para determinados sujetos que incurran en el comportamiento de contratar o mantener relaciones de trabajo sin que las mismas sean registradas tal como lo establece la normativa laboral vigente.

Vale destacar que esta solución legal que mencionamos resulta aplicable solamente para las relaciones de trabajo que se desarrollan en el ámbito del sector privado, que se rigen por las disposiciones de la Ley 20.744 o por estatutos especiales, y donde quien emplea resulta ser una persona jurídica.

En efecto, el artículo 301 del Código Penal, tal cual hoy se encuentra redactado y vigente, consideramos que prevé una clara sanción para determinados miembros de una persona de existencia ideal empleadora, que incurre en la conducta prohibida por el ordenamiento jurídico laboral de no registrar o de registrar en forma irregular un contrato de trabajo.

Como veremos a lo largo de la presente entrega, este comportamiento fue contemplado por el legislador de 1921 al momento de elaborar el proyecto del Código Penal que hoy se encuentra vigente. Sin embargo, la conducta delictual descrita tal como la señalamos, insistimos en que no ha sido advertida por los operadores del derecho que se especializan tanto en materia penal, como también en materia laboral.

Lo cierto es que en la actualidad no podemos negar que la aplicación y la evolución de la ciencia del Derecho no se concibe de igual manera a cómo podía ser percibida en tiempos anteriores. Si bien reconocemos las distintas ramas del Derecho, el operador moderno considera nuevos espacios donde las ramas tradicionales se entrelazan y coexisten dando lugar a nuevas subramas, o por qué no, a ramas autónomas dentro de la ciencia jurídica. El caso que hoy resulta objeto de la presente investigación no es una excepción a este fenómeno y podría decirse que encuentra su espacio en lo que hoy se conoce como el Derecho Penal del Trabajo. Ciencia que para algunos debe ser considerada como una rama autónoma del Derecho y para otros como una especialidad del Derecho Penal, y a su vez, del Derecho Penal Económico.

En la actualidad el Derecho Penal tiene interés en determinadas conductas que se presentan en el marco de las relaciones laborales y que están tipificadas como delictuales. Pero, en su gran mayoría éstas se subsumen en supuestos que configuran algún delito ya conocido por aquella materia, sin que una transgresión a una disposición legal de naturaleza laboral importe un delito por el hecho mismo de incurrir

en un comportamiento ya contemplado por el Derecho del Trabajo. Los ejemplos más comunes que se presentan y que podemos referir, entre otros, son los homicidios culposos que se producen en el ámbito de los establecimientos donde prestan funciones los empleados; los robos o hurtos en ocasión del trabajo; los abusos sexuales que se pueden producir en el ámbito del lugar de trabajo; extorsiones, amenazas y coacciones que pueden configurarse en toda relación de tipo laboral; las falsificaciones de instrumentos privados propios que se deben en toda relación de trabajo.

Por otra parte, volviendo al problema que presenta el fenómeno del empleo informal, el Derecho del Trabajo, en este punto, se agota en sancionar económicamente en el ámbito administrativo como judicial, a aquél empleador que no registrare un contrato de trabajo tal como lo dispone el ordenamiento jurídico, o que la registración no reflejase la realidad de las condiciones que se presentan en el vínculo contractual. Aún en los casos en que estos empleadores fueran reincidentes en incurrir en este comportamiento no aceptado, no varía la sanción de naturaleza indemnizatoria que tiene previsto el bloque de normas laborales. Por tal motivo, es que salvo los intentos jurídicos de los operadores del Derecho del Trabajo de alcanzar en forma solidaria con los efectos de una sentencia condenatoria a los socios de una sociedad empleadora que resultare infractora de esta normativa, no ha encontrado otra respuesta que pueda ser eficaz en cuanto a atacar, con ánimo de disminuir o erradicar, la problemática que presenta el trabajo irregular o en negro como comúnmente se lo conoce.

Es en este contexto que de algún modo intentamos graficar, que en definitiva entendemos que se propicia la impunidad de aquellos empleadores que tienen por hábito –comercial si se quiere- transgredir la ley laboral en lo que respecta a contrataciones. Pues, la sanción que propone el ordenamiento jurídico para la problemática del trabajo informal, que termina impactando en el orden financiero del transgresor, no responde de manera eficiente a la necesidad de la sociedad.

Desde este razonamiento, advertimos que el Derecho Penal Argentino hoy en día no protege, como bien jurídico, el cumplimiento de aquellas normas laborales que regulan la registración de los contratos de trabajos para evitar ocasionar perjuicios en

las personas trabajadoras subordinadas y en la sociedad. Tampoco en el Derecho Laboral se ha demostrado éxito en intimidar con las sanciones allí previstas al empresario que opta por correr el riesgo de violar las disposiciones legales del ordenamiento jurídico laboral en relación a la correcta registración de los contratos de trabajo. Lo cierto es que el sistema en la actualidad resulta obsoleto, inadecuado y carente de herramientas técnicas para controlar la alta siniestralidad que hoy se presenta en el territorio argentino con respecto a esta problemática.

En este temperamento, como anteriormente supimos adelantar, es que advertimos que en el ámbito del Derecho Penal, con el fin de proteger la fe pública, y en especial, la confianza que el público en general tiene depositada en la honestidad y buena fe que debe regir en el ejercicio del comercio y de la industria, existe una sanción prevista para aquellas personas jurídicas que ejerzan el comercio o la industria que incurran en transgresiones a la normativa que regula las relaciones de trabajo. Y que de ser aplicada tal como lo prevé el Código Penal, importaría sin duda alguna un enorme avance en miras a la erradicación del empleo informal que hoy padece nuestra sociedad.

Desde este planteamiento nos proponemos en la presente investigación develar el encuadramiento en una conducta tipificada como delictual, del comportamiento ilegal en que frecuentemente incurren empleadores de naturaleza jurídica o de existencia ideal con respecto a la registración de los contratos de trabajo que celebran con el personal dependiente en el ámbito del sector privado.

Específicamente analizaremos los elementos del tipo penal previsto y penado en el artículo 301 del Código Penal Argentino y realizaremos una confrontación de la conducta que proponemos como punible con los límites y principios orientadores que resultan rectores del Derecho Penal. Finalmente, abordaremos la temática desde el derecho comparado español y examinaremos los proyectos de modificación del Código Penal de 2006, 2012 y 2019 que no lograron encontrar consenso legislativo y convertirse en ley.

Para alcanzar los objetivos antes mencionados trabajaremos sobre un marco de referencia que se comprende principalmente de documentos normativos que regulan la temática, el propio Código Penal Argentino, leyes nacionales como la 20.744, 24.013 y 25.323, el Código Penal Español, los proyectos de reforma de 2006, 2012 y 2019 del Código Penal Argentino y diferentes producciones de autores con formación en materia laboral y penal.

Desde el punto de vista metodológico, en la presente investigación nos interesa, como dijimos, develar y dejar al descubierto la sanción que se encuentra vigente y que corresponde aplicar en caso que un empleador (persona jurídica) contrate mano de obra dependiente en el ámbito laboral de índole privado en violación a las disposiciones legales que regulan esa acción. Ello, con el fin de realizar un aporte en miras a solucionar un problema que importa a la economía y al desarrollo cultural y social del país, como lo es el alto índice de trabajo informal.

Para ello, el enfoque de la investigación será de tipo cualitativo y tendrá una finalidad básica que intentará exponer y analizar los distintos supuestos en los cuales se fundamenta el planteo que sostenemos como también aquellos por los cuales le cabrían eventualmente críticas al mismo. En este sentido su abordaje tendrá una profundidad analítica, realizando una crítica de la normativa vigente que se aplica al comportamiento de crucial interés en toda relación laboral dependiente que se suscite en la esfera privada del mercado del trabajo.

De esta manera, como adelantamos en los párrafos anteriores, el esquema seleccionado para el desarrollo del trabajo investigativo se compondrá de tres capítulos. Cada uno intentará alcanzar los objetivos específicos planteados precedentemente.

En el primero, desarrollaremos cómo la contratación de empleados en fraude a la ley resulta punible para el Código Penal Argentino. Nos introduciremos en la conducta tipificada como delictual según el artículo 301 del C. P. Haremos un análisis de la norma y del bien jurídico tutelado por ella. Nos detendremos también en la acción

típica que se requiere como elemento configurativo, en los sujetos activos del supuesto, el tipo subjetivo y en la jurisprudencia que existe sobre el supuesto.

En el segundo, confrontaremos el planteamiento que formulamos en relación a la conducta que proponemos como punible con los límites al poder punitivo del estado y con algunos principios rectores que rigen el Derecho Penal. Así, abordaremos los principios de legalidad penal, de lesividad y de mínima intervención o de última ratio, haciendo un esfuerzo por antepoñernos y superar eventuales críticas que desde el fuero Penal bien le podrían caber al planteamiento que formulamos con relación al artículo 301 del C.P.

Por último, examinaremos en el Derecho Comparado, más precisamente en el Derecho Penal Español, la incorporación del Derecho Penal del Trabajo con la modificación de 1995. También, investigaremos los anteproyectos de reforma del Código Penal Argentino de los años 2006, 2012 y 2019 donde se proponía la codificación de tipos penales cuyos bienes jurídicos tutelados versaban expresamente sobre derechos de índole laboral que se le reconocen al trabajador por su situación de vulnerabilidad ante su empleador.

De esta manera, una vez desarrollados los temas expuestos en los capítulos nos propondremos, a modo de conclusión, realizar un aporte que permita el espacio para debatir, y por qué no en sede judicial, el encuadre jurídico del comportamiento específico de las personas jurídicas de contratar mano de obra dependiente, en el ámbito privado, en violación de las disposiciones vigentes en el ordenamiento laboral.

## CAPÍTULO I.

### I.- LA CONTRATACION DE EMPLEADOS EN FRAUDE A LA LEY LABORAL RESULTA PUNIBLE PENALMENTE EN LA TIPIFICACION DELICTUAL DEL ARTICULO 301 DEL CODIGO PENAL

Los operadores del Derecho del Trabajo pueden efectivamente dar fe de cómo el ordenamiento laboral, sin perder la referencia de la figura del trabajador como sujeto de preferente tutela, ha podido en varias ocasiones expandirse y relacionarse con normativas propias a otras ramas del Derecho. Conocidos ejemplos de ello son, del Derecho Societario, la extensión de las responsabilidades a los socios de una persona colectiva que emplea (arts. 54, 59, 153 y 274 de la Ley 19.550); del Derecho Civil o de Daños, la responsabilidad civil en reparar de manera integral el daño que pueda haber sido ocasionado por un accidente en ocasión del trabajo (arts. 512, 1072 y 1113 del Código Velezano); la protección de la discriminación como bien jurídico tutelado en el marco de las relaciones de trabajo (Ley 23.592); del Derecho Previsional, el orden de prelación entre posibles beneficiarios de una indemnización (Ley 24.241), entre otras.

En este sentido, es sabido que existen hechos que interesan tanto al Derecho del Trabajo como también al Derecho Penal. Casos donde se ha investigado si lesiones o muertes ocurridas como consecuencia de algún accidente de trabajo pudo deberse a una acción u omisión de una conducta típica, antijurídica, culpable y punible en relación al empleador o responsable del establecimiento donde se haya producido el siniestro. La explícita remisión de la ley 24.557 al artículo 106 del CP en los casos de incumplimiento de las prestaciones en especie por parte de las aseguradoras o empleadores auto asegurados. La regulación prevista en el título del Código Penal que protege la libertad de las personas, específicamente en el capítulo de los delitos contra la libertad en el trabajo y asociaciones, en los artículos 158 y 159. Como también aquellos ilícitos cometidos por trabajadores en el marco de la ejecución del contrato de trabajo.

Esta percepción moderna de concebir el Derecho, de una manera interrelacionada, donde, como alguna vez señaló en conferencia la Profesora Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci<sup>1</sup>, impone pensar que todo el universo del Derecho se pone a disposición de un hecho jurídicamente relevante. Y que será este hecho el que de alguna forma implicará que la norma más adecuada en primera instancia en función de su aplicación al caso, sea en definitiva el portal de acceso por la cual ese acontecimiento ingrese al universo jurídico para luego ser abordado y analizado de la manera más completa e integral posible.

En el presente trabajo llevaremos a cabo una investigación centrada en la relación que se presenta entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Penal. La cual, pese a su creciente interés, entendemos no ha sido abordada lo suficiente por los doctrinarios de ninguna de las dos ramas. Sin embargo, han sido los operadores del derecho laboral quienes en nuestro país, se han ocupado en mayor medida por ahondar en su estudio. En este punto se dividen quienes entienden y reconocen al Derecho Penal del Trabajo como una rama autónoma del derecho para su estudio, y por otro lado, quienes por el contrario consideran aquella como una subdivisión del Derecho Penal Económico.

En este contexto, donde se intenta reconocer la existencia de normas del Derecho Penal que interesan al Derecho del Trabajo, y que tienen consecuencias directas en la aplicación de este último, nos encontramos con el artículo 301 del Código Penal. Esta disposición, tal cual hoy se encuentra vigente, la consideramos un precepto legal netamente aplicable para los casos donde se emplee mano de obra en violación al ordenamiento jurídico laboral por parte de entes colectivos o personas de existencia ideal.

---

<sup>1</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "El Trabajo en el CCyC", Julio 2018, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina.

No obstante, tal como bien señala el autor Mauricio Macagno<sup>2</sup>, la doctrina en materia de Derecho Penal, pese al paso del tiempo, nunca estuvo completamente de acuerdo con la interpretación que debía otorgarse a esta figura legal. Desde cuál es el bien jurídico lesionado o si es correcta su ubicación en el Código Penal, hasta el carácter del perjuicio típico. Las razones de tales disidencias las afina en la deficiente redacción del tipo penal y en la extensión que se le otorga al mismo.

Estos cuestionamientos y cierta reticencia por parte de los operadores del Derecho Penal para aplicar la norma que postulamos, fueron en definitiva los motivos por los cuales nos embarcamos en la presente investigación con el convencimiento de que las respuestas a dichos planteos y la correcta inteligencia que se le debe dar al artículo, reposan en la moderna concepción del Derecho Penal del Trabajo.

### **I.- I- La conducta tipificada como delictual por el art. 301 del CP y su aplicación a las contrataciones laborales fraudulentas.**

Las vinculaciones de trabajo dependiente y la figura del trabajador, como sabemos resultan objeto constante de tutela por parte del Estado. La propia Constitución Nacional en el art. 14 bis nos dice *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de la leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor,.....”* Y la Corte Suprema supo decir en Vizzotti<sup>3</sup> *“... Sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional del año 1994 (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). ..”*

---

<sup>2</sup> MACAGNO, Mauricio. “La prestación de concurso o consentimiento a actos ilegales o anti estatutarios y su relación con el delito de administración fraudulenta”, (<http://sociedadesmdp.blogspot.com/2011/02/datos-sobre-301-cp.html>)

<sup>3</sup> Vizzoti, Carlos c/ AMSA S.A. s/ Despido, 14 de Septiembre de 2004, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, Magistrados: Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Fallos 327:367.

A su vez, la experiencia ha demostrado que en las relaciones donde el trabajador presta su fuerza de trabajo a personas de existencia ideal es en donde se enfrenta a mayores riesgos e incertidumbres a la hora de hacer valer sus derechos en comparación con aquellas en las cuales donde aquél se vincula con un empleador de existencia visible. Ya sea por el hecho de no contar con una figura definida del empleador en muchos casos, como también porque en varias ocasiones el patrimonio de este tipo de personas no resulta suficiente para garantizar el cobro de eventuales indemnizaciones que el ordenamiento laboral prevé para determinadas conductas en las que puede incurrir el empresario. Por tal razón es que las primeras precisan de un mayor control por parte del Estado en orden a obtener los comportamientos propios de la pacífica convivencia de los ciudadanos. Y por mayor control entendemos la necesidad de establecer consecuencias jurídicas que contengan sanciones más importantes a los fines de garantizar su inviolabilidad. En esa lógica, señalamos al Derecho Penal como la ciencia que viene reforzar la seguridad jurídica que debe garantizar el Estado, que muchas veces no resulta suficiente con las disposiciones de todo el ordenamiento jurídico laboral vigente.

Ante este panorama es que consideramos que el delito previsto y penado en el artículo 301 del C.P. resulta una conducta reprochable penalmente a entidades de existencia ideal -más precisamente a las personas que tienen la facultad de dirigir o administrar a aquellas- que se consuma con el hecho de contratar mano de obra bajo una relación de dependencia en fraude a la legislación laboral.

Este artículo 301 que referimos lo encontramos dentro del título XII del Código Penal, que regula los delitos contra la fe pública, y a su vez, como integrante del capítulo V de este título, que prevé los fraudes al comercio y la industria. Establece: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona colectiva que a sabiendas prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio. Si el acto importare emisión de acciones o de cuotas de capital, el máximo de la pena se elevará a tres años de prisión, siempre que el hecho no importare un delito más gravemente penado.”

En efecto, resulta típica tal conducta porque incurrir en un acto no autorizado por la ley laboral, y del cual derivan perjuicios, tanto para el trabajador cuya situación se presenta informal, como para el Estado y la propia economía de aquél, se considera un acto indebido y perjudicial, y por tanto está expresamente prohibido por la norma que citamos. Resulta antijurídica porque no existe en la extensión del Código Penal circunstancia alguna que permita justificar tal acción y en consecuencia excluir la aplicación de una pena. Y finalmente, resulta culpable porque el acto de contratar de manera irregular se realiza por quien puede ser hecho responsable, siendo que pudo motivarse de actuar de otra manera y además tenía las posibilidades de actuar de acuerdo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral.

#### **I.- II- Análisis de la norma. Bien jurídico tutelado.**

Como se puede advertir, el primero de los supuestos previstos en el tipo penal transcrito es aquél que nos interesa y a cuyo estudio nos avocaremos en la presente entrega. Consideramos que el agravante de la norma, contenido en el segundo de los supuestos penados, importa de manera directa a actos indebidos vinculados con el Derecho Societario o Penal Societario si se quiere.

Desde el análisis de la norma que invocamos, nos interesa poner en relieve que aquella acción frecuente y común de contratar mano de obra marginal que se presenta en el tránsito del derecho del trabajo, tipifica en la conducta regulada en este artículo. En este sentido sostenemos que los supuestos contemplados en la norma se presentan de manera inequívoca y objetiva en cada una de las contrataciones que los entes de naturaleza colectiva efectúan en fraude al ordenamiento laboral vigente. Por lo tanto este comportamiento configura la conducta delictual prevista y sancionada en el artículo 301 del C.P.

Para ello es necesario en primer lugar atender el bien jurídico protegido, el interés social que lesiona la conducta contemplada por la norma y con ello el bien jurídico tutelado por el delito. Donde en definitiva creemos yace el fundamento principal que sostiene la aplicación concreta del tipo para conductas que se presentan frecuentemente en el ámbito del derecho laboral.

### **I.-II-I- Ubicación metodológica en el Código Penal**

Como dijimos, el artículo 301 del Código Penal está ubicado metodológicamente en el título XII denominado Delitos contra la Fe Pública, y dentro de este, integra los delitos contra el fraude al comercio y a la industria.

Cuando hablamos de Fe Pública, nos referimos a un valor que reside en el orden social. En materia penal, existen diferentes concepciones del bien jurídico protegido por los delitos que atentan contra este orden social, y de allí, que no se presenta pacífica la doctrina en cuanto a su delimitación debido a la gran generalidad que conlleva la expresión. No obstante, se concuerda en que referirse a la fe pública, es dirigirse a la confianza general o colectiva que se deposita en la función garantizadora del Estado respecto del tráfico jurídico que resulta necesario para preservar la función social de determinados actos, objetos o instrumentos. De esta manera, entre las diferentes concepciones del bien jurídico protegido por este tipo de delitos, encontramos como factor común, una esperada intervención eficiente del Estado y una necesaria sensación de seguridad que se anhela en el normal desenvolvimiento de la vida civil.

Con esta perspectiva nos parece adecuado analizar los delitos que se encuentran contemplados dentro del título XII del CP. En un primer orden, la idea de entender la protección de la seguridad del tráfico jurídico como el bien de tutela de los delitos contra la fe pública, es en definitiva la que nos parece más acertada. Luego, ya en segundo orden, es necesario purgar esta concepción general en la medida en que se relacione la conducta bajo examen con alguno de los delitos delimitados en los

capítulos del título. Es decir, que los delitos previstos y penados en el título que comprende aquellos contra la Fe Pública necesariamente tienen interés en proteger un bien jurídico general en primera medida, como es la seguridad del tráfico jurídico, y un interés particular que se vincula a cada una de las figuras que componen el título.

Por ejemplo, desde esta visión generalizada habrá que analizar luego en particular el interés social que tienden a proteger de manera específica las acciones propias que tienen que ver con la falsificación de monedas o billetes o títulos de crédito (capítulo I); la falsificaciones de sellos, timbres y marcas (capítulo II); la de documentos en general (capítulo III); las defraudaciones al comercio y a la industria (capítulo V); o con el pago de cheques sin provisión de fondos (capítulo VI).

Esta propuesta de análisis importa entonces atender el bien jurídico tutelado por cada una de las conductas reguladas en los distintos capítulos, pero sin perder la visión de que tal conducta, en primera medida, para configurarse debe atender contra esta confianza general del público depositada en el tráfico jurídico que tiene que ver con el instrumento o acto que se examina.

Bajo esta línea de pensamiento es preciso abordar el capítulo V del título XII, donde se encuentra regulado y vigente el artículo 301 que nos ocupa, comprendido como un delito que implica una defraudación al comercio y a la industria.

El destacado doctrinario en materia penal, Dr. Edgardo Alberto Donna<sup>4</sup>, acude a los antecedentes históricos para comprender la incorporación al Código Penal de delitos los contemplados en este capítulo V. En este sentido recuerda con claridad que los ideales de industria lícita y de comerciar que se encuentran constitucionalizados en el artículo 14 de nuestra carta magna se fortalecieron en la Revolución Francesa, como consecuencia de la lucha contra los privilegios y los monopolios. Y que estos principios supusieron el fin de las opresiones para dar lugar a nuevas libertades, que finalmente dieron espacio para la aparición de grandes organismos económicos que se imponían de manera violenta sobre quienes se presentaban como más débiles

---

<sup>4</sup> DONNA, Edgardo Alberto, "Derecho Penal, Parte Especial", Tomo IV, 3ª edición actualizada. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, 2014. Pág. 22.

logrando predomios, concentrando en pocas manos la industria, estableciendo precios y monopolizando. Lo que inevitablemente derivó en una alteración de oferta y la demanda, en una lucha desleal en la producción y el comercio, y en abusos en el empleo de la mano de obra que imponían una necesaria intervención por parte de la figura del Estado.

Desde esta manera de razonar, atendiendo el panorama descrito indica que se reclamaba una intervención estatal que lograra de alguna forma impedir estos abusos por parte de quienes detentaban el poder económico y adoptaban una posición predominante respecto de los más débiles, y que en respuesta a ello, en el Código Penal de 1921 se incorporaron a los artículos del capítulo de los delitos contra el fraude al comercio y a la industria.

Ahora bien, si analizamos este tipo de delitos desde el bien jurídico que tutelan los delitos contra la fe pública podemos afirmar que protegen la confianza general que el público tiene depositada en la actividad comercial y en el desarrollo de la industria. Esta confianza, creencia, o buena fe dispensada en lo que se supone como correcta actividad, es la que se lesiona mediante fraude.

El significado jurídico de fraude, como sabemos, importa un engaño económico con la intención de conseguir un beneficio, y con el cual alguien queda perjudicado. Aquí el fraude se presenta de manera objetiva e inequívoca. Consiste en la vulneración de la legislación laboral y de la seguridad social con la que se pretende mediante dicho engaño evitar pagar impuestos a costa de perjuicios para el trabajador y para el propio Fisco.

De configurarse este engaño que señalamos se altera inevitablemente la actividad comercial y el desarrollo de la industria. Pues, el beneficio que obtienen quienes incurren en esta conducta les significa ventajas económicas que traen sin duda consecuencias directas en el orden del mercado de la oferta y la demanda, y de la competencia leal con aquellas personas que ajustan su actuar a las disposiciones legales vigentes.

### **I.- III- La acción típica.**

Habiéndonos referido al bien jurídico que protege el delito que hoy nos ocupa, cabe ahora abocarse al análisis de la acción típica del mismo. La norma consiste en prestar su concurso o consentimiento para la realización de actos contrarios a la ley o estatutos, y que de ellos, pueda derivar un algún perjuicio: *“...que a sabiendas prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio...”*

Lo cierto es que para los autores en materia de Derecho Penal es imprescindible en primer orden superar ciertas dificultades para descifrar la conducta típica. Esclarecer si se requiere una acción, o también cabe la omisión. Como también la necesidad de definir la precisión y alcance de las expresiones “prestar su concurso” o “consentimiento”, entendiendo el verbo prestar como ayudar o dar asistencia. La expresión prestar concurso impone la necesidad de la existencia de pluralidad de autores. En cambio, cuando nos referimos a prestar consentimiento, deja claro que se trata de un acto llevado a cabo por un tercero.

En este sentido, para autores como Donna<sup>5</sup>, este delito es de inspiración de deber, en los cuales los sujetos mencionados incumplen, ya sea violando la ley o los estatutos, de dos formas, prestando su concurso o su consentimiento.

Ahora bien, el elemento normativo del artículo entonces debe entenderse como la comisión de un acto que resulte en forma manifiesta contrario a una ley, ya sea de orden nacional o provincial.

---

<sup>5</sup> DONNA, Edgardo Alberto, ob. cit. Pág. 366.

En concreto, llevar a cabo contrataciones fraudulentas implica para el sujeto empleador incurrir en claras contradicciones a obligaciones legales precisas como por ejemplo aquellas dispuestas por los artículos 52 (de registrar el contrato de trabajo), 79 (cumplir con las obligaciones que resulten de la LCT, de los estatutos profesionales, convenciones colectivas de trabajo y de los sistemas de seguridad social), 80 y 132 bis (ingresar los fondos de la seguridad social y sindical a su cargo) de la ley 20.744; 7 (de registrar la relación laboral) de la ley 24.013; 27 (de afiliarse a una ART) de la ley 24.557; 16 y 19 (de depositar la contribución a su cargo junto con los aportes que hubieran debido retener por obras sociales) de la ley 23.660; 12 y 13 (de inscribirse como empleador y de suministrar información a la ANSES de las relaciones de trabajo dependiente que contrate) de la ley 24.241.

#### **I.- IV- El perjuicio.**

En cuanto al perjuicio que debe derivar de este actuar indebido, la gran mayoría de la doctrina del fuero penal reconoce que al tratar este tema es común incurrir en confusiones. Pues, ubican al perjuicio en la órbita de la concreción de un daño patrimonial para la propia organización colectiva. Es decir, centra su atención en la sociedad donde actúan los sujetos activos mencionados en la norma. Donde importa, ya sea, cesación de pagos, imposibilidad sobreviniente de realizar su objeto, pérdida de capital, o incluso necesidad de ser disuelta. En cambio, el sector minoritario, refuerza la idea del perjuicio a la fe pública sin llegar a los extremos del daño patrimonial, criticando que quienes se enrolan en la anterior concepción mayoritaria interpretan la ley fuera del bien jurídico protegido por la norma.

Una corriente más moderna, sostiene que para concebir el perjuicio requerido por la norma resulta necesario distinguir aquellos ilícitos contra la propiedad individual de los que causan daños masivos y que importan peligros o menoscabos concretos a los patrimonios de muchas personas, empresas, y aún del propio Estado o de la economía de una comunidad.

Es en esta inteligencia donde pretendemos destacar que con la acción antes descrita no sólo se incurre en un daño personal al trabajador, sino que también además se produce un menoscabo de orden general para el patrimonio del propio Estado, para la economía de la comunidad y para el ideal de justicia social.

#### I.- IV- I- El daño al trabajador:

El daño que le ocasiona a un trabajador la acción típica de infringir el ordenamiento laboral según el supuesto previsto por el artículo 301 del Código Penal es el más inmediato y perceptible de los perjuicios que derivan de la conducta bajo análisis.

En materia del Derecho del Trabajo, tanto en el orden internacional como en el plano nacional, resultan claros los numerosos daños que producen en la persona del trabajador una situación de trabajo informal o irregular. El profesor Dr. Carlos Livellara<sup>6</sup>, con precisión pudo enumerar aquellas consecuencias negativas que afectan la persona y especialmente la dignidad del trabajador, y que se presentan de manera más perceptibles para los operadores del Derecho Laboral: a) su moral profesional se ve denigrada frente a otros trabajadores reconocidos como tales y debidamente registrados; b) su salario se ve afectado, por cuanto queda librado a la negociación directa con su empleador y no se le reconocen los mínimos legales y convencionales o las remuneraciones habituales de la actividad ;c) se ve expuesto al desconocimiento de los derechos que el orden público laboral le reconoce ;d) no tiene acceso a los beneficios de la seguridad social para él y su grupo familiar; e) no tiene cobertura de una ART frente a los infortunios laborales; f) en el futuro tendrá dificultad para acceder al beneficio jubilatorio por la falta de aportes efectuados durante su desempeño laboral.

---

<sup>6</sup> LIVELLARA, Carlos, "El trabajo informal afecta derechos fundamentales del trabajador reconocidos por la Constitución Nacional" Revista Derecho Laboral, 2018, Rubinzal-Culzoni.

#### I.- IV- II- El daño al Estado:

En este punto se puede dar lugar a diferencias de opiniones en cuanto a la existencia del daño como tal en el patrimonio del Estado. Ello debido a que los aportes o contribuciones que se debieran ingresar en cumplimiento de las obligaciones legales antes detalladas, para algunos no han formado parte de aquél por el solo hecho de no haber ingresado a las arcas del Estado.

Nuestra concepción radica en que no podemos desconocer que estas disposiciones legales importan mandatos de orden legal, y por tanto en cada contrato de trabajo que se celebre en el ámbito del territorio argentino, el Estado cuenta con un potencial crédito que de momento en que nace existe para su patrimonio, y el hecho de no cumplir con el pago del mismo, importa sin lugar a duda un detrimento para la recaudación fiscal, y por tanto un claro menoscabo al patrimonio del Fisco.

#### I.- IV- III- El daño a la economía de la comunidad:

El concepto jurídico de trabajo previsto en el artículo 4° de la ley 20.744, establece y reconoce una vinculación de éste con la economía cuando refiere: "...toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración. El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley."

Sin duda el gran avance que alcanzó la LCT en nuestro país, fue plasmar en el texto legal el carácter humanista del trabajo, poniendo en primer lugar la utilidad de

aquél para lograr el desenvolvimiento y crecimiento del ser humano como persona, prevaleciendo por sobre el sentido patrimonialista o netamente económico que se le había concedido anteriormente en la legislación cuando se lo entendía como valor de cambio en la actividad económica. Pero, claro está que de ninguna manera puede negarse ni separarse a aquél de la actividad económica. Por lo tanto, puede afirmarse que un acto contrario al ordenamiento laboral importa indirectamente también un claro perjuicio para la actividad económica por cuanto repercute inevitablemente en la industria y en la competencia lícita que debe existir entre los productores si tenemos en consideración que la mano de obra correctamente registrada importa un costo muy superior a aquella informalizada.

En esta línea de pensamiento, es oportuno destacar que la propia Organización Internacional del Trabajo<sup>7</sup> tiene reconocido que el sector no estructurado de empleo representa una parte importante de la economía, y ciertamente del mercado de trabajo en muchos países. Pues el mismo desempeña un importante papel en la creación de ocupación, la producción y la generación de ingresos, vinculando incluso a la pobreza con la informalidad en razón de que gana menos un trabajador cuyo contrato cuenta con la protección de las leyes que uno que se encuentra en situación de desamparo legal.

#### I.- IV- IV- La lesión al principio de Justicia Social.

Podemos afirmar que la noción de justicia social aplicada al ámbito del Derecho del Trabajo importa, como señala Miguel Angel Maza<sup>8</sup>, la imposición de deberes de conducta para trabajadores y empleadores con el objeto de alcanzar el bien común por sobre los intereses particulares.

Es en esta línea de entendimiento, que claramente armoniza con la definición de “principio señero” de nuestra Constitución Nacional y del Derecho Internacional de

---

<sup>7</sup> <https://ilostat.ilo.org/es.resources/concepts-and-definitions/>

<sup>8</sup> OJEDA RAUL HORACIO, Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada, Segunda Edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2011, Tomo I, pags 142/144.

los Derechos Humanos que la propia CSJN reparó en el precedente “Aquino”<sup>9</sup>, se presenta manifiesta la lesión al principio de Justicia Social cuando los sujetos antes individualizados incurren en la conducta de infringir la normativa de orden laboral en cuanto a la registración de un contrato de trabajo. Pues, se altera el bienestar general de la comunidad por cuanto se restringe el alcance de la población que trabaja a un mayor grado de desarrollo personal, y con ello, a que aspire a la plena realización de los derechos de la persona humana.

### **I.- V- El sujeto activo.**

El delito que analizamos puede identificarse como un delito especial, es decir que solo puede ser cometido por personas con ciertas características y, en este caso, también debe ser cometida contra personas que reúnen elementos personales. La especialidad del delito reside, como se puede observar, tanto en la condición del sujeto activo como del sujeto pasivo.

Es clara la norma en cuanto sólo puede ser sujeto activo del delito el director, administrador, gerente o liquidador de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona colectiva o quien cumpla dichas funciones en la entidad. Se trata de un tipo penal especial con sujetos activos determinados. El director de una sociedad anónima es el miembro del órgano de gestión y representación de mayor poder real, que es el directorio. Se trata éste de un órgano colegiado, necesario y permanente, cuyos miembros socios o no, son periódicamente nombrados por la asamblea ordinaria de la sociedad y cuya función es realizar todos los actos de administración, ordinaria y extraordinaria, representando a la sociedad ante terceros y asumiendo responsabilidad solidaria e ilimitada por las infracciones a los deberes que les impone la ley y el acto constitutivo. El gerente es un empleado de la sociedad, con funciones ejecutivas ordenadas por el directorio y que la representa y actúa dentro de los límites del mandato otorgado. El administrador, en cambio, es cualquier persona a quien se encarga las funciones de administración, por ejemplo, los directores en las sociedades anónimas, como los gerentes en las sociedades de responsabilidad limitada. Por

---

<sup>9</sup> CSJN, in re “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA”, del 21-09-2004 (Fallos: 327:3753)

último, el liquidador es la persona que representa a la sociedad en el proceso de extinción, dotada de facultades de realización respecto del activo y del pasivo del ente, formando la masa residual sujeta a división y devolución.

Según la conducta que sostenemos como típica, estos sujetos antes mencionados desde la perspectiva del Derecho Laboral son considerados empresarios, pues en el caso, quien emplea la mano de obra y es uno de los sujetos del contrato de trabajo es la persona jurídica que representan.

Así, el artículo 5 de la Ley de Contrato de Trabajo establece que: "...se llama empresario a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la empresa."

Es importante en este punto traer a mención la diferencia entre empresario y empleador. Como se sabe, muchas veces se presenta la situación en que el empleador no es empresario, o que el empresario no es empleador. Miguel Angel Maza<sup>10</sup> citando al profesor Vazquez Vialard señala la distinción del empleador, como aquél que recibe la prestación, y el empresario, como el dueño de la estructura que dirige un grupo cuya finalidad es producir bienes y servicios.

Con este alcance de la norma en cuanto a los sujetos activos, entendemos que se obtiene la esperada respuesta eficiente por parte del legislador y un mayor control por parte del Estado a la necesidad de garantizar protección y seguridad jurídica para el trabajador cuando los sujetos empleadores resultan ser personas de existencia ideal.

---

<sup>10</sup> OJEDA, Raúl Horacio, "Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada", Segunda Edición Actualizada, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, Tomo I, pág 91

## **I.- VI- El sujeto pasivo.**

A diferencia de lo que ocurre con el sujeto activo que se encuentra claramente determinado en la norma bajo examen, el sujeto pasivo no se haya delimitado con la misma claridad. En el caso, el sujeto pasivo resulta aquél quien sufra directamente el perjuicio que prevé el artículo como requisito para que se configure el tipo penal. Es decir, que será entendido como sujeto pasivo del delito contemplado en el artículo 301 del Código Penal toda persona que resulte perjudicada directamente como consecuencia correlativa e inmediata del acto contrario a la ley para el cual prestó su concurso o consentimiento el director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona jurídica. Pudiendo ser incluso una o varias personas.

Según nuestra propuesta, el sujeto pasivo de la conducta prohibida es aquél que considerado como un trabajador en los términos de lo establecido por la Ley de Contrato de Trabajo en su artículo 25. Este lo define como “la persona física que se obligue o preste servicios en las condiciones previstas en los artículos 21 y 22 de esta ley, cualesquiera que sean las modalidades de su prestación”.

Está claro que hablamos de persona física con capacidad para trabajar, la cual se adquiere a los 16 años aunque con limitación en la jornada diaria y semanal.

De este modo, desde nuestro planteo con relación a la conducta contemplada en el artículo 301 del C.P., será el trabajador o trabajadores quienes resulten las primeras e inmediatas víctimas del comportamiento ilegal para el cual prestaron su concurso o consentimiento el administrador de la persona jurídica que cometió el acto contrario a la ley laboral, resultando plenamente visibles y apreciables los perjuicios que se les ocasionan con este obrar.

## **I.- VII- El tipo subjetivo.**

Es necesario destacar que el tipo subjetivo, se trata de un tipo doloso. Es sabido que el actuar de manera dolosa supone conocer que se está realizando la acción típica y aun así querer realizarla. El autor conoce la contrariedad a la ley o a los estatutos de los actos para los cuales presta su concurso o consentimiento y sabe que de llevarlos a cabo produce perjuicios para terceros.

En sintonía con lo que venimos exponiendo, la acción de emplear mano de obra en relación de dependencia sin adecuarse a los lineamientos legales del orden laboral, o la omisión de regularizar una vinculación de este tipo, importan conductas que se saben violatorias de disposiciones legales precisas. En el caso, el mayor motivo que impulsa este obrar no es otro más que económico, pues con tales actos, perforando la confianza general que existe en el normal desarrollo del comercio y de la industria, se pretende lograr ventajas que permitan obtener menores gastos o costos y con ello, mayores ganancias.

En el específico caso de las personas de naturaleza jurídica, los sujetos activos señalados tienen conocimiento de esta ventaja económica que le significa infringir la normativa laboral y tienen la voluntad de acceder a ella, a costa de ocasionar daño a la persona del trabajador, a la economía de la comunidad y al patrimonio del Estado. Como dijimos, con este actuar fraudulento efectivamente el autor sabe que se lesiona esa confianza general de la población en que la actividad comercial o la industria se desarrolla en armonía con el tráfico jurídico que las regula.

Con relación al conocimiento que requiere el tipo de causar un perjuicio, en ninguno de los tres casos que planteamos de daño se precisa un conocimiento técnico distinto al que puede exigirse a un lego. Es decir, que representarse que el hecho de no acceder a los beneficios de la seguridad social, a una afiliación a una ART, a reconocimientos de derechos de orden individual o colectivo, no requieren una esfera

de conocimiento superior a la de cualquier persona de bien que reúna aptitudes para gobernar o administrar entes jurídicos.

De igual forma ocurre tanto con la proyección de no ingresar los impuestos, aportes y contribuciones que impone el bloque de normas laborales, como con visualizar el impacto inmediato que produce en la economía de la comunidad. Pues, justamente privarle al Estado de dicha recaudación y alcanzar mayor competitividad respecto de los pares en la actividad comercial o industrial, es el principal motor que lleva a los empleadores a incurrir en este accionar.

Entonces, podemos concluir que para que se configuren los elementos subjetivos del delito no se requiere, ni para conocer lo ilícito del acto, ni tampoco para representarse los perjuicios que se causan con el mismo, un tecnicismo apropiado. Sino que desde la propia experiencia de un comerciante o productor fácilmente se puede tener un conocimiento cierto y objetivo de las consecuencias señaladas. Incluso, para que se configure el tipo subjetivo, no haría falta que el autor tenga la posibilidad de representarse simultáneamente con la infracción legal los tres tipos de menoscabos que marcamos. Con el solo hecho de que pueda visualizar como inmediata consecuencia de su obrar uno de los perjuicios antes mencionados consideramos que queda perfeccionado directamente el elemento del dolo.

#### **I.- VIII- La confusión de la doctrina penal con el art. 173 inc 7 del CP.**

Hemos podido advertir que debido quizás a la imprecisión que presenta a primera vista el artículo 301 del CP, los operados del Derecho Penal tienden a considerar las conductas tipificadas en dicha norma como actos preparatorios o como principios de ejecución del delito de administración fraudulenta previsto y penado en el art. 173 inc 7 del CP.

Este último precepto que señalamos se encuentra ubicado dentro del capítulo de estafas y otras defraudaciones que integra el título VI de delitos contra la propiedad; y establece que: "...se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:... 7. El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos;...."

Gran parte de la doctrina penal relaciona la conducta descrita en el artículo 301 con la administración fraudulenta prevista en el artículo 173 inc. 7 del CP. Quienes así lo entienden, afirman que las conductas reprimidas por el delito de prestación de concurso o consentimiento a actos ilegales o anti estatutarios lesiona el bien jurídico patrimonio de las personas directamente vinculadas con el objeto social del ente y, en un segundo plano, a la confianza de dichos sujetos en el correcto desarrollo de las actividades comerciales e industriales, por tanto lo conciben como un delito que atenta contra la propiedad de las personas jurídicas que integran los sujetos activos.

Además, resaltan la especial determinación que exigen ambos tipos penales en relación a los sujetos activos. En el primero, el director, administrador, gerente o liquidador de alguno de los entes colectivos mencionados en el mismo, y en el segundo, quienes se encuentran en situación de tener el manejo o de administrar. Desde esta punto, se puede afirmar que ambos delitos se superponen, pues bien, quienes resultan ser los sujetos activos mencionados en el art 301, en definitiva se encuentran en situación de administrar y bien pueden ser también sujetos activos del art 173 inc 7.

También señalan que las conductas típicas de la administración fraudulenta, si bien es un delito contra la propiedad y requiere que el perjuicio se produzca efectivamente, implica necesariamente violar deberes que impone una disposición legal o estatutaria. Por lo tanto, los actos contrarios a la ley o a los estatutos que prevé el delito del art 301 resultan equivalentes a la violación del deber que requiere el art 173 inc. 7, aunque en el caso del artículo 301 baste con la posibilidad de producir el daño.

En efecto, aquellos que se enmarcan en esta línea de pensamiento, prevalecen la aplicación del delito contemplado en el inciso 7 del art 173 por sobre el previsto en el 301 en base a las reglas de los concursos. Este encuadre lo efectúan bajo el argumento de que el delito de mayor gravedad desplaza en su aplicación al de menor pena, concluyen que las conductas tipificadas por el art 301, son en definitiva actos preparatorios o principios de ejecución del delito de administración fraudulenta.

En este sentido, nos parece prudente y acertada la visión del Dr. Mauricio Libster en ponencia realizada en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario de Mar del Plata de 2015<sup>11</sup>, cuando efectuando una interpretación de la norma por su ubicación metodológica, refiere: “..Así no será cualquier acto contrario a la ley o a los estatutos, como nos indica la figura "sub examine", aquél que la torna operativa, sino aquéllos que supongan vulnerar la confianza colectiva en el marco del tráfico mercantil, provenga de la persona colectiva que provenga, en tanto ésta se halla involucrada en una actividad o más de una que tenga, en tal carácter, aun cuando lo sea en forma circunstancial.

## **I.- IX- Jurisprudencia**

En la jurisprudencia respecto este delito, hemos podido encontrar muy pocos casos. Uno de ellos, que data del año 2009<sup>12</sup>, donde si bien no hay sentencia definitiva, al momento de confirmar el auto que rechaza el pedido de apartamiento de la querrela formulado por el imputado, el Tribunal se refiere al bien jurídico protegido por este tipo penal, al cual señala como el normal desenvolvimiento del comercio o la industria.

---

<sup>11</sup> LIBSTER, Mauricio, “Autorización de actos indebidos. El artículo 301 del Código Penal”, <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/513/CDS06030581.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>12</sup> CNCCorr, sala V, 6-5-2009, “Fox, Guillermo Enrique s/ Autorización de actos indebidos en las sociedades”, c. 36.836, Pociello Argerich, Garrigós de Rébora, López González.

Continúa diciendo que se busca proteger la buena fe depositada en lo que se presume una actividad correcta, dado que de lege data, cabe aceptar que “aunque no lesionan la fe pública, como verdad o veracidad certificada por ciertos signos que otorgan autenticidad probatoria representan atentados a la confianza en general en el correcto desenvolvimiento de operaciones comerciales o industriales. (Conf. Navarro Guillermo R, Fraudes al comercio y a la industria. Los delitos de los artículos 300 y 301 del Código Penal, Pensamiento Jurídico, Buenos Aires, 1998, p. 188, citando a Núñez, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, p. 488)

Otro caso, del mismo Tribunal, se dictó en el año 2011<sup>13</sup>. En esta oportunidad se resolvió revocar un auto que dispuso el sobreseimiento del imputado, quien había transferido acciones societarias sin haber inscripto dicha cesión en los libros respectivos ni puesto a consideración de asamblea tal decisión.

Así el juez de instrucción había entendido que la conducta resultaba atípica por no haberse configurado la posibilidad de perjuicio como consecuencia de la misma, excluyendo de este modo la lesividad en el análisis de la tipicidad objetiva conglobante.

La acción achacada era justamente no haber inscripto la transferencia de acciones evidenciado que de ese modo, con su accionar, ocasionó “a sabiendas” un perjuicio potencial al querellante.

El Tribunal de alzada afirmando que el imputado es propietario de una parte ínfima de capital y que no puede aceptarse que un socio, si es minoritario, no puede alegar perjuicio si se lo excluye de las asambleas en la medida en que no le logre demostrar que sus propuestas pudieran imponerse de algún modo las votaciones, rebate los fundamentos esgrimidos por el juez de primera instancia sobre los que

---

<sup>13</sup> CNCCorr. Sala V, 2-5-2001, “F., G. E s/ Art 301”, c. 41.005, Garrigós de Rébora, López González, Pociello Argerich.

sostenía que por poseer el imputado el casi 80% del capital social, la posibilidad de votar de los demás socios no habría puesto en crisis la mayoría especial.

### **I.- X- El artículo 301 del CP desde la perspectiva del Derecho Penal del Trabajo.**

Las mismas circunstancias de hecho que empujaron a la sociedad a contar con una mejor y más precisa regulación de los derechos en el ámbito del trabajo, fue la que dio lugar a que el legislador argentino pensara que resultaba importante y necesario sancionar penalmente a quienes incurrieran en fraudes que lesionaran la confianza general del público en la correcta actividad del comercio y la industria.

Con esta percepción nos preguntamos si acaso la correcta actividad del comercio y la industria, pensada desde el común de la sociedad, no implica contar con relaciones de trabajo dependientes que se ejecutan dentro de los límites que impone el ordenamiento laboral. En efecto, estamos convencidos que, aún desde una visión colectiva del común de la sociedad, no resulta en ningún aspecto amigable el pensamiento donde se pueda considerar que una relación de empleo se desarrolle por fuera del marco legal previsto por todo el ordenamiento jurídico que regula el Derecho del Trabajo.

De hecho, la propia CSJN en el conocido fallo “PEREZ, Aníbal Raúl c/ DISCO SA. P/ DESPIDO, del 01/09/2009<sup>14</sup>, utilizó una frase que da cuenta de la existencia de suerte de confianza general de la población en relación al trabajo cuando refirió aunque respecto del salario, que el ser humano dispone de su capacidad de trabajar “para ganarse la vida en buena ley”.

---

<sup>14</sup> Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A p/ Recurso de Hecho, 01 de Septiembre de 2009, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, Magistrados: Ricardo Luis Lorenzetti, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni (voto conjunto), Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Carmen M. Argibay (voto conjunto), Fallo 332:2043

Convivir aceptando la idea de trabajo dependiente no regularizado importa nuevamente favorecer un escenario propicio para la lucha desigual en la producción, para la alteración en la oferta y la demanda y abusos laborales que justamente fueron las principales problemáticas que motivaron, tanto el dictado de normas de orden laboral como en este caso, normas de orden penal.

Es en este contexto y con esta base de pensamiento, que entendemos que el artículo 301 del Código Penal, para nosotros, inadvertido y subestimado por los operadores del derecho penal dentro del resto de los delitos que fueron contemporáneos con este y que están incluidos en el capítulo V del título de los delitos contra la fe pública, como son el agiotaje (compra y reventa de pagarés y/o títulos de crédito, ofrecimiento fraudulento de objetivos y balances e informes falsos) resulta una norma pensada por el legislador con el fin de garantizar la correcta actividad comercial y el adecuado desarrollo de la industria, interviniendo en limitar, imponer el deber de respetar la ley, de toda ley –como dice López Palomero<sup>15</sup> y sancionar aquellas conductas que puedan adoptar quienes detentan el poder y la dirección de entes jurídicos en resguardo de la confianza que la sociedad tiene depositada en el normal desenvolvimiento de las actividades mencionadas.

Sostenemos entonces que el legislador penal advirtió que era un método cada vez más frecuente que las personas, escudadas en las figuras de los entes colectivos, infringían el tráfico jurídico, ocasionando perjuicios a terceros y defraudando de esta manera la confianza que la sociedad en general tiene depositada en la actividad comercial y en el desarrollo de la industria.

No debe olvidarse que incluso importantes doctrinarios laboristas como Raúl Horacio Ojeda<sup>16</sup>, advierten que en la actualidad pese a los incentivos legales dispuestos para que el trabajador sea el impulsor de la regularización de su situación registral según las previsiones establecidas por la Ley 24.013, esta norma ha tenido poca o nula incidencia en la reducción del mercado informal del trabajo, porque aún

---

<sup>15</sup> LOPEZ PALOMERO, Eduardo A. “Derecho Penal del Trabajo”, 1° Edición, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2011, Pág. 273.

<sup>16</sup> OJEDA, Raúl Horacio, Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada, 2° ed, San Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, pág 384, Tomo III.

con la duplicación de las indemnizaciones por despido dispuesta por el art 15 de la LNE para evitar la represalia del infractor intimidado, no se logra impactar en los altos índices de trabajo no registrado.

### **I.- XI- Algunas menciones en la jurisprudencia laboral.**

En el tiempo invertido en este trabajo hemos podido advertir que existen en nuestra provincia de Mendoza ciertos pronunciamientos jurisprudenciales donde ya los camaristas laborales se manifiestan en el sentido de encuadrar como delictual la conducta que implica contratar empleados infringiendo las normas de orden laboral que regulan tal instituto.

Así pues, la Dra. Elcira Georgina de la Rosa, Titular de una de las Salas de la Primer Cámara del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza en cada uno de sus fallos cuando trata generalmente casos de despido indirecto justificados en la falta o deficiente registración del contrato de trabajo, en especial cuando se avoca a resolver sobre la extensión de la responsabilidad a los responsables o administradores de las personas jurídicas empleadoras, se refiere a dicha conducta como un obrar en el terreno de lo delictual o cuasidelictual.

A modo de ejemplo, en el fallo dictado en los autos N° 158.774 caratulados: “GONZALEZ ANA LAURA Y OTROS C/CHIOFALO CECILIA Y OTROS P/DESPIDO” dictado en fecha 26 de julio de 2021, en su parte pertinente sentenció: “...*En efecto, la unificación formulada por el Código Civil y Comercial de la Nación, ha regulado la persona jurídica a partir del art. 141 del C.C.C., receptando los criterios tradicionales de la doctrina, y los aportes que a la teoría de la personalidad realizó el estudio y desarrollo de las sociedades comerciales.*

*La nueva denominación es Ley General de Sociedades, conserva su numeración (19.550, t.o.en 1984), y el orden de su articulado.*

*De manera que tenemos un régimen o norma general en materia de personas jurídicas (CCCN, por ejemplo, art. 159 y 160) y un régimen especial en materia de sociedades (arts 59, 157, 271, 272, 273 y 274 LGS).*

*El C.C. y C., en el art. 177, referido al tratamiento de la responsabilidad de los administradores de las asociaciones civiles, dispone si un 10% de asociados se opone a su aprobación, "...quienes se opusieron pueden ejercer la acción social de responsabilidad prevista para las sociedades en la ley especial". Y a su vez "Se aplican supletoriamente las disposiciones de las sociedades comerciales en lo pertinente" (art. 186).*

*De manera que se corrobora la complementariedad existente entre ambos cuerpos legislativos (el C.C.C.N. y la LGS).*

*Así, respecto a su funcionamiento en el CCCN se incluyen reglas generales, que también son el resultado fundamentalmente de la experiencia en las sociedades comerciales en relación al gobierno, administración y fiscalización (art. 158), deber de lealtad y diligencia e interés contrario (art. 159 "Los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia. No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica..."), siguiendo con ello el criterio del actual art. 59 LGS, art. 272, 273 y 274 LGS y art. 160 CcyCN "Responsabilidad de los administradores. Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión", siguiendo asimismo la concordancia con los arts. 59 y 274 LGS.*

*La importancia de estos principios generales radica en uniformar para todos los tipos, ya sea que estén regulados en el Código (v.gr. simples asociaciones, asociaciones civiles, fundaciones o el consorcio de propiedad horizontal), o en leyes especiales (v.gr. sociedades comerciales, cooperativas, mutuales, etc.) las exigencias a cumplir para gozar de las prerrogativas que confiere el tipo, como asimismo contar*

con normas que hagan a la responsabilidad, interés contrario, o procedimientos para adoptar decisiones, que hoy están enunciados con carácter general en la LGS (art. 59, criterio del buen hombre de negocios), o la responsabilidad (art. 274 y ss LGS).

Por lo expuesto, en el caso, sin correr el velo societario por aplicación del art. 54 LS (de interpretación restrictiva), es decir, "sólo cuando la actuación de la sociedad demandada constituye un mero recurso para violar la ley, el orden público laboral y la buena fe y frustrar derechos de terceros, ello so pena de caer en una amplitud que dejaría de hecho sin efecto el sistema legal que emana de los arts. 2 de la Ley 19.550 y arts.33 y 39 del C. Civil", considero que en el caso ha quedado suficientemente acreditado la manera de actuar del administrador, presidente, controlador de la persona jurídica MALEJU SRL, que ha utilizado la figura societaria para eludir las obligaciones impuestas por las leyes y el orden público laboral, aún partiendo de la validez y subsistencia de la PERSONA JURÍDICA DEMANDADA, en virtud de los art. 59, 279 y 274 de la Ley General de Sociedades y art. 160 del CCyCN, razón por la cual, corresponde hacer responsables y extender la responsabilidad por las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo deficientemente registrado y no registrado, tanto a la persona jurídica demandada MALEJU SRL y JUAN CARLOS RUIZ en su carácter de administrador y/o controlador y/o representante, **por cuanto en el sub lite se ha acreditado la comisión de actos que entran en el terreno de lo delictual o cuasi delictual (como son las maniobras tendientes a encubrir la relación laboral, la jornada de trabajo, a ocultar las remuneraciones y no depositar los aportes de los trabajadores, como se desprende del informe de la AFIP incorporado al proceso), maniobras que no solo incumplen obligaciones contractuales sino que además están dirigidas a defraudar a terceros (trabajadores o sistema de seguridad social) por parte del representante, administrador o controlador.**" (el resaltado me pertenece)

#### **I.- XII- Conclusiones del Capítulo Primero.**

Por los motivos que venimos señalando, es que estamos convencidos de que la conducta que hemos analizado a lo largo del presente capítulo, debe ser

considerada como configurativa del tipo penal previsto y penado el art. 301 del Código Penal.

Frente al planteo que formulamos se edifica la crítica de quienes sostienen que establecer esta criminalidad laboral que se propone como específica, resulta un exceso de injerencia del Derecho Penal en la materia del Derecho del Trabajo, lo que podría derivar en un fuerte factor de distorsión y de inestabilidad en la oferta de trabajo que finalmente resulte desfavorable al desarrollo económico.

Ante esta negativa posibilidad, nos resulta difícil concebir el alcance de estos efectos al mundo de las relaciones de trabajo y al mercado laboral en sí. Pues, de reconocer la penalización del uso de mano de obra dependiente irregular por parte de las personas jurídicas, no tendría otra consecuencia más que tender a evitar cualquier situación de trabajo no registrado de estos sujetos. Por el contrario entonces, el efecto no sería otro más que erradicar una conducta que resulta perjudicial para un correcto desarrollo de la sociedad, desde una perspectiva social y económica.

En conclusión, con la correcta y oportuna aplicación de la norma que señalamos a lo largo de la presente entrega, avizoramos mayores ventajas en lo que respecta al mercado del trabajo analizado desde un aspecto sociocultural si se quiere. Con ello se lograría una disminución de los contextos de precarización en las relaciones laborales, mayor recaudación impositiva, aporte a la competencia en los mercados por igualdad de condiciones para la producción, jerarquización de los puestos de trabajo, mayor cuidado por las oportunidades de acceder a trabajos, disminución de conflictos de índole laboral y de permitir un escenario donde se enfrenten los sujetos de las relaciones de trabajo, mayor empoderamiento del sujeto trabajador en cuanto se reduce su situación de vulnerabilidad ante la necesidad de contar con un alimento.

La propuesta que planteamos de considerar una criminalidad en el derecho del trabajo no viene a enmendar una supuesta falta de eficacia en dicha jurisdicción. Lo que proponemos es que a raíz de que el Estado toma efectivamente conocimiento cierto de una situación de irregularidad en el mercado laboral, esto sería por ejemplo

con el dictado de una sentencia judicial firme, debe ser el propio juez que entendió en la causa de naturaleza laboral, y que pudo comprobar el incumplimiento legal por parte del empleador, quien eleve la conducta confirmada como ilícita para su investigación y eventual penalización en el derecho penal, al ámbito de los delitos económicos.

Hoy en día una sentencia condenatoria en razón de haberse comprobado con grado de certeza el incumplimiento del deber de diligencia regulado en el art. 79 de la Ley de Contrato de Trabajo únicamente acarrea consecuencias jurídicas en relación al contrato de trabajo donde tuvo impacto el no cumplimiento de la obligación legal. De esta manera, el Estado pone su estructura a disposición de los sujetos de dicha relación contractual a fin de que se dilucide el conflicto judicializado y se obtenga el resultado justo. Resultado que involucra como sostenemos únicamente a quienes se trabaron en litigio.

No obstante, la conducta social de incumplir la normativa laboral, medida desde un enfoque general y no individual, no ha sido sancionada de manera específica en vistas al orden público y al bienestar general. Con lo cual, de modo alguno el Estado cumple su función primordial de interceder por tutelar la confianza general en el tráfico jurídico que regula la actividad comercial y la producción lícita, tal como debe ser garantizado según lo establecido en el artículo 14 de la CN, y tal como proponemos según la interpretación que realizamos respecto la aplicación del artículo 301 del CP.

Desde esta manera de razonar señalamos como propuesta final que para aquellos casos donde efectivamente quedara sentenciado el incumplimiento por parte de un empleador de naturaleza jurídica colectiva del deber de diligencia previsto en el art. 79 del CP en lo que respecta a alguna de las formas de trabajo informal, el juez laboral que entendió la causa, en razón de la obligación que le impone el artículo 329 de la ley 6.730 actualizada por la ley 9.040 (C.P.P.) de denunciar ante la justicia penal aquél hecho del cual tomó conocimiento en ejercicio de sus funciones, disponga como uno de los resolutivos de la parte dispositiva del pronunciamiento definitivo la extracción de compulsas y la remisión de la misma al ámbito de la justicia penal, (en la Provincia de Mendoza a la Unidad Fiscal de Delitos Económicos e Informáticos) a fin de que se inicie la investigación sobre si la conducta desplegada por el empleador

amerita una sanción o reproche en función de lo previsto y penado por el art. 301 del CP.

Como hemos sostenido a lo largo del presente trabajo, imaginamos que ante la denuncia de un hecho cierto de incumplimiento de normas laborales por parte de una persona jurídica, sería muy difícil no contar con un motivo bastante para sospechar -y *con ello imputar la posible comisión de un delito*- que el director, administrador, gerente o liquidador de la sociedad anónima, o cooperativa u otra persona colectiva o quien haya cumplido dichas funciones en la entidad empleadora que faltare al deber legal de registrar el contrato de trabajo, haya incurrido en la conducta típica, antijurídica y punible prevista y penada por el art 301 del CP. Pues el acto de no registrar total o parcialmente la relación de trabajo resulta comprobado como contrario a la ley laboral en este caso, y del mismo se deriva una serie de perjuicios ciertos apreciables objetivamente, siendo que tal conducta ha sido cometida a sabiendas de que existía la posibilidad de contratar conforme los lineamientos legales sin que haya desistido de cambiar de actitud.

Con el presente planteo no buscamos que el trabajador obtenga por iniciativa propia en sede penal lo que no puede obtener en el ámbito de aplicación del derecho laboral, sino de que el Estado penalice los incumplimientos legales que derivan en perjuicios concretos y que importan al normal desarrollo de la sociedad. Ello, con el concreto fin de purgar y erradicar las conductas fraudulentas del ordenamiento jurídico del trabajo y de garantizar el cumplimiento del tráfico jurídico para así favorecer una correcta actividad del comercio y desarrollo de la industria.

Ahora bien, en esta línea, se presenta necesario someter a examen con relación a si no se contraponen con los límites al poder punitivo del Estado o con principios generales y rectores que regulan el Derecho Penal para que resulte procedente, al menos a prima facie, la propuesta jurídica que mantenemos. Tal examen es el objeto del segundo y siguiente capítulo.

## **CAPÍTULO II**

### **II.- LA CONDUCTA PUNIBLE FRENTE A LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL PODER PUNITIVO.**

Como planteamos en el capítulo anterior, la conducta de contratar empleo en violación al orden jurídico laboral, que se conoce como contratar “en negro”, califica sin más en el tipo penal previsto en el artículo 301 del Código Penal. Siempre y cuando la misma sea llevada a cabo por los sujetos activos allí determinados.

Ahora, si bien sostenemos que ante tal conducta no puede negarse la configuración del tipo penal sancionado en la norma invocada, consideramos de interés realizar un análisis que consista en confrontar el planteo que formulamos con los principios limitadores del poder punitivo estatal.

Desde esta perspectiva podemos realizarnos tres interrogantes. El primero de ellos tiene que ver con el principio de legalidad, y especialmente con la regla de taxatividad que puede exigirse a raíz del mismo: ¿Cuál de todas las infracciones a la ley laboral podrían ser merecedoras de la intervención penal? El segundo surge desde el principio de lesividad. ¿Son lo suficientemente lesivas esas infracciones para justificar la prisión del responsable? Y por último, desde el principio de mínima intervención estatal considerado como última ratio, impone preguntarse si acaso hay otra instancia jurídica predispuesta (más inmediata y menos violenta) para sancionar esas infracciones sin necesidad de acudir a la intervención penal y a la imposición de una pena.

Manteniendo el orden de los cuestionamientos formulados, en primer lugar focalizaremos en la tarea de encontrar la respuesta que, según nuestra posición, consideramos podría satisfacer la inquietud planteada con relación al principio de legalidad. Luego, abordaremos el principio de lesividad para dar respuesta al segundo de los interrogantes; y por último, haremos mención al cuestionamiento que se erige desde el principio de mínima intervención considerado como última ratio. Con las respuestas que intentaremos completar estos blancos, anhelamos concluir con una noción más fortalecida respecto de la punibilidad de la conducta, la cual también termina siendo de gran interés para la rama del Derecho Laboral.

## **II.- I- El Principio de legalidad**

El principio de legalidad penal se encuentra previsto en los artículos 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 5 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el plano internacional; y en los artículos 18 y 19 de la Constitución Argentina, en el plano nacional. Este principio tutela derechos fundamentales que procuran lograr que la intimidación al potencial delincuente exija que el coaccionado pueda saber con precisión cuáles son las acciones que no debe realizar porque serán sancionadas, promoviendo que la punibilidad de un hecho se encuentre determinada en la ley antes de la comisión<sup>17</sup>.

Una corriente doctrinaria más restrictiva se puede representar en una reflexión de Luigi Ferrajoli<sup>18</sup> sobre el pensamiento ilustrado que representa el momento más alto de la historia de la cultura penalista, donde concibe un modelo de sistema penal garantista, limitado y condicionado. Asentado sobre el conocimiento o el saber. Que tutela las libertades de los ciudadanos, y en tal sentido, ante la indeterminación e

---

<sup>17</sup> RIGHI Esteban, "Derecho Penal.- Parte General", 1° Edición, 2° Reimpresión. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 2010, pág.69.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi, DERECHO Y RAZÓN, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta SA, 1995, Madrid. Págs. 34, 94 y 172.

incertidumbre, excluye la responsabilidad penal, y que en definitiva consolida el principio in dubio pro rei.

Este autor italiano, a su vez, distingue el principio de mera legalidad del de estricta legalidad. El primero de ellos lo define como aquél que se limita a exigir que los presupuestos de las penas estén establecidos de antemano en un acto legislativo. Y el segundo, como aquél que exige además, que la ley penal esté dotada de referencias empíricas para que sea posible su aplicación en proposiciones verificables<sup>19</sup>.

Por otro lado, con una perspectiva más moderna, Bacigalupo <sup>20</sup>sostiene que la teoría admite también como compatible con el principio de legalidad un cierto grado de generalización del texto legal. Señala que no es necesario, para dar cumplimiento a la exigencia de determinación legal, que la ley se mantenga en un casuismo estricto. Sin embargo, advierte que el grado de generalización admisible reconoce límites a partir del momento en que la disposición legal se convierte en una cláusula general. Concluye que la generalización se torna, por tanto, inadmisibile cuando ya no permite al ciudadano conocer qué está prohibido y qué está permitido.

Desde esta última y más moderna noción realizaremos un breve análisis en relación a la exigencia en la precisión de la conducta que sostenemos como típica en función del art 301 del Código Penal.

---

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. Ob cit. Pág 380.

<sup>20</sup> BACIGALUPO, Enrique, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, 2 edición, 4° reimpresión, Ed. Hammurabi, buenos aires, 2016. Pag 127

## **II.- I- I- Análisis del Principio de Legalidad. Confrontación con el supuesto del art 301 del C.P.**

Este límite al ius ponendi establece cuatro requisitos mínimos para considerar como válida una ley penal. Que sea previa, escrita, cierta y estricta. No nos detendremos en los dos primeros recaudos dado que el artículo 301 se encuentra previsto y vigente en el Código Penal, por lo cual podemos sin mayor dificultad sostener que cumple con las exigencias de ser una disposición legal previa a la conducta que señalamos como típica, y con ello claramente supera los requisitos de ser anterior y formal. Nos abocaremos entonces a la certeza y estrictez que se requiere de la misma. Es decir, que si la redacción de aquella resulta clara y precisa en relación al hecho que indicamos como delictivo, para que de esta manera logre sobreponerse a la indeterminación que no permite este principio, sin dar lugar a aplicar otra regla jurídica por analogía.

Resulta necesario destacar que atento que nos encontramos afectados al análisis de una norma legal vigente, el camino que resta por transitar, es inverso al esperable para el examen de una conducta delictual. Como supo señalar el profesor Dr. Jorge Coussirat, cuando se estudia determinada conducta social, se parte de aquella y de allí se analiza la subsunción en la disposición legal. El desarrollo de la presente investigación es distinto. Pues, partimos de la norma que se encuentra ya en vigencia, y desde allí comenzamos a analizar la conducta que creemos que encuadra en el tipo.

Dicho esto, recordamos la redacción del artículo 301 del Código Penal Argentino en la parte que nos interesa: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona colectiva que a sabiendas prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio...”.

Como vemos, la conformación semántica del artículo se compone con términos claros y precisos. La materialidad de la acción consiste en concreto en “prestar concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio”. Está claramente acotada y no da lugar a la ambigüedad, en tanto y en cuanto no hay dudas sobre que el legislador pretendió que quien administra un ente de naturaleza jurídica no tenga espacio ni lugar a la posibilidad de transitar por fuera de la ley. De toda ley. Nos referimos a que lo que se le exige a estos sujetos con especial responsabilidad, es que simplemente no traspasen los límites legales previstos por la sociedad para el ejercicio del comercio y de la industria lícita, debiendo interactuar y adecuar su actuar en todo momento a derecho.

Con este encuadre de la conducta al tipo penal, inevitablemente conlleva a concentrarse entonces en el bien jurídico protegido por este delito. Y como ya supimos señalar, forzosamente debemos tener en cuenta para ello la ubicación metodológica en el Código Penal. Esto es en el título de los delitos contra la fe pública, en el capítulo de los fraudes al comercio y a la industria lícita.

En esta línea de razonamiento, creemos con firme convicción que la violación a la ley laboral en cuanto a la contratación de personal de manera irregular o deficiente, resulta ser sin lugar a duda alguna, una conducta reprochable penalmente y apacible de una sanción que pueda afectar la libertad de las personas.

En resumen, nos permitimos percibir la situación de tal manera que, el hecho de que alguno de los sujetos taxativamente referidos en el artículo 301 del CP incurra en la principal violación al ordenamiento laboral al momento de contratar personal dependiente o incluso, o durante la ejecución de alguno de estos contratos, no puede escapar a la precisa configuración de todos los elementos que prevé el tipo penal indicado. Esto en un primer plano de análisis.

Ya en un segundo plano, una vez tipificada la conducta, cuando necesariamente se analice el impacto de aquella en el bien jurídico que tutela la norma, tampoco podrá desconocerse que la misma resulta lesiva de aquél. De esta

manera, interpretar diferente demanda un considerable esfuerzo para explicar que alguno de los elementos, tanto objetivos como subjetivos del tipo, no se configuran o que no se alcanza la lesión del bien tutelado.

Este esfuerzo que referimos nos hace pensar que cuando se requieren más energías por parte de quien aplica la ley para señalar como atípica una conducta reprochable socialmente, que para considerar la misma como típica, es pues entonces que debemos convencernos de que estamos por la buena senda del enfoque interpretativo que exige la norma en estudio.

Desde esta afirmación que mantenemos, nos parece oportuno compartir un pensamiento de la autora María Luisa Piqué,<sup>21</sup> donde destaca que el límite a la función interpretativa que recae en los jueces consiste en la imposibilidad de ampliar la protección del bien jurídico que se tutela y que el legislador tuvo en miras al momento de la creación de la norma. En consonancia con este razonamiento, el reconocido penalista Jakobs<sup>22</sup> destaca que el aplicador de la ley no puede nunca aumentar el nivel de generalización de los elementos positivos del tipo delictivo, es decir, llegar a ser más general, ampliando así el ámbito de aplicación.

En cuanto a las consecuencias prácticas que presenta este principio general, cuando nos referimos a la necesidad de la existencia una ley cierta, estamos reconociendo que este principio impone sus exigencias no solo al juez que aplica la ley, sino al legislador que la dicta.

---

<sup>21</sup> ALONSO REGUEIRA, Enrique, *“La convención americana de derechos humanos y su proyección en el derecho argentino. Alonso Regueira Enrique, 1° Edición, La Ley, Buenos Aires, departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013”*. Pág 174.

<sup>22</sup> JAKOBS, Günter, *“Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2° edición corregida, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S A , 1991. Pág 100.*

Esta exigencia en la determinación de la taxatividad de la norma penal se traduce en la solicitud al legislador de formular el tipo de modo preciso y unívoco a fin de permitir individualizar con certeza el límite entre lo lícito e ilícito<sup>23</sup>.

En el caso del precepto legal en estudio, sostenemos que tanto el director, el gerente, el administrador o el liquidador de una sociedad anónima, cooperativa o de cualquier otra persona colectiva, conocen perfectamente que en el ejercicio del comercio y de la industria lícita, no deben prestar su concurso ni su consentimiento para que la sociedad que administran lleve a cabo actos que son contrarios a la ley y que además, provoquen perjuicios en terceros.

De la lectura del mandato, podemos afirmar que la conducta exigida, cuya acción u omisión constitutiva del delito, sí cumple con las exigencias del principio de seguridad jurídica. No nos encontramos ante un tipo incriminador formulado en forma abierta y vaga de modo tal que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el estricto sentido de la palabra, de los jueces y tribunales. Claramente el hecho prohibido descrito es infringir la ley por parte de aquellas personas que por la posición que ocupan tienen específicas obligaciones en tal sentido, por lo que están bien determinados los límites de aplicación del tipo penal en estudio a ese suceso concreto taxativamente previsto.

Con esta manera de razonar, estamos convencidos que con la redacción de la norma se le permite al ciudadano que pueda programar su comportamiento sin temor a interferencias imprevisibles por parte del Estado, mientras que en el ejercicio de alguno de los cargos o funciones societarias, no convalide de ninguna forma, que se realicen actos contrarios al ordenamiento jurídico, o más precisamente, que no se viole ninguna ley.

Si bien creemos firmemente que con lo hasta aquí desarrollado podemos demostrar que la tipificación de la conducta que señalamos supera el límite que le

---

<sup>23</sup> MAZZACUYA Nicola, Observaciones sobre el Principio de Taxatividad en materia penal: Reflejos Procesales de una norma constitucional. Revista de Derecho Penal, Tomo 2001, 2 Garantías constitucionales y nulidades procesales. RC D 3508/2012.

impone este principio de legalidad como también cualquier test de constitucionalidad en relación a la coherencia que debe mantener con el mismo, resta responder de manera puntual al interrogante que nos planteamos en primer lugar al comienzo del trabajo.

**II.- I- II- ¿Cuál de todas las infracciones a la ley laboral podrían ser merecedoras de la intervención penal?**

Previo a abocarnos a responder este cuestionamiento, siendo coherentes con lo hasta aquí sostenido, a los efectos de considerar como típico el comportamiento prescrito en el artículo 301 del Código Penal, no creemos que se requiera contar con una respuesta satisfactoria a dicho interrogante. Por el contrario, sostenemos que la norma penal, tal cual se encuentra vigente, puede consentir un juicio de conformidad entre el comportamiento descrito y el modelo normativo abstracto, afirmando que el primero es típico respecto del segundo.

Ahora bien, en cuanto a la respuesta que se espera, es necesario recordar que el hecho de infringir la norma de orden laboral debe ocasionar un perjuicio según la propia limitación semántica contenida en el supuesto del ilícito penal en análisis. Perjuicio que pueda ser fácilmente advertido, palpable y reconocible ante una mirada que no exija un tecnicismo propio de quien puede emitir juicio de valor. Este perjuicio, para que configure el tipo, debe tener la entidad y la capacidad de ser percibido por aquél ciudadano que se apega en su convivencia al cumplimiento de las normas en pos de la seguridad jurídica. Aquél que tiene depositada su confianza en el correcto funcionamiento de las cosas, y sobre todo, quien en definitiva distingue el sendero del correcto ejercicio de la industria lícita y del comercio. Es con este enfoque que entendemos que la infracción a la ley 20.744 en lo que respecta a la contratación irregular de mano de obra, como también, lo establecido en función a ello en las leyes 24.013 y 25.323, son aquellas violaciones al ordenamiento laboral que permiten la activación del mecanismo de reproche penal por parte del Estado.

El conjunto de normas contenidas en estos tres preceptos de orden nacional que regulan la contratación de empleados en relación de dependencia son, si se quiere, de alguna manera el portal de ingreso al ámbito del Derecho del Trabajo en aquellas relaciones donde tienen campo de acción los sujetos activos previstos por el artículo 301 del Código Penal, dejando de lado el ámbito donde el empleador es el Estado o algún ente estatal.

Con estas tres normas se puede de algún modo acaparar la mayor parte de las relaciones de trabajo que se desarrollan en el ámbito privado. Ya que aquellas que se rigen por estatutos o leyes especiales, y en consecuencia, en principio podría decirse que escapan a las regulaciones de la ley 20.744, se ven alcanzadas en algún punto por las leyes 24.013 y 25.323 en lo que respecta al reproche social de contratar “en negro” o mantener relaciones laborales dependientes “en gris”, como se puede conocer en la jerga común del comercio e industria.

Para finalizar nos parece importante destacar tal cual lo remarca el autor italiano Mazzuca <sup>24</sup>que el presente caso en estudio no difiere mucho de otros similares donde en sectores del Derecho Penal que resultan más complejos por su evidente tecnicismo, y donde necesariamente se requiere tomar datos de otras disciplinas como el Derecho Penal Económico, el cual proponemos como competente para llevar adelante las eventuales investigaciones sobre este delito previsto y penado por el art 301 del CP, ha sido puesto en crisis también la relación entre la exigencia de taxatividad y determinación de la norma, y en última instancia ha podido superar sin mayores inconvenientes la barrera que el principio de legalidad impone como garantía para el ciudadano con el fin de evitar el ius poniendi estatal.

---

<sup>24</sup> MAZZUCA Nicola, ob. Cit.

## **II.- I- III- ¿Puede considerarse el art. 301 una ley penal en blanco?**

Con lo hasta aquí expuesto y siguiendo las ideas de una breve y reciente publicación <sup>25</sup>podemos resumir que el principio de legalidad penal determina que las leyes penales son las que tienen que recoger los comportamientos que se pueden considerar como delitos y las sanciones que se pueden imponer a los mismos debiendo precisar con exactitud los mismos.

Sin embargo, no estamos en condiciones de desconocer que en la práctica la precisión de las leyes respecto a los delitos y sus sanciones no siempre es perfecta, y es en este momento, donde adquieren relevancia las denominadas como normas penales en blanco. Cuya misión, en definitiva, se encuentra principalmente en el hecho de que constituye una técnica legislativa que resulta necesaria para expandir el derecho penal a otros ámbitos de regulación distintos a los ordinarios como vimos es común encontrar en el campo del Derecho Penal Económico.

Bácigalupo<sup>26</sup> citando al Tribunal Constitucional de España las conceptualiza como “aquellas cuyo supuesto de hecho debe ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica legítima”. Y continuando con la referencia sobre lo dicho por el Tribunal Constitucional, afirma que la aplicación de las leyes penales en blanco resulta compatible con la constitución española siempre que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva de la norma a la que la ley penal se remite, mantenga en salvaguarda la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conmovida.

Entonces, bien podríamos afirmar que el comportamiento delimitado en el artículo 301 del CP se trata de los denominados 'tipos penales en blanco'. Pues, se refiere a un delito en el cual la ley penal sustantiva contiene el núcleo del injusto, y se

---

<sup>25</sup> Anónimo, <https://www.iberley.es/temas/normas-penales-blanco-47281>

<sup>26</sup> BACIGALUPO, Enrique, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, 2 edición, 4° reimpresión, Ed. Hammurabi, buenos aires, 2016. Pág 157.

complementa de alguna otra normativa -que puede tener o no naturaleza legislativa y/o competencia penal para ello. En este caso mediante otra ley de orden jerárquico nacional, pero aplicable en el ámbito del Derecho del Trabajo.

En otro reciente trabajo<sup>27</sup> donde se trata en la actualidad la relación que existe entre estas normas en blanco y el principio de legalidad penal, los autores realizan un interesante planteo por el cual sostienen que puede decirse que el principio de legalidad deviene de la teoría del contrato social donde la ley es competencia exclusiva de los representantes del pueblo. Así, el ciudadano establece un pacto -el contrato social- en el que asegura su participación y control de la vida política en la comunidad, la cual tiene lugar por medio del Poder Legislativo -que representa al pueblo-, y sólo de él puede emanar la ley (que es la voluntad popular).

Siguiendo entonces la línea de este razonamiento, nos cabe cuestionarnos por qué no pensar que así tal como obtiene el ciudadano la garantía de que no será sometido al poder del Estado ni a los jueces sino mediante una norma aprobada por el pueblo, también debe entenderse como parte de lo “pactado”, que el mismo se compromete a adecuar su conducta social a “todas” las normas que hacen a la convivencia de la comunidad.

Por el contrario, puede pensarse también que no resulta posible admitir el artículo 301 del CP como una ley penal en blanco, si se considera que el reenvío normativo a la ley laboral, que en el caso señalamos como complementaria del tipo, no se presenta de manera expresa.

No obstante, sobreponiéndonos a esta posible crítica entendemos que prevalece el hecho de que sí puede afirmarse que el reenvío a esta norma de igual jerarquía está justificado. Ello, en razón del bien jurídico protegido por la norma penal. Recordando que lo que se tiende a tutelar es la confianza general de la población en la seguridad jurídica relacionada al ejercicio del comercio y a la producción de la industria.

---

<sup>27</sup> JUAN IGNACIO PASCUAL, JUAN IGNACIO GASPARINI, Covid-19: Ley penal en blanco y principio de legalidad , *www.saij.gob.ar*, Id SAIJ: DACF200106, 27 de mayo de 2020

En conclusión, atendiendo la redacción de la norma penal, en este punto creemos que la misma se presenta como autosuficiente en relación a que la conducta calificada como delictiva resulta suficientemente determinada. Sin embargo, con respecto a la concreción de los elementos configurativos del hecho toma valor el complemento con la norma de orden laboral.

Es decir, desde nuestra perspectiva, en un primer análisis, nos inclinamos en considerar que el artículo bajo examen no puede entenderse como una ley penal en blanco. Pues, existe claramente la posibilidad de conocimiento para los sujetos activos previstos en el artículo 301 del CP de la actuación penalmente conminada. No hay duda alguna que el mandato legal consiste en no incurrir en actos contrarios a la ley que importen algún perjuicio.

Pero, en un segundo y necesario análisis, que opera como control de constitucionalidad a la luz del principio de legalidad, luego de contar con la conformación del tipo penal, es donde toma relevancia la complementación con los preceptos de orden laboral, que responden y se justifican en razón de la protección del bien jurídico que se tutela con la conducta sancionada por el artículo del Código Penal en estudio.

## **II.- II- Principio de Lesividad.**

Es conveniente recordar que el Derecho Penal de un Estado social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Que los intereses que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominan bienes jurídicos. Y que en definitiva el Derecho Penal solo puede proteger bienes jurídicos, distinguiendo desde un sentido práctico aquellos penales de los entendidos en sentido amplio.

Zaffaroni<sup>28</sup> nos señala el primer párrafo del artículo 19 de nuestra Constitución Nacional como el límite más importante que impone esa Carta a la injerencia coactiva del Estado en general, y cita: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados...”, y desde allí elabora su noción del principio de lesividad, por el cual ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo<sup>29</sup>.

En esta línea de pensamiento, no puede considerarse entonces el comportamiento de contratar empleo fuera de los límites legales previstos en las leyes de orden laboral como una conducta adecuada y aceptada socialmente, la cual pueda llegar a excluir la tipicidad que se configura en función de lo normado por el artículo 301 del Código Penal.<sup>30</sup> La misma es reprobada por la sociedad por cuanto todo individuo claramente no prefiere contraprestar su fuerza de trabajo en un ámbito donde sus derechos inherentes como ser humano se vean vulnerados y no goce de beneficios que hacen a la propia dignidad de la persona. Sino que la situación de necesidad y vulnerabilidad es la que en la totalidad de los casos coloca al trabajador en posición irregular y desventajosa. Esta conducta no se halla permitida por el Derecho y por lo tanto, no puede considerarse en ningún aspecto como tolerada socialmente.

Volviendo al cuestionamiento que formulamos al inicio en relación a este principio de lesividad: ¿Son lo suficientemente lesivas esas infracciones para justificar la prisión del responsable? No advertimos dificultad en responder afirmativamente a la misma. No hay duda de que incurrir en la conducta no permitida en lo que respecta a contratar personal dependiente por fuera de lo dispuesto por el ordenamiento laboral, ocasionando con ello distintos perjuicios a diferentes destinatarios, afecta insalvablemente el bien jurídico tutelado por los delitos ubicados en el título XII. Esto es la Fe Pública, y en particular, los reservados en el capítulo V de aquél. Por tanto, no

---

<sup>28</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALIAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro, “Derecho Penal: parte general”, 2° edición, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2002, pág. 126.

<sup>29</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul, ob cit, pág 128.

<sup>30</sup> MIR PUIG, Santiago, ob cit. Pág 528.

queda posibilidad para optar eventualmente por la inconstitucionalidad, ya que interpretar en forma distinta significa demasiado artificio y negar la clara protección del bien jurídico que señalamos sin ningún fundamento que cuente con un mínimo de apoyo legal.

Con este análisis, necesariamente debemos centrarnos en el control que se impone desde el principio de última ratio para completar el presente trabajo.

### **III.- III- Principio de mínima intervención.**

Este último principio que pasaremos a analizar brevemente, y por el cual pretendemos –como ya dijimos- de algún modo tamizar el enfoque formulado con respecto a la tipificación de la conducta descrita en el artículo 301 del Código Penal que entendemos como de interés para el Derecho Penal del Trabajo, se encuentra abordado por el autor italiano Luigi Ferrajoli en su obra Derecho y Razón, cuando se refiere al fin y a los límites del Derecho Penal desde la óptica de un sistema penal garantista.

El ilustrado profesor se refiere al principio de última ratio desde el utilitarismo de la pena. Señala que no hay que olvidar el fin al que también cabe ajustar el principio de la pena mínima además de la “querida prevención” del no ya delito, que es evitar el mal a la mayor reacción que podría prevenir del ofendido<sup>31</sup>. Con este fundamento intenta convencer de que puede lograrse el máximo bienestar de quienes entiende como no desviados en la convivencia social y el mínimo malestar de los que considera como desviados por ser infractores de las normas de convivencia, minimizando de esta manera lesiones y maximizando tutela.

---

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Editorial Trotta SA, 1995, Madrid. Pág. 332.

En esta misma línea de pensamiento se ubica el autor español Santiago Mir Puig<sup>32</sup>, quien cuando trata los límites a la potestad punitiva del Estado nos remarca que si el Derecho Penal de un Estado social se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz para evitar delitos. Por ello el autor insiste que cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dar lugar a otra reacción penal más leve. Sostiene que este principio de máxima utilidad posible combinado con el de mínimo sufrimiento, permite entender que el Derecho Penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos.

Citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España este autor<sup>33</sup> destaca que el Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Este fenómeno lo trata como una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social.

Continúa diciendo que para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho Penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir una última ratio. Señala que deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como adecuada política social, siguiendo luego, las sanciones no penales. Así, las civiles (impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repeticiones por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc..).

Un buen punto de vista también para analizar este principio, es el mencionado por Alfredo Mario Condomí citando a Welzel y marcando como inevitable el recalcar en la función principal que el Derecho Penal de alguna manera cumple para la sociedad, que en definitiva es mantener el orden de la comunidad. Expresa que este orden

---

<sup>32</sup> MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal Parte General, 9° Edición , Segunda Reimpresión Editorial B de f, Montevideo- Buenos Aires. 2015. Pág 116.

<sup>33</sup> MIR PUIG, Santiago, ob cit. Pág 118.

buscado no es más que un equilibrio que permite el desarrollo de la vida en sociedad en paz y reducir la violencia que pueda haber en ella. Ahora bien, pone énfasis en aclarar que con el propósito de evitar la ruptura de este estado de armonía, se requiere especificar a qué grado de "desequilibrio" social han de conducir los comportamientos que se entienden como desviados o más intolerables para el sistema social para merecer sanciones penales interviniendo recién cuando fallen otros medios de solución social del problema.

En conclusión, podemos afirmar que cuando hacemos mención al principio de la última ratio, nos referimos a la necesidad de utilizar la opción, que entre otras alternativas de sancionar una acción contraria al orden, se evidencie como la más idónea para la consecución del objetivo que es en definitiva la disminución de la violencia, ya sea social o estatal. En este sentido, solo en la medida de que ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará recién legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad.

Dicho esto, retomamos la pregunta que formulamos al inicio respecto de si acaso hay otra instancia jurídica predispuesta, más inmediata y menos violenta, para intervenir en las infracciones al ordenamiento laboral sin necesidad de acudir a la intervención penal.

Si continuamos con la propuesta que promovemos de recién poner a conocimiento de la esfera de la justicia penal una conducta que a nuestro entender tipifica en el injusto previsto por el art 301 del Código Penal una vez cuando se obtenga en el ámbito laboral sentencia condenatoria que despeje cualquier posibilidad de duda con relación a la contratación laboral irregular, entonces ya no nos encontramos ante una intervención del poder punitivo del Estado respecto este comportamiento como última ratio. Pues, el hecho material ya no solo trascendió el ámbito administrativo donde interviene el poder de policía de la autoridad de aplicación para los sujetos del contrato de trabajo, sino que además, también importó la propia intervención judicial demostrando así que ninguno de los medios anteriores en efecto resultara suficiente para la eventual disminución de la violencia social en este caso. Y este argumenta encuentra mayor sustentabilidad en los casos donde pueda

acreditarse la reincidencia de las personas que suelen ocupar los cargos o funciones societarias que se enumeran en la redacción del artículo.

### **II.- III- I- La morigeración del Principio de Última Ratio en el Derecho Penal Moderno.**

Por último nos permitimos detenernos en un breve análisis de un fenómeno que creemos se viene presentando y percibiendo en la realidad de las prácticas judiciales de estos últimos tiempos.

Nos resulta muy interesante, y sobre todo aplicable al tema objeto de estudio en esta entrega, lo dicho por el jurista Raúl Carnevali Rodríguez<sup>34</sup> en cuanto afirma que se pone en entredicho el principio de última ratio, sin que el mismo sea vulnerado, al punto de la inconstitucionalidad o inconveniencia.

Sostiene que: "Si bien suele entenderse que por aplicación del principio de ultima ratio el Derecho Penal sólo podría legitimarse respecto de las infracciones más graves y como el recurso final, precisamente, una de las principales críticas que algunos formulan al llamado Derecho Penal moderno es su carácter de prima ratio. Es decir, en el Derecho Penal propio de las "modernas sociedades de riesgo" se observa una tendencia expansiva de "huida al Derecho Penal", recurriéndose de forma excesiva a los bienes jurídicos supraindividuales y a la técnica de los delitos de peligro abstracto. El Derecho Penal interfiere en ámbitos donde no se aprecia una víctima o ésta surge de manera lejana, adquiriendo así un carácter meramente simbólico.

Desde este razonamiento, critica el sistema acusatorio afirmando que el mismo apunta más bien a la solución del conflicto, procurando la verdad procesal y no tanto

---

<sup>34</sup> CARNEVALI Rodríguez, "DERECHO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*. HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL RACIONAL", Revista *Ius et Praxis* - año 14 - n° 1:13 -48, 2008.

descubrir la verdad histórica. Lo que no quiere decir que el sistema acusatorio no se dirija en ese sentido, sino que destaca que no es su único objetivo y que en definitiva se exige una verdad que permita verificar la imputación a fin de destruir la presunción de inocencia. Es decir, para Carnevali Rodríguez, el sistema acusatorio alcanza su pretensión, aún cuando no logre dilucidar la verdad absoluta, si se soluciona el conflicto y de esta forma se mantiene la paz social. Solución que, incluso, puede pasar por la no imposición de una pena, aunque el hecho históricamente sí sea un delito.

## **II.- IV- Conclusión del Capítulo Segundo.**

A modo de conclusión sostenemos que pensando en la noción de delito, entendido como un proceder que encuadra con precisión en los moldes que describe la norma, luego del breve análisis efectuado a cada uno de los límites al poder punitivo estatal y principios rectores del Derecho Penal que pudimos tratar, y de haber abordado la temática de investigación a la luz de los mismos, consideramos que las respuestas brindadas a los cuestionamientos formulados como posibles o eventuales críticas que los operadores de la rama penal del derecho bien podrían realizar al planteo que instalamos en relación a la conducta contenida en el artículo 301 del Código Penal y su aplicación en el ámbito de las relaciones laborales, resultan suficientes y superadoras para mantener como constitucional e incluso convencional una sanción penal para el director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima, cooperativa o cualquier entidad de tipo colectivo al comportamiento que implica contratar personal dependiente por fuera de los límites legales previstos en las normas del ámbito laboral, 20.744, 24.013 y 25.013.

De esta manera, vemos muy probable que en el Derecho Penal, cómo última instancia de intervención necesaria por parte del Estado, que encontremos la solución al constante problema del aumento en la informalidad laboral que ha persistido desde antaño en nuestro país y que resulta de suma importancia atender en razón de alcanzar una elevada sociedad y mejorada economía.

Para mayor abundamiento, considerando que desde nuestra perspectiva se han logrado superar, aunque sea a prima facie, los límites que imponen estos principios rectores del Derecho Penal, es que nos abocaremos en el próximo y último capítulo a intentar demostrar que la necesidad de proteger estos derechos desde el ámbito penal no es una idea que pueda aparecer forzada. Sino que por el contrario, es una realidad ya en países como España, cuyo modelo de legislación penal ha sido históricamente para nuestro país una especie de referencia para imitar. También, pondremos al descubierto que la prohibición de estas conductas propias del derecho del trabajo, ya desde el año 2006 se comienza a reconocer y empieza a introducirse en los anteproyectos de reforma del código penal de ese año, como en el del 2012 y 2019, marcando de esta manera la inminente inclusión de estos tipos penales que podrían identificarse como del Derecho Penal del Trabajo.

## CAPÍTULO TERCERO

### **III.- LA CONDUCTA DELICTUAL EN EL DERECHO COMPARADO DE ESPAÑA Y LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO DE LOS AÑOS 2006, 2012 Y 2019.**

En el presente capítulo nos dedicaremos a demostrar que resulta por demás atendible la necesidad de sancionar penalmente todo comportamiento que signifique un menoscabo a la libertad de un trabajador, aprovechando la situación de debilidad o desventaja que lo vuelve vulnerable respecto su empleador. Ya en muchos países desarrollados se viene aplicando de este modo la legislación penal desde hace un tiempo. Claro está que con esta política normativa se han logrado los resultados esperados en cuanto a la importante reducción, tanto de los índices del trabajo informal, como en lo tocante al avasallamiento contra la figura del trabajador dependiente.

Un claro y cercano ejemplo de ello se presenta en España. País que históricamente ha servido de modelo legislativo en materia penal para nuestro Derecho. Con la reforma del Código Penal de 1995 se incorporaron los delitos contra los trabajadores. Ello, como resultado de procurar tutelar por un lado, valores y principios básicos de la convivencia social que se reconocieron como evolucionados, y por otro lado, el orden económico, político y social.

En la exposición de los motivos que fueron base para la nueva legislación española, se expresó que fue con el ánimo de enfrentar la antinomia que existe entre

el principio de intervención mínima y la necesidad de tutela de la sociedad, cada vez mayor, más compleja, y más evolucionada. Se destacó que se buscó dar especial relieve al espacio de protección para derechos fundamentales, procurando avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva.

En este temperamento, con esta reforma se incorporaron tipos penales que tienen por fin evitar, y en su defecto, sancionar toda posibilidad de discriminación, y proteger en definitiva con ello a los sujetos de la sociedad que resultan más vulnerables, tal como son reconocidos en el ordenamiento jurídico internacional, los trabajadores dependientes.

En el plano nacional, si bien sostenemos que la problemática planteada en relación a la conducta de emplear mano de obra por parte de las personas jurídicas sin cumplir con los registros exigidos por el ordenamiento laboral vigente se encuentra sancionada y prevista en el tipo penal contenido en el supuesto del artículo 301 del Código Penal, ya desde el anteproyecto de reforma del Código Penal del año 2006 que se viene intentando actualizar la legislación en este aspecto, sin limitar la calidad del sujeto pasivo sino contra todo tipo de personas que resulten empleadores.

Este fenómeno se presenta como inevitable en función de la evolución de la sociedad y sus nuevas necesidades. No obstante, si bien no ha logrado concretarse exitosamente en nuestro ordenamiento jurídico, desde aquel proyecto de reforma se reconocen, y se proponen incorporar los delitos contra los trabajadores. En igual sentido se mantuvo la propuesta renovadora en los posteriores proyectos de reforma del Código Penal de los años 2012 y 2019, ambos con igual resultado.

Como vemos, la inminente necesidad de tutelar en forma específica los embates contra la igualdad y la discriminación en el plano de las relaciones de trabajo, y en consecuencia de crear nuevas figuras delictivas en el ámbito del Derecho Penal, ya es un hecho que está instalado mundialmente desde la postmodernidad. No ajenos a este fenómeno, nuestro país ha pretendido su reconocimiento y normativización desde hace más de quince años a la actualidad sin poder concretarse.

### **III.- I- I- El Código Penal Español desde la reforma de 1995.**

Fue el propio Rey JUAN CARLOS I<sup>35</sup>, quien al momento de sancionar la ley por la cual entraría en vigencia el nuevo Código Penal, en la exposición de motivos, hiciera expresa mención sobre la necesidad de introducir cambios en la legislación penal que se adecúen a una sociedad cambiada respecto a la del pasado siglo XIX.

Para ello promovió la introducción de nuevos delitos. Entre los que nos interesan, propuso figuras típicas que tiendan a proteger los derechos de los trabajadores, entendiendo a estos como ciudadanos de preferente tutela por su situación de vulnerabilidad.

Es en este sentido se promulgó en el título XV de dicho cuerpo legal, los delitos contra los derechos de los trabajadores.

De los artículos enumerados en el título, en función con la temática del presente trabajo de investigación, vale decir que nos interesan los tipos penales contenidos en los artículos 311, 311 bis y 318 de dicho cuerpo legal.

### **III.- I- I- El artículo 311 del Código Penal Español.**

El artículo 311 del Código Penal de España establece que: “Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses:

---

<sup>35</sup> <http://www.informatica-juridica.com/ley/ley-organica-10-1995-de-23-de-noviembre-del-codigo-penal-2/>

1.º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual;

2.º Los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados sea al menos de a) el veinticinco por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores, b) el cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien, o c) la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez trabajadores;

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

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

Este tipo penal como dijimos fue introducido en el cuerpo del Código Penal español con la modificación del año 1995, y luego fue nuevamente reformado en el año 2012 por la Ley Orgánica Española 7/2012, donde se aumentó de tres a seis años la pena máxima prevista para este delito y se incorporaron algunas aclaraciones que facilitan encuadrar la conducta sancionable. Como por ejemplo, con la mención de “...den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda...”.

Los fundamentos que sirvieron de base para impulsar estas modificaciones fueron explicados en el preámbulo de aquella Ley Orgánica 7/2012, donde se argumentó que: “Los perjuicios ocasionados por estas conductas son evidentes. Por un lado, la negación de los derechos que en materia de Seguridad Social puedan corresponder a los trabajadores por el periodo en el que prestan sus servicios de forma irregular. Por otro, los perniciosos efectos que presenta para las relaciones económicas y empresariales el hecho de que haya quienes producen bienes y servicios a unos costes laborales muy inferiores a los que han de soportar aquellos otros que lo hacen cumpliendo con sus obligaciones legales en la materia, lo que distorsiona la competitividad y desincentiva la iniciativa empresarial”.

Estos perjuicios que destaca el preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012 son los mismos que marcamos como correlativos, inmediatos e intrínsecos del comportamiento que señalamos como subsumible en el tipo del art 301 del Código Penal Argentino cuando exige para la configuración del tipo penal el ocasionar un perjuicio.

En un trabajo de investigación que se realizó sobre este artículo 311 del Código Penal Español<sup>36</sup> se describen los elementos de la conducta típica haciendo referencia a la conducta de “imponer”, “las condiciones laborales o de seguridad social”, “que perjudiquen, restrinjan o supriman los derechos reconocidos a los trabajadores”, e “imposición mediante engaño, abuso de situación de necesidad, violencia o intimidación”.

En el orden de análisis del autor, en primer lugar, explica que el término “imponer” conlleva hacer soportar al trabajador condiciones laborales o de Seguridad Social ilícitas y perjudiciales para sus derechos, ya en el momento de la contratación o bien durante el desarrollo del trabajo. Ilícitas, porque de modo alguno pueden ser acordes a la normativa administrativa o laboral, pues en ese caso no sería ilícito penal.

---

<sup>36</sup> DIEZ MONTIEL, Blanca. “Análisis del artículo 311 del Código Penal Español: delitos contra los derechos. Madrid, 2014, URI “<http://hdl.handle.net/11531/913>”

En segundo lugar, cuando se refiere a las condiciones laborales o de seguridad social, sostiene que es necesario acudir ante tal caso a la normativa específica y especial para comprobar si las condiciones impuestas son lesivas al trabajador e ilícitas.

Desde esta perspectiva es que plantea la problemática de la ley penal en blanco, entendiendo al tipo penal como una ley incompleta que para su integración remite a la ley especial distinta de la ley penal.

En tercer lugar, señala que es necesario que las condiciones impuestas por el empleador perjudiquen, restrinjan o supriman los derechos reconocidos a los trabajadores en las disposiciones legales, convenios colectivos o en el contrato individual.

Y en última instancia, remarca que solo tendrán relevancia penal cuando se hayan impuesto mediante engaño, abuso de situación de necesidad, violencia o intimidación. Esto en función de que indica como necesario establecer una línea delimitadora entre las conductas merecedoras de sanción penal y las sólo merecedoras de sanción administrativa, teniendo en cuenta los criterios interpretativos del principio de "intervención mínima" y el carácter subsidiario que ha de atribuirse al Derecho Penal Laboral, derivado de la consideración de "ultima ratio" de la tutela jurídica que siempre corresponde al Derecho Penal.

Nuevamente encontramos otra coincidencia con el razonamiento sobre el cual edificamos nuestro planteamiento en razón de la conducta que proponemos como delictivo a la luz del supuesto previsto por el art 301 de nuestro código. En efecto, la acción de incurrir, aunque por omisión, en un ilícito, en este caso de las disposiciones legales que hacen a la materia del Derecho del Trabajo, importa uno de los elementos típicos y configurativos del delito contra los trabajadores. Tal infracción debe existir para que se produzca el ilícito penal.

Desde esta manera de pensar no desconocemos también las diferencias que surgen del tipo penal previsto en el Código Penal Español con la redacción del delito contemplado por el artículo 301 de nuestra ley. El cual, a nuestra interpretación se presenta más difuso con relación a la especificidad de la ley que no debe ser violada. Sin embargo sí se aprecia con nitidez la conducta prohibida para el autor, la cual consiste en no desapegarse de la ley en miras a proteger la confianza general que el común de la sociedad tiene depositada en el normal desarrollo del comercio y de la industria.

Por otra parte, bajo el mismo título XV de delitos contra los derechos de los trabajadores, con la misma finalidad de proteger el bien jurídico, que es el conjunto de intereses concretos y generales que protege la indemnidad de las relaciones laborales, también se sancionan otras conductas más específicas.

### **III.- I- II- Los artículos 311 bis y 318 del Código Penal Español.**

Los delitos que se sancionan en estos artículos son variantes que pueden darse en forma separada o conjunta con los supuestos que se enumeran en el artículo 311.

El artículo 311 bis, establece “Será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de doce a treinta meses, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, quien a) De forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo; o b) emplee o dé ocupación a un menor de edad que carezca de permiso de trabajo.

La conducta delictual contemplada en este artículo bis entendemos cabe únicamente para aquellos casos en los que se esté ante casos de extranjeros con permisos de trabajo vencidos o expirados. Pues, para el caso de que no hayan

contado con este permiso tampoco sería posible cumplir con la registración del contrato conforme las exigencias de la Seguridad Social, y por tanto, podría subsumirse el comportamiento en los delimitados en el artículo 311.

Por su parte, el artículo 318, dispone que “Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

Este salvamento por parte del legislador español fue replicado en los proyectos de reforma de nuestro Código Penal que veremos a continuación. Mantiene de este modo la coherencia para sancionar el actuar de las personas jurídicas cuando se está frente a hechos delictivos, y es de importancia destacar el agregado que refiere a quien conoce el ilícito y pudiendo remediarlo, no adopta medidas tendientes a tal fin.

### **III.- II- Las intenciones de reforma del Código Penal Argentino.**

#### **III.- II- I- El anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006**

Desde comienzos de este siglo XXI, nuestro país se ha propuesto considerar la necesidad de modificar el código vigente desde 1922 y de recodificar su legislación penal, buscando con ello la derogación de las numerosas leyes penales especiales, supletorias y complementarias del Código Penal de la Nación, con el objeto de lograr una actualización integral de dicho cuerpo legal.

De esta manera el primero de los infructuosos intentos de reforma de este siglo fue el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización integral del Código Penal de la Nación 2006 convocado por las resoluciones N° 303/2004 y 136/2005 del MJyDH. Este trabajo fue elaborado por una comisión convocada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos bajo la coordinación de la Secretaría de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios. Su destino fue no ser tratado en el Honorable Congreso de la Nación por razones de índole netamente política.

No obstante, pese a no haber sido tratado por el Honorable Congreso de la Nación de la República Argentina, el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación 2006 constituyó una pieza jurídica excepcional de vanguardia jurídica<sup>37</sup>.

En este proyecto de reforma fue donde por primera vez se incorporan los delitos contra los trabajadores como la contratación ilegal (art 148), violencia laboral (art 149) y coacción laboral (art 150).

### **III.- II- II- El anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012.**

Luego del fracaso en el intento de reforma impulsado en el año 2006, nuevamente en el año 2012, con la creación de la “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación”<sup>38</sup> se orquestó políticamente la necesidad de modificar el Código Penal. Pero, finalmente, al igual que con el proyecto de ley anterior, no se logró concretar la misma.

En lo que respecta a las modificaciones que ya en ese entonces se proponían, por primera vez se presta atención al olvidado artículo 301, cuya redacción se

---

<sup>37</sup> SHUEIRO, Carlos Crhistian, “Las Principales ventajas jurídicas del Anteproyecto de Código Penal de la Nación”, 2015, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/06/doctrina41229.pdf>

<sup>38</sup> Decreto 678/2012 PEN del 07/05/2012, BO 08/05/2012

mantiene desde el año 1921. Se eliminaba del título de los delitos contra la fe pública y se incorporaba con igual redacción, pero con el agregado de una multa que se establecía en dos a cinco veces el monto o valor del beneficio obtenido, en un nuevo título denominado Delitos contra el Orden Económico y Financiero. A su vez, dentro de este, en un capítulo definido para los fraudes al comercio y a la industria.

La comisión redactora de este proyecto de reforma reconoció que los delitos que se configuran con este tipo de fraudes lesionan directamente el orden económico y financiero del país. Y con ello, la importancia de fomentar la protección del correcto desarrollo y funcionamiento del comercio y de la industria lícita. Sin embargo, este cambio propuesto, no quiere decir que estos delitos dejaran de lesionar de un día para otro la fe pública o la confianza que el pueblo tiene depositada en el normal desarrollo de estas actividades, sino que se advertía como más inmediato y grave el daño que producen al equilibrio que se pretende mantener en la economía de un país. Este menoscabo se manifiesta en los índices de pobreza, la tasa de desempleo, los ingresos per cápita de los ocupados y el porcentaje de trabajo informal, entre otros.

En líneas generales, los promotores de este proyecto de reforma, prefirieron mantener los dispositivos del Código de 1921 en la medida de lo posible, en particular cuando destacaban que no habían traído inconvenientes prácticos y jurisprudenciales. Además, tuvieron también en cuenta con ello evitar posibles pedidos de revisiones de sentencias que pondrían en dificultades a los tribunales en forma innecesaria.

Por otra parte, incorporaron al texto proyectado las disposiciones de las leyes penales especiales y los dispositivos penales incluidos en leyes no penales, con el objeto de lograr una unidad legislativa en la materia.

En esta última tarea procuraron mantener el contenido prohibitivo de todos los tipos vigentes, salvo aquellos pocos casos que refirieron como de cuestionamiento constitucional serio. Suprimieron reiteraciones y procuraron proveer los tipos penales ya existentes de una mejor técnica legislativa.

En este temperamento se buscó mantener el criterio clasificatorio de los tipos penales del Libro Segundo del Código de 1921, que coloca como máximo valor prioritario a la persona.

De este modo, teniendo en cuenta la incorporación de los tipos descodificados, el Libro de los Delitos quedaba estructurado en Dieciséis Títulos. Aún con la modificación proyectada para el artículo 301, se añade en el Título IV, denominado Delitos contra la Libertad, en un cuarto capítulo, aquellos delitos contra la libertad y dignidad del trabajo.

Con este agregado claramente la comisión se alinea con la corriente postmodernista y con la legislación comparada que históricamente venía siguiendo como modelo y se aboca a la protección de nuevos bienes jurídicos que también resultan de interés para el Derecho del Trabajo.

### **III.- II- II- I- Los proyectos de delitos.**

El capítulo cuarto del Título IV se integraba con un solo artículo, el número 124 que se titulaba “Contrataciones y condiciones laborales ilegales”. Este dispositivo establecía:

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

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

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

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

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

En el proyecto del artículo 124 se regulaba la conducta que tiene que ver con las contrataciones y condiciones laborales ilegales, donde manteniendo el correlato con el proyecto de reforma del año 2006, se tipificó comportamientos que afectaban la libertad de trabajo y, en alguna medida, la libertad personal, sin llegar al extremo de la reducción a una condición análoga a la servidumbre. Se trataban los supuestos de una contratación viciada de nulidad por engaño, abuso de una situación de vulnerabilidad o actos simulados. La contratación nula debería ser llevada a cabo clandestinamente, o sea, que los trabajadores no deberían ser registrados ni beneficiados por ninguno de los dispositivos de las leyes laborales y previsionales.

El objetivo del agente debía ser someter a estas personas a condiciones de trabajo que afectarían gravemente su dignidad. Horarios, cargas laborales, alojamiento, alimentación, etc. indignas desde la perspectiva humana, o sea, que no se tipificaba

cualquier violación a las leyes laborales, ni la simple contratación en negro, ni se pretendió penalizar todo el derecho laboral, sino sólo la lesión grave a la dignidad de la persona <sup>39</sup>

Con esta redacción, pareciera que la comisión responsable de este proyecto de reforma encontraba la lesión a la dignidad del trabajador recién un poco más allá de la simple contratación informal de aquél. Es decir, que en principio no se advierte que la propuesta prohibitiva contenida en la norma se refiriera al hecho de contratar clandestinamente, sino que esta conducta de contratar en violación de la legislación laboral, además debía afectar gravemente la dignidad del trabajador. Esta idea de los juristas en materia penal bien podría señalarse como superada en el ámbito del Derecho Laboral. Pues, aquella afectación a la dignidad que marcaban como agregado necesario a la conducta delictual propuesta, es una consecuencia inmediata y correlativa con el sólo hecho de no registrar un contrato de trabajo bajo las exigencias que impone el orden laboral. Es pacífica la doctrina laboralista en este punto. Desde ese mismo instante es cuando se trata al obrero en forma discriminada, se incurre en el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de aquél por el hecho de la necesidad de contar con una fuente de ingreso, y en definitiva se atenta contra la dignidad de este sujeto.

El inciso 2º tipificaba la explotación del trabajo del menor de diez y seis años, excluyendo al padre, la madre, el tutor o el guardador del menor, para evitar que se desvirtúe el sentido de la prohibición y acabe siendo una criminalización de la pobreza.

El inciso 3º penaba con multa al empleador que omitiera proveer los medios necesarios para la seguridad y salud laboral.

El inciso 4º sancionaba la complicidad o el encubrimiento por parte no sólo de los funcionarios específicamente encargados de la vigilancia del cumplimiento de las

---

<sup>39</sup> ISBN en trámite Anteproyecto de Código Penal de la Nación 1ra. edición - Marzo 2014 Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A. Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Directora: María Paula Pontoriero. <http://www.saij.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>

normas laborales de salud y seguridad, en la comisión de los hechos que tipifica este artículo, sino también de los profesionales a los que incumbe este deber (los médicos de empresas, especialistas en higiene y seguridad del trabajo) y a cualquier otro, como pueden ser también las propias aseguradoras de riesgos del trabajo contratadas por la empresa.

Estos últimos dos incisos son conductas que a la fecha de la elaboración del proyecto ya se encontraban sancionadas en el artículo 32 de la ley 24.557. Por lo que entendemos que la incorporación de estos supuestos responden como anteriormente señalamos a esa intención de reunir los dispositivos penales incluidos en leyes no penales, con el objeto de devolverle unidad legislativa a la materia.

También, al igual que lo prevé el inciso 5° de dicho artículo, se refería el proyecto a la especial situación de las personas jurídicas que suelen ser empleadoras, cuando establecía que las personas jurídicas podrían ser sancionadas en los términos del Título Primero. En este punto, el anteproyecto regulaba en su parte general la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluyendo en el cuerpo legal lo hoy normado por la ley 27.401. De esta manera los representantes de las sociedades podían ser alcanzados como destinatarios de las sanciones previstas en estos delitos como también habilitaba la sanción a esos entes.

Allí, en coherencia con lo que se había propuesto ya en el anteproyecto del año 2006, en el artículo 47 se disponía que las fundaciones, asociaciones y sociedades, aunque no gozaren de personería jurídica legalmente otorgada, serían penalmente responsables cuando el delito hubiere sido cometido por alguno de sus órganos sociales en representación de las mismas y siempre que se hubiere perpetrado como desviación delictiva de la actividad propia de la entidad. Sumado a ello, el artículo 48 establecía que la responsabilidad penal de los entes a que se refería el artículo anterior no excluía la de aquellas personas naturales que hubieren participado criminalmente en el hecho punible.

Esta propuesta de redacción superaba la crítica que le realiza Lopez Palomero<sup>40</sup> a la contemplación del supuesto previsto en el inciso 5 del artículo 32 de la LRT, cuando destaca como curioso que la pena de multa se aplique solamente sobre el patrimonio de las personas jurídicas y no así sobre el de las físicas que resultan ser los administradoras de aquellas. El crítico deja al descubierto que mientras se trate de conductas penadas con multa, las personas físicas que se desempeñan para personas jurídicas pueden delinquir en representación de éstas sin problemas, pues responderán las personas jurídicas.

### **III.- II- III- El anteproyecto de reforma de Código Penal de 2019**

En el último proyecto de reforma se continuó con la propuesta de incorporar los delitos que atentan contra la libertad en el trabajo y contra los trabajadores entendidos como un colectivo vulnerable respecto de los empleadores.

Así, en el título XXI del libro segundo, se proyectaba regular los delitos contra la libertad y la dignidad del trabajo. Este título se pensó a su vez dividido en cuatro capítulos. El primero, trataba los delitos contra la libertad de trabajo; el segundo, las contrataciones y condiciones laborales ilegales; el tercero, los casos de acoso laboral; y por último, los delitos cometidos en el marco de la ley de riesgos de trabajo.

Como dijimos, el capítulo segundo del título contemplaba los tipos penales que tenían que ver con las conductas de contratar ilegalmente mano de obra dependiente. Aquí, el proyectado artículo 422 establecía imponer una pena de prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años y SEIS (6) a TREINTA Y SEIS (36) días-multa, siempre que no importara 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.

---

<sup>40</sup> LOPEZ PALOMERO, Ob. Cit, pág 108.

La acción típica para que se configurase el tipo penal no variaba de la descrita en el anterior proyecto de artículo 124 que vimos en el punto anterior, donde se requería no sólo contratar en forma clandestina, sino también, con ello afectar gravemente la dignidad del trabajador. Sin embargo, con esta nueva redacción no se exigía el engaño o el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad que sí resultaba necesario para que se configurara la conducta delictual del anterior proyecto de reforma. Dato que no es de menor importancia y sobre el cual volveremos.

Nuevamente, a nuestro entender, le cabe perfectamente la crítica que anteriormente desarrollamos al momento de analizar el tipo penal que proponía el anteproyecto de reforma del año 2012. Pues, se continúa con el desdoblamiento de la acción de contratar clandestinamente con el hecho de afectar la dignidad de la víctima. Así, con el afán de ser más explicativos con la lógica que aplicamos para el caso, nos permitimos realizar una comparación gráfica, por la cual pareciera que además del acto de introducir al obrero al mercado del trabajo por la ventana o por una puerta trasera que no le permite el pleno gozo de los beneficios que le brindaría el ingreso por la puerta principal, se exigía también que sea sometido a condiciones de trabajo indignas para el ser humano.

El problema entonces que se presenta para que se configuren estos elementos y con ello podamos afirmar que se está ante el supuesto del ilícito penal, es que se incurre una interpretación que puede ser considerada como contradictoria con los principios regulados en los artículos 9 y 12 de la ley 20.744. Como marcamos, desdoblar la afectación a la dignidad con el hecho mismo de contratar, podría permitir por ejemplo que se produzca una contratación laboral sin apego a la normativa vigente, donde se le ofrece al trabajador un espacio confortable donde prestar su labor, o una remuneración quizás un tanto mayor a la que correspondería para la actividad, o se accede a los tiempos de descansos o vacaciones sin que sea un problema en la relación.

Con este supuesto, cabe preguntarse si con estas condiciones acordadas y aún respetadas en todo caso, alcanza en verdad para mantener indemne la dignidad del dependiente, y así todo si ante el caso de una respuesta afirmativa, el trabajador puede imponerse sobre la prohibición de renunciar del artículo 12 de la LCT.

Según nuestro punto de vista la respuesta al interrogante no permite dar espacio a la duda, y radica en la sencilla explicación de lo que significa el orden público laboral. Es decir, que no debe olvidarse que todo el ordenamiento jurídico laboral ha sido conformado y ha evolucionado en función de proteger la posición del sujeto de preferente tutela que significa el trabajador. A quien históricamente se ha entendido como con una capacidad reducida para negociar ciertas pautas que hacen a la estructura de un contrato de trabajo y por ello es que desde la normativa se imponen los conocidos “pisos” que no pueden ser vulnerados y que en definitiva conforman la base de lo que llamamos el orden público laboral. Sin duda alguna estos “pisos” que referimos tienen por objeto mantener indemne la dignidad del trabajador hiposuficiente con respecto a su empleador.

Desde esta perspectiva, de modo alguno puede considerarse que una contratación aunque clandestina en razón de la ley laboral, puede no afectar la dignidad del trabajador cuando con ese accionar se ha visto privado, por ejemplo, de acceder a beneficios de la seguridad social, de cobertura de asegura de riesgos del trabajo, de obra social, de incorporación al sistema bancario, que otro obrero, en iguales condiciones de trabajo que aquél, empero cuya relación se encuentra correctamente registrada, puede gozar en plenitud. Este trato desigual atenta directamente contra la dignidad del ser humano trabajador.

### **III-II- III- I- Otros supuestos de delitos introducidos.**

Al igual que en el año 2012, se mantiene el intento de incorporar en el artículo 423, la sanción de uno a cuatro años de prisión para el que aprovechar económicamente el trabajo de una persona menor de dieciséis años, en violación de las normas que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importe un delito más severamente penado.

### **III.- III- Conclusión del Capítulo Tercero**

Haber investigado cómo opera en la legislación española el Derecho Penal del Trabajo, y puntualmente en lo que tocante a las contrataciones en fraude a la normativa laboral, vemos claramente que la incorporación de estos delitos ha tenido en consideración la aplicación del límite al derecho penal que impone el principio de la mínima intervención entendido como última ratio, y aun así han prevalecido.

La necesidad de sancionar penalmente este tipo de comportamientos se ha impuesto por sobre el límite que parte de la doctrina pretende hacer valer cuando se cuestiona la constitucionalidad de este tipo de delitos especiales.

En este sentido y permitiéndonos influenciar por el derecho penal español, visto aquél como evolucionado y ejemplo de modelo penal a seguir, se ha intentado aunque sin éxito en el resultado, imitar la incorporación de los delitos contra los trabajadores como lo hizo el Código Penal Español de 1995.

Este lineamiento se respetó en los tres anteproyectos vistos. Teniendo en todo momento en cuenta y presente la nueva tendencia mundial y las nuevas necesidades de la sociedad del siglo XXI de brindar protección desde el ámbito penal a todo sujeto a quien se le reconozca una situación de marcada vulnerabilidad. En este caso en el marco de las relaciones de trabajo.

Como vimos, la necesidad de protección de este colectivo se sostuvo en las tres oportunidades de anteproyectos señaladas aunque bajo el fundamento de tutelar bienes jurídicos diferentes.

## **CONCLUSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN**

El principal objetivo del presente trabajo de investigación fue exponer que además de las sanciones que en el ordenamiento laboral vigente de nuestro país están previstas para quienes celebren contratos de trabajo en forma clandestina, existe otra sanción en el ámbito del Derecho Penal, para determinados sujetos, que entendemos como suficiente, y tal vez hasta más efectiva para disminuir considerablemente la problemática del empleo informal.

Con ese norte, a lo largo del desarrollo de esta entrega, pudimos realizar un análisis de la figura delictual prevista en el artículo 301 del Código Penal, y desde la óptica de la novedosa noción del Derecho Penal del Trabajo demostramos que con el comportamiento que marcamos como ilícito se configuran todos los elementos del delito en estudio.

Esto lo logramos señalando la ubicación metodológica de la norma en el Código Penal y observando el bien jurídico que tiende a protegerse con este tipo penal.

También consideramos críticas formuladas desde el ámbito del Derecho Penal, y a partir de ellas confrontamos la conducta delictiva que sostenemos como típica con los límites que se le imponen al poder punitivo del Estado, dejando manifiesto finalmente que resulta objeto de sanción penal el comportamiento que destacamos como delictivo.

En esta línea, realizamos un breve estudio de la legislación penal española en lo tocante a las contrataciones laborales clandestinas y pudimos ahondar en que la

acción típica que configura el delito en aquella jurisdicción, consiste en llevar a cabo la misma conducta que prevé el tipo penal previsto en el artículo 301 de nuestro Código Penal, esto es contratar empleados en infracción al ordenamiento laboral en lo que respecta a la registración del vínculo.

Luego, examinamos los anteproyectos de reforma del Código Penal que presentaron las comisiones conformadas a tales fines en los años 2006, 2012 y 2019, y advertimos que en los tres proyectos se pretendió incorporar los delitos contra los trabajadores que sancionaran la contratación informal.

Esta investigación deja claro que la necesidad de que el Derecho Penal se aboque a la problemática del trabajo marginal ya impera en la sociedad de nuestra actualidad. Que el tratamiento que la legislación laboral hoy propone para el tema, no resulta suficiente. Y por ello precisa la activación del poder punitivo del Estado en este punto, sin que el principio de mínima intervención entendido como último ratio signifique una limitación.

De esta manera habiendo alcanzado los objetivos que para el presente trabajo nos planteamos al inicio, podemos concluir que mientras no se concrete la inminente incorporación de los delitos contra los trabajadores que sancionan la contratación informal de aquellos, el tipo penal previsto y sancionado en el artículo 301 del Código Penal, hoy vigente, brinda una respuesta y solución cierta para atacar a esta problemática de orden laboral. Y si bien la conducta delictual contemplada en la norma solo aplica a determinados sujetos pasivos, esta reúne todos los elementos que requiere el tipo penal para la configuración del delito.

Insistimos como necesario que independientemente de que puede ser expresamente solicitado al momento de accionar en los tribunales con competencia en materia del derecho del trabajo, el juez laboral, por el deber legal que le impone el artículo 329 del Código Procesal Penal, es quien debe elevar a conocimiento del Ministerio Público Fiscal el hecho que a primera vista encuadra en el comportamiento sancionable con pena de prisión. Ello, toda vez que existe certeza, por la razón de

haber sido sentenciado en sede judicial, sobre la transgresión a la normativa laboral por parte de los sujetos que el artículo señala como pasibles de sanción.

Ahora bien, manteniendo este enfoque, el ámbito idóneo para la investigación e instrucción de estas conductas delictivas que señalamos es el de los delitos económicos. Esto es por ante la Unidad Fiscal especial de delitos económicos. Pero lo cierto, es que tal como hoy en día se encuentra dividida la competencia en el Ministerio Público Fiscal, esta unidad especial se encuentra colapsada por la cantidad de causas que quedan en la esfera de los delitos de índole económicos.

Por tal motivo es que para un futuro, y con el mismo fundamento que se tuvo en cuenta para dividir la competencia del Ministerio Público Fiscal según la especialidad de los delitos, es que creemos necesario considerar la creación de una Unidad Fiscal Especial de Delitos cometidos en el ámbito de las relaciones de trabajo.

Sería entonces en este ámbito donde se propiciaría una específica atención de los bienes jurídicos que protegen los delitos que interesan al Derecho Penal del Trabajo. Entre ellos nos referimos a aquellos que se cometan en el desarrollo de toda relación de trabajo dependiente, como por ejemplo los homicidios culposos que se producen en el ámbito de los establecimientos donde prestan funciones los empleados; los robos o hurtos en ocasión del trabajo; los abusos sexuales que se pueden producir en el ámbito del lugar de trabajo; extorsiones, amenazas y coacciones que pueden configurarse en toda relación de tipo laboral; las falsificaciones de instrumentos privados propios que se deben en toda relación de trabajo.

Y finalmente, por supuesto, aquellos delitos específicamente previstos y sancionados por leyes de orden laboral, que resultan integradoras del Código Penal en estos casos, como lo son los artículos 132 bis de la LCT o el 32 de la ley LRT.

## VI.- BIBLIOGRAFÍA

ALONSO REGUEIRA, Enrique, “La convención americana de derechos humanos y su proyección en el derecho argentino. 1° Edición, La Ley, Buenos Aires, departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013”. Pág 174.

BACIGALUPO, Enrique, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, 2 edición, 4° reimpresión, Ed. Hammurabi, buenos aires, 2016. Pag 127

CARNEVALI RODRIGUEZ, “DERECHO PENAL COMO ULTIMA RATIO. HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL RACIONAL”, Revista Ius et Praxis - año 14 - n° 1:13 -48, 2008.

DONNA, Edgardo Alberto, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo IV, 3° edición actualizada. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, 2014. Pág. 22.

FERRAJOLI, Luigi, DERECHO Y RAZÓN, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta SA, 1995, Madrid. Págs. 34, 94 y 172.

JAKOBS, Günther, “Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2° edición corregida, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S A , 1991. Pág 100.

LIBSTER, Mauricio, “Autorización de actos indebidos. El artículo 301 del Código Penal”, <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/513/CDS06030581.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

LIVELLARA, Carlos, "El trabajo informal afecta derechos fundamentales del trabajador reconocidos por la Constitución Nacional" Revista Derecho Laboral, 2018, Rubinzal-Culzoni.

LOPEZ PALOMERO, Eduerdo A. "Derecho Penal del Trabajo", 1° Edición, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2011, Pág. 273.

MACAGNO, Mauricio. "La prestación de concurso o consentimiento a actos ilegales o anti estatutarios y su relación con el delito de administración fraudulenta", (<http://sociedadesmdp.blogspot.com/2011/02/datos-sobre-301-cp.html>)

MAZZACUVA, Nicola, Observaciones sobre el Principio de Taxatividad en materia penal: Reflejos Procesales de una norma constitucional. Revista de Derecho Penal, Tomo 2001, 2 Garantías constitucionales y nulidades procesales. RC D 3508/2012.

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal Parte General, 9° Edición , Segunda Reimpresión Editorial B de f, Montevideo- Buenos Aires. 2015. Pág 116.

OJEDA, Raúl Horacio, "Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada", Segunda Edición Actualizada, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, Tomo I, pág 91

RIGHI Esteban, "Derecho Penal.- Parte General", 1° Edición, 2° Reimpresión. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 2010, pág.69.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALIAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro, "Derecho Penal: parte general", 2° edición, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2002, pág. 126.

Anónimo, <https://www.iberley.es/temas/normas-penales-blanco-47281>

<http://www.informatica-juridica.com/ley/ley-organica-10-1995-de-23-de-noviembre-del-codigo-penal-2/>

DIEZ MONTIEL, Blanca. “Análisis del artículo 311 del Código Penal Español: delitos contra los derechos. Madrid, 2014, URI “<http://hdl.handle.net/11531/913>”

JUAN IGNACIO PASCUAL, JUAN IGNACIO GASPARINI, Covid-19: Ley penal en blanco y principio de legalidad , [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar), Id SAIJ: DACF200106, 27 de mayo de 2020

SHUEIRO, Carlos Crhistian, “Las Principales ventajas jurídicas del Anteproyecto de Código Penal de la Nación”, 2015, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/06/doctrina41229.pdf>

Decreto 678/2012 PEN del 07/05/2012, BO 08/05/2012