

**PROTECCION DE LA LIBERTAD SINDICAL Y DEL
DERECHO DE HUELGA***

Luis Arroyo Zapatero
Catedrático de Derecho Penal y
Rector de la Universidad
de Castilla-La Mancha

* El texto de la conferencia constituirá un capítulo de mi *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, de próxima publicación por la «Editorial Praxis» de Barcelona.

La Constitución reconoce como derechos subjetivos públicos fundamentales a la libertad sindical y al derecho de huelga en el artículo 28. La libertad sindical ha sido desarrollada por la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) de 2 de agosto de 1985, pero no así el derecho de huelga, cuyo régimen normativo sigue sometido, aunque de modo muy parcial e incompleto, al RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, interpretado de modo conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 8 de abril de 1981. Ya antes de la publicación de la LOLS, la Reforma urgente y parcial del Código penal de 1983 (L. O. 8/1983, de 23 de junio), introdujo en el artículo 177 bis un precepto destinado a tutelar penalmente la libertad sindical y el derecho de huelga, cuyo tenor literal es el siguiente. *“Los que impidieren o limitaren el ejercicio legítimo de la libertad sindical o del derecho de huelga serán castigados con penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas”*¹.

A su vez, la misma Ley de reforma incriminó en el artículo 165, con igual penalidad, la conducta del “particular encargado de un servicio público que por razón de... pertenencia o no pertenencia a un... sindicato, de una persona, le denegase una prestación a la que tuviese derecho”. El artículo 181 agrava dicha penalidad en el caso de que el autor sea funcionario público. La Exposición de Motivos de la Ley de Reforma justificaba a la introducción del artículo 177 bis en la finalidad de garantizar el libre ejercicio de la libertad de sindicación y del derecho de huelga a través de la conminación penal de los ataques dirigidos contra tales derechos fundamentales.

A su vez, los nuevos preceptos conviven con los artículos 222 y 496, en los que históricamente se incriminaba el ejercicio del derecho de huelga (huelga-sedición) y de la libertad sindical (piquetes de trabajadores en huelga). Estos preceptos han sido modificados en su sentido y límites por la propia vigencia de la Constitución y por el Tribunal Cons-

1.- Vid. como primeros comentarios TERRADILLOS BASOCO, Delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga, en «Comentarios a la Legislación Penal», T.V, vol. 2º, Madrid 1985, p. 661 y ss.; BAYLOS/TERRADILLOS, Protección jurídico-penal de la libertad sindical y del derecho de huelga, en «Relaciones Laborales» (La Ley) nº 1, 1986, p. 30 y ss.; Los mismos, Controles institucionales al ejercicio del derecho de huelga. Análisis comparado de las experiencias británica y española, en «Revista Española de Derecho del Trabajo», Civitas, 28 (1987), p. 589 y ss.; PALOMEQUE LOPEZ, Los delitos laborales en la propuesta de Anteproyecto del Código penal, en «Los delitos socio-económicos», ed. de Barbero Santos, Madrid 1985, p. 337 y ss.; PEREZ DEL RIO, La protección penal de la libertad sindical, en «III Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales», Jerez 1985. Para la protección jurídica en general de la libertad sindical y el derecho de huelga: Del REY GUANTER, La conducta antisindical: Principios generales a la luz de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en «Relaciones Laborales» nº 2 (1987) p. 7 y ss. y la conducta antisindical del empresario, en la misma Revista, nº 9 (1987), p. 8 y ss., citados, respectivamente, La conducta antisindical I y II; MATIA PRIM, SALA FRANCO, e. a. Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos, Madrid 1982; CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J., La tutela de la libertad sindical, en «Comentarios a la Ley de Libertad Sindical», Madrid 1986, p. 343 y ss.; CRUZ VILLALON, El ejercicio del derecho al cierre patronal, en «Relaciones Laborales», 8 (1986) p. 86 y ss.; MARTIN VALVERDE, El Derecho de huelga en la Constitución de 1978, en «RPS» 121, p. 227 y ss.; GARCIA BECEDAS, Apuntes para un análisis de la libertad sindical en la Constitución española, en «RPS» 124, 1979; OJEDA AVILES, La Libertad sindical, en «RPS» 121, 1979, p. 347 y ss.; El mismo, Derecho sindical, Madrid 1984.; De la VILLA/PALOMEQUE, Introducción a la economía del trabajo, I, Madrid 1977; GHEZZI/ROMAGNOLI, II diritto sindacale, Bolonia 1982; ROMANO, M., Repressione della condotta antisindacale, Milan 1974; TOMANDL, Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes, Viena 1965.

titucional (S.T.C. de 8 de abril de 1981) apareciendo a modo de límites penales máximos de ambos derechos fundamentales, y sin que en ningún caso sirvan a la protección del bien jurídico que ahora nos ocupa.

En el artículo 177 bis el legislador ha optado por el sistema de incriminación de cláusula abierta, consistente en una mera referencia al bien jurídico y a su lesión, sin proporcionar mayor definición de los medios o las conductas típicas, sistema que también ha preferido a la hora de tutelar otras libertades y derechos fundamentales, como es el caso de los delitos contra la libertad de expresión del artículo 165 bis y contra la libertad de reunión y manifestación del artículo 166, entre otros. El sistema resulta sencillo desde el plano de la técnica legislativa, pero sumamente imperfecto e ineficaz desde el punto de vista político-criminal y, especialmente, de la prevención general. La función de llamada o motivación de los preceptos penales no se alcanza eficazmente sin el acompañamiento de la referencia al bien jurídico y a su lesión de un catálogo de conductas, aunque sólo sea **ad exemplum**, que representen una selección de las conductas más graves, lo que sirve también de criterio firme a los Tribunales. Dicha tarea queda ahora relegada precisamente a éstos y al intérprete.

A su vez, e incrementándose así el déficit de funcionalidad, la propia Ley Orgánica de Libertad Sindical ha optado también por el sistema de cláusula abierta para definir lo ilícito (civil) antisindical², por lo que este plano normativo no proporciona tampoco pautas hermenéuticas relevantes para lo penal. Únicamente la Ley sobre infracciones y sanciones del orden social (L. 8/1988, de 7 de abril) contiene algunos tipos de ilícito administrativo³ constitutivos de lesión de la libertad sindical o del derecho de huelga, con lo que se plantea, una vez más, el problema del **bis in idem** entre sanciones administrativas y penales.

Sin duda, el procedimiento seguido por el legislador no es caprichoso, sino que obedece a la manifiesta dificultad de tipificar agotadoramente las variadísimas formas de ataque a los derechos fundamentales en cuestión que en la realidad aparecen. Ante tal dificultad, el legislador atribuye el poder de concreta definición al juez, lo que, si bien puede resultar aceptable en el plano civil, no lo es en absoluto en lo administrativo, y mucho menos aún, en lo penal. Esta dificultad fue la que inspiró al legislador italiano un sistema bien diferente y, en mi opinión, sumamente eficaz en el plano normativo y práctico: el sistema interdictal. A demanda de los trabajadores u organizaciones sindicales afectadas, el juez dicta una orden de cesación de la conducta antisindical y la vulneración de dicha orden de cesación se tipifica como delito⁴. La mencionada técnica ofrece así, además de mayor eficacia preventiva, mayor seguridad jurídica a los destinatarios de la norma penal. Queda aquí solamente indicada para la reflexión, a los posibles efectos de una reforma del sistema sancionador en esta materia.

2.- V. artículos 12 y 13 de la Ley.

3.- Vid. artículo 7, números 6, 7 y 8 y artículo 8, números 5,6,7,8,10 y 12.

4.- Ley de 20 de mayo de 1970, Statuto dei Lavoratori, arts. 28 y 38. Vid. ROMANO, M., Represione della condotta antisindacale, Milán 1974; DURIGATO, I., Diritti sindacale e tutela penale, en «Riv. Giuridica del Lavoro» 1985, nº 1-2, p. 37 y ss.

1.- EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El artículo 177 bis hace referencia a un doble aspecto de la protección: libertad sindical y derecho de huelga. La diferenciación resulta ajustada, aunque por lo común el derecho de huelga sea manifestación concreta del ejercicio de la libertad sindical.

En sentido primario la libertad sindical que consagra el artículo 28.1 de la Constitución es un derecho a la libre sindicación y a la consolidación de sindicatos, pero, naturalmente también, un derecho a realizar la actividad sindical⁵, tal y como se deduce de la formulación del artículo 17.1. del Estatuto de los Trabajadores al amparar junto a la pertenencia a un sindicato, la ejecución de acuerdos del mismo. La Ley Orgánica de libertad sindical desarrolla en igual sentido amplio el contenido normativo de la misma en su artículo 2: los derechos a fundar sindicatos (a), a afiliarse (b), a elegir libremente los representantes dentro de los mismos (c) y el "derecho a la actividad sindical" (d). A su vez, en la letra d) del siguiente apartado dispone que las agrupaciones sindicales en ejercicio de la libertad sindical tienen derecho al "ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que comprenderá, en todo caso, en derecho a la negociación colectiva, el ejercicio del derecho de huelga, el planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas" para los órganos de representación. En definitiva, pues, el artículo 177 bis tutela toda actividad de los trabajadores desarrollada a través de organizaciones sindicales en defensa de sus intereses colectivos como tales trabajadores por cuenta ajena.

El mismo sentido dinámico debe predicarse de la formulación del derecho de huelga, manifestación singularizada, como se ha dicho, de la libertad sindical general. Además de la abstención de realizar la prestación laboral, comprende todas las demás actuaciones funcionales a la huelga⁶ y, como derecho colectivo que es, implica tanto una actuación previa como simultánea de discusión, promoción, organización, defensa, etcétera, que queda incluida en el ámbito de tutela del artículo 177 bis⁷. Expresamente debe mencionarse que tal actividad incluye la denominada de "piquetes", en los términos en los que la afirmación se desarrolla en otro lugar habida cuenta de la especialidad que en nuestro derecho comporta la presencia del artículo 496, párrafo segundo.

El Código limita la tutela penal de la libertad sindical y del derecho de huelga a los supuestos de ejercicio "legítimo". Constituye ésto una referencia —innecesaria— a un elemento general de la antijuricidad que ha de resolverse por el juez penal de acuerdo con lo dispuesto en la legislación laboral y en su interpretación constitucional. En dicha sede es donde debe resolverse el problema de las huelgas irregulares, el de los límites de la misma en los servicios esenciales a la comunidad, los conflictos con otros bienes jurídicos, como el derecho de propiedad o de defensa de la productividad del empresario, las restricciones que pueden imponer las declaraciones de estado de excepción o de

5.- OJEDA AVILES, *La libertad sindical*, cit., p. 351.

6.- Cfr. SMURAGLIA, *Diritto penale del lavoro*, Padua 1980, p. 250.

7.- Cfr. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la libertad sindical...*, cit., p. 669.

sitio, o las modulaciones del ejercicio del derecho que puedan acordarse en la negociación colectiva⁸.

2.- LOS SUJETOS

El artículo 177 bis no establece limitaciones al **sujeto activo** típico, pudiendo serlo **cualquier persona**, con lo que se diferencia de preceptos análogos del derecho comparado en los que, como acontece en el Estatuto de los Trabajadores italianos y en el Código de Trabajo francés, la norma penal tiene como destinatario exclusivamente a los empresarios y a quienes obran por cuenta de éste⁹. La ausencia de restricciones de la autoría típica se corresponde, sin duda, con el carácter de derechos fundamentales de los objetos de protección.

En la práctica, el candidato natural a la autoría es el **empresario**, toda vez que es el otro protagonista del conflicto propio de las relaciones de trabajo y, por tanto, hipotético portador principal del interés antisindical.

El empresario puede actuar por sí mismo o por medio de un representante o encargado, esto último tendrá lugar en todo caso en supuestos de personas jurídicas. Habida cuenta de que no nos encontramos aquí ante un delito propio del empresario, la relación entre éste y quien actúa interesa tan solo para determinar la coautoría de las personas que integran el órgano de representación de la persona jurídica o representan al empresario individual. Responden como autores, aunque no sea más que por omisión, los directivos superiores de quien actúa y a cuyo poder de dirección éste se encuentra sometido, siempre que, conociendo la conducta antisindical de su subordinado, no la hubiere impedido, pudiendo hacerlo. La mencionada relación interesa también a los efectos de la responsabilidad civil derivada del delito o de la mera responsabilidad civil extracontractual general y laboral¹⁰.

También pueden incurrir en conductas lesivas de la libertad sindical los propios **sindicatos** respecto de sus propios afiliados o de terceros, ejemplo paradigmático de lo cual son las "cláusulas de seguridad sindical" acordadas con el empresario y por las que éste se compromete a facilitar o a mantener el empleo exclusiva o preferentemente a los afiliados al sindicato que suscribe el acuerdo¹¹. Igualmente pueden ser autores del delito **funcionarios** de la Administración mediante conductas contrarias a las actividades sindicales en general o de favor o disfavor de sindicato determinado. La condición de funcionario no da lugar aquí a agravación de la pena, a diferencia de lo que ocurre con lo previsto en el artículo 181 bis para los supuestos de discriminación en las prestaciones de servicios públicos del artículo 165¹².

8.- Vid. TERRADILLOS BASOCO, ob. cit., p. 671

9.- Vid. GHEZZI/ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, cit., p. 319; GODARD, *Droit pénal du travail*, Paris 1980, p. 267.

10.- Vid. Del REY GUANTER, *La conducta antisindical (I)*, cit., p. 11 y s.

11.- Vid. De la VILLA/PALOMEQUE, ob. cit., p. 643.

12.- Al respecto, TERRADILLOS BASOCO, ob. cit., p. 677.

Sujetos pasivos del delito son los titulares del bien jurídico protegido libertad sindical y derecho de huelga- que en nuestro caso son los trabajadores por cuenta ajena en general, tanto individual como colectivamente considerados. Titulares del derecho lo son también los integrantes de las fuerzas e institutos armados, cuerpos sometidos a disciplina militar y los funcionarios públicos, con independencia de que en ocasiones el ejercicio del derecho de que son titulares venga restrictivamente regulado¹³.

También son titulares de los derechos en cuestión los organismos sindicales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 28.1. CE y en el 2.2 de la LOLS. Para obtener protección como tales estimo que deben estar constituidos de acuerdo con lo establecido por la Ley (art. 4 y 5 LOLS). Otras fórmulas de organización tendentes también a la defensa y promoción de los intereses económico— sociales de los trabajadores no encuentran acogida en el art. 177 bis como tales, sino los trabajadores mismos que los integran¹⁴. Las consecuencias prácticas se reducen, pues, al ámbito procesal, en el que tales organizaciones no formalizadas no podrían comparecer más que mediante el ejercicio de la acción popular, junto con los trabajadores afectados, éstos sí, como parte perjudicada.

Excluidos quedan, en todo caso, los empresarios y los trabajadores que no lo sean por cuenta ajena, tal y como se deduce del artículo 7 de la Constitución y la Sentencia del Tribunal Constitucional (S. 8 abril de 1981, F. J., 12).

3.- TIPO OBJETIVO: LA CONDUCTA ANTISINDICAL

Como se indicó al principio, el legislador penal renunció a describir en el artículo 177 bis la conducta típica, limitándose a hacer referencia al resultado de la misma: impedir o limitar el ejercicio legítimo de la libertad sindical o del derecho de huelga. Se trata ésta de una fórmula empleada en los tipos que tutelan libertades fundamentales —p. ej. libertad de reunión, art. 166; libertad de expresión, art. 165 bis— “tan amplia como ambigua”¹⁵, que sitúa al intérprete en grave dificultad. Impedir o limitar equivale a aménorar o recortar la libertad o derecho reconocido legalmente¹⁶, en definitiva, vulnerar o perjudicar los derechos sindicales y de huelga, infringir la normativa reguladora en perjuicio de los trabajadores. Tal resultado puede plasmarse a través de una indefinida variedad de conductas que, para operar con términos abstractos, denominaremos “conducta antisindical”.

En estos términos, el ilícito penal antisindical coincide con lo ilícito administrativo y laboral (Ley de infracciones y sanciones del orden social y LOLS) y no parece razonable que la selección de lo penalmente antijurídico se opere exclusivamente a partir de

13.- Vid. GARCIA BECEDAS, ob. cit., p. 57 y ss.

14.- TERRADILLOS BASOCO, ob. cit., p. 679 atribuye la tutela a toda fórmula organizativa.

15.- Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, Protección y límites penales de la libertad de expresión, en «Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal», Bilbao 1983, p. 145.

16.- Sobre la similar fórmula típica de los arts. 165 bis y 166 vid. ORTS BERENGUER, En «Comentarios a la Legislación Penal», II, Madrid, 1983, p. 81 y s. y CARBONELL MATEU, en el mismo lugar, p. 59.

las características del tipo subjetivo, ni, por otra parte, como veremos, hay diferencia en el tipo subjetivo de ambos ilícitos. Pues bien, si los principios político-criminales deben ser principios de interpretación, la hermenéutica del artículo 177 bis desde el principio de intervención mínima puede fundamentar la tesis de que, aun coincidiendo en términos objetivos la antijuricidad típica, el precepto penal debe reservarse a los ataques “más graves” a la libertad sindical y al derecho de huelga, es decir a aquellas infracciones que comportan un perjuicio más grave para la función a que constitucionalmente ambos derechos responden. Debe advertirse que esta tesis resulta plenamente lícita desde el principio de legalidad, toda vez que conduce a una restricción del ámbito de lo punible, y no a una ampliación del mismo.

Del REY GUANTER¹⁷ ha elaborado una suerte de catálogo de conductas antisindicales en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, es decir, en lo que constituye el más amplio plano de la antijuricidad y a las que corresponden las sanciones laborales y administrativas allí previstas así como, en su caso, en la Ley de infracciones y sanciones del orden social. En ese catálogo se contienen conductas antisindicales de diferente relevancia. Lo que a efectos penales se propone es seleccionar de entre ellas las que comporten ese más grave perjuicio para la función constitucional de la libertad sindical y del derecho de huelga. Siguiendo en parte la sistemática adoptada por el autor citado y empleando el criterio hermenéutico propuesto, necesariamente tópicos y abierto, se pueden distinguir los siguientes grupos de casos:

a) Ambito de las relaciones individuales de trabajo.

Podrían seleccionarse como conductas antisindicales punibles en los supuestos de lesión de los derechos de los trabajadores en particular aquellas que, con ánimo antisindical, privan al trabajador del presupuesto material del ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga: el despido o el traslado forzoso. En ambos supuestos se impide o dificulta sustancialmente la actividad sindical, en el primer caso al excluir al trabajador de la empresa y en el segundo al privarle del contacto con su medio laboral, esencia de derechos y libertades de carácter colectivo como los que nos ocupan. De carácter similar al despido es la resolución empresarial de la relación contractual en el período de prueba.

Otras conductas antisindicales podrían en este ámbito en el nivel de la infracción laboral: adscripciones a categoría laboral inferior, desplazamiento temporal, ascensos, diferenciación salarial y otras sanciones disciplinarias distintas al despido.

b) Ambito de la actuación del sindicato como tal.

Deberían seleccionarse aquí las conductas que tienen por efecto hacer inexistente o neutralizar, en interés empresarial, el sindicato como tal. En primer lugar debería contemplarse aquí el supuesto más clásico y grave de conducta antisindical, previsto expresamente en el artículo 2,2 del Convenio 98 de la OIT y en el artículo 13,2 de la LOLS: Los actos de ingerencia consistentes en fomentar la creación de sindicatos dominados

17.- En: La conducta antisindical, II, citada.

o controlados por un empleador o en sostener sindicatos económicamente o de otra forma eficaz con el mismo propósito de control¹⁸.

Otras conductas antisindicales en este ámbito pudieran restar en el nivel de la infracción laboral, como son las vulneraciones de los derechos previstos en el artículo 8 de la LOLS: prohibición o impedimento a la reunión de las secciones sindicales, a la difusión de la información sindical, oral, escrita o mediante los tabloneros de anuncios propios, etc.

En orden al derecho a la *negociación colectiva* del que son protagonistas las organizaciones sindicales (art. 87 E.T.) deben considerarse punibles las conductas antisindicales que representan un atentado contra la existencia del sindicato en cuanto interlocutor y tiendan a imposibilitar el establecimiento o a destruir la propia relación negocial sustrayendo al sindicato la posibilidad de ejercicio de un contenido esencial de la libertad sindical, cual es la negociación colectiva¹⁹. Tales características tienen la negativa injustificada a comenzar las negociaciones a petición de los representantes legitimados de los trabajadores en los supuestos y condiciones establecidos por el artículo 89 ET, así como cuando, iniciadas las negociaciones, el empresario con su actuación la excluya virtualmente, p. ej., ofreciendo *ab initio* posiciones que declare finales e inmovibles, o se niegue a negociar "temas esenciales" en el sentido del artículo 85.1 del ET, como es el del salario.

c) *Ambito de la condición y ejercicio de los cargos de representación sindical.*

Los derechos de los representantes sindicales se proclaman en el artículo 9 de la LOLS: permisos, excedencias, asistencia y, sobre todo, acceso al centro de trabajo para participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores, previa comunicación al empresario y sin que suponga interrupción del normal desarrollo del proceso productivo. Las vulneraciones de los derechos enunciados deberían quedar en el nivel de las infracciones laborales, salvo en el último supuesto, cuando, por las circunstancias en que se produzca, el impedimento comporte grave perjuicio para el cumplimiento de su función, p. ej. ante la convocatoria de una huelga. Puede observarse así como no sólo existe diferencia de gravedad objetiva entre unas conductas antisindicales y otras, sino que, también, dentro de cada clase de conducta antisindical, las circunstancias del caso obligan a modular la gravedad de la infracción.

Naturalmente, la más grave de las vulneraciones del derecho al ejercicio del cargo de representante sindical es el despido del trabajador en razón de su actividad como tal representante sindical. Este despido, como lo es el de un trabajador cualquiera por la misma causa, constituye, como se indicó en el apartado a), *supra*, una conducta antisindical por excelencia y, como tal, punible. Si bien, desde consideraciones de política jurídica, el despido antisindical de representante debería constituir un supuesto de agravación²⁰. En el actual derecho tal circunstancia puede ser tomada en consideración

18.- Del REY GUANTER, La conducta antisindical, II, p. 22.

19.- Cfr. Del REY GUANTER, La conducta antisindical, II, p. 25

20.- Así, BAYLOS/TERRADILLOS, Protección jurídico penal..., cit..., p. 53.

para la determinación de la pena del delito del artículo 177 bis, dentro de los límites de lo dispuesto en el art. 61.

Igualmente pueden incluirse en este apartado las conductas antisindicales orientadas a impedir o alterar la celebración de elecciones para constituir los órganos de representación unitaria de los trabajadores. Así, la propia negativa o impedimento de la celebración de las elecciones mismas o la ingerencia en el proceso electoral mediante intervenciones coactivas o intimidatorias respecto de candidaturas determinadas —más allá de lo que pueda ser ejercicio legítimo de la libertad de expresión del empresario²¹— o promocionando a alguna de ellas. De entre las intimidatorias las hay más y menos sutiles, así, de las primeras, el interrogatorio o encuesta de la intención de voto de los trabajadores.

d) Ambito del ejercicio del derecho de huelga.

Se pueden distinguir aquí conductas con ocasión de la huelga —antes o durante la huelga— y posteriores y con motivo de la misma. Entre las primeras debe significarse: a) la determinación abusiva de servicios mínimos que hace vano el contenido esencial del derecho de huelga²²; b) la prohibición del libre movimiento de los representantes sindicales en el seno de la empresa; c) la sustitución de los trabajadores en huelga por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma (art. 6, 5 RLD 17/1977 sobre relaciones de trabajo) y d), por excelencia, el cierre empresarial no justificado con los presupuestos del artículo 12 del RDL 17/1977 y orientado a hacer ineficaz el ejercicio del derecho de huelga²³.

e) Por último, todos los supuestos anteriormente reseñados son por sí mismos conductas antisindicales de superior gravedad, ahora bien, tanta gravedad como una de las anteriores puede tener la repetición continuada de conductas antisindicales “leves” en el sentido de lo arriba expuesto, por ello, y siguiendo la propuesta de TERRADILLOS y BAYLOS²⁴ colofón de las conductas antisindicales de escasa gravedad que por su multiplicidad y circunstancias anunciaban el valor de ataque sistemático de la libertad sindical”.

4.- TIPO SUBJETIVO

Al igual que el artículo 165 bis, de homóloga formulación²⁵, el artículo 177 bis no presenta inconveniente para la admisión de formas de comisión imprudente, aunque razones político-criminales aconsejan su exclusiva consideración como delito doloso. Respecto del contenido del dolo, de acuerdo con TERRADILLOS²⁶, habida cuenta de que

21.- Vid. Del REY GUANTER, La conducta antisindical, II, p. 32.

22.- Sobre el concepto v. MATIA PRIM e. a., Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos, Madrid 1982.

23.- Vid., ampliamente, la selección de jurisprudencia de CRUZ VILLALON, El ejercicio del derecho al cierre patronal, en «Relaciones Laborales», 8 (1986). p. 86 y ss. e infra Capítulo VIII.

24.- Protección jurídico-penal de la huelga, cit., p. 53.

25.- Vid. obras citadas en anterior nota 16.

26.- Delitos contra la libertad sindical..., cit., p. 683.

lo que el código pretende evitar es el impedimento del ejercicio de la libertad sindical y del derecho de huelga, hay que entender que se requiere que la conciencia y voluntad del sujeto abarque la significación "antisindical" de las conductas que obstaculizan o impiden los derechos en cuestión. No incluye el tipo referencia alguna a especial ánimo subjetivo —elemento subjetivo del injusto—, por lo que debe bastar el dolo eventual para afirmar la realización del tipo subjetivo.

Esta conciencia del carácter antisindical de la conducta no sólo es constitutiva del tipo penal de injusto, sino también del ilícito laboral. Las dificultades de prueba de este elemento subjetivo son tan graves que, en el derecho laboral, el propio Tribunal Constitucional, desde la Sentencia de 23 de noviembre de 1981, ha admitido la inversión de la carga de la prueba: de no acreditar el empresario que en su decisión estuvieron ausentes motivos antisindicales, la decisión —p. ej., el despido— ha de considerarse nulo.

Tal inversión de la carga de la prueba no procede en absoluto en lo penal, donde el dolo debe probarse por la acusación, constituyendo lo contrario una vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia. En este punto se encuentra, sin duda, el eslabón más débil de la tutela penal de la libertad sindical. Con todo, en los supuestos de previa resolución del caso por la Magistratura de Trabajo, ésta podrá operar como perjudicialidad externa, no vinculante, pero libremente apreciable por el juez penal. A su vez, la admisión del dolo eventual puede jugar un positivo papel.

5.- PENALIDAD Y CONCURSOS

El artículo 177 bis prevé la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas. La pecuniaria resulta especialmente inidónea, habida cuenta de que el autor criminológico suele ser un empresario individual o colectivo, frente al cual la conminación económica debe tener un marco superior más elevado si se pretende una mínima eficacia preventivo general. La ley de infracciones y sanciones en el orden social sanciona las infracciones muy graves, entre las que se encuentran varias conductas antisindicales, con multa de 500.000 a 15 millones de pesetas, lo que si bien resulta adecuado, no es de aplicación, por virtud de *ne bis in idem*, en los supuestos en los que se aprecie la existencia de delito. Tampoco resulta proporcionado el que no se prevean agravaciones para supuestos determinados, como podría ser el del despido improcedente de representante sindical por razón de su condición y actividad²⁷.

Son numerosos los supuestos en los que el delito del art. 177 bis puede entrar en concurso con otros delitos. Con los de los artículos 165 y 181 bis se produce concurso de normas si la discriminación del trabajador se realiza respecto de prestaciones de servicios públicos por parte de particulares encargados de los mismos o por funcionarios, siendo estas figuras ley preferente por su mayor especialidad y, en el caso de funcionario, además, por su mayor penalidad.

27.- El artículo 529 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 prevé una pena de prisión de seis meses a dos años y multa de ocho a doce meses.

El artículo 177 bis es ley especial frente al 166 y al 172, que castigan el ataque a la libertad de reunión y de asociación en general, ahora bien, cuando en el atentado a la libertad de asociación se afecte el pluralismo sindical, es ley preferente el segundo inciso del art. 172, por imponer éste las penas en su grado máximo.

En las conductas antisindicales será frecuente la presencia de coacciones o amenazas. En estos supuestos nos encontraremos con un concurso ideal de delitos, pues, por una parte, son dos los bienes jurídicos lesionados, la libertad individual y la libertad sindical, bien jurídico colectivo, y, por otra parte, la coacción o amenaza es el medio para afectar la libertad sindical. Debe significarse que mientras que la conducta pro-huelga mediante piquetes intimidatorios debe castigarse por el art. 496, porque es precepto que impone pena más grave, la conducta anti-huelga realizada por el mismo sistema se resuelve por el art. 177 bis, es decir, la libertad negativa de huelga sigue mereciendo una tutela privilegiada respecto de la libertad positiva²⁸.

Cuando la supresión o restricción de las condiciones laborales reconocidas por las disposiciones legales y convenios colectivos se plasmen, exclusivamente en lesión de la libertad sindical el art. 177 bis es ley especial frente al art. 499 bis. Si, además, se afectan otras condiciones de trabajo, se produce un concurso de delitos, que será real o ideal según las circunstancias²⁹.

28.- No lo entiende así TERRADILLOS BASOCO, *Los delitos contra la libertad sindical*, cit., p. 685.

29.- Cfr. TERRADILLOS BASOCO, *ob. cit.*, p. 686.