

V Congreso Jurídico Internacional sobre formas contemporáneas de esclavitud

Veinte años después
del Protocolo de Palermo

TOMO I

Capítulo 11



Organización
Internacional
del Trabajo



CICAJ
PUCP



RED IBEROAMERICANA DE INVESTIGACIÓN
SOBRE FORMAS CONTEMPORÁNEAS
DE ESCLAVITUD Y DERECHOS HUMANOS



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ



COMISIÓN DE JUSTICIA DE GÉNERO
DEL PODER JUDICIAL

V CONGRESO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD

Veinte años después del Protocolo de Palermo

**V Congreso Jurídico
Internacional
sobre formas
contemporáneas de
esclavitud**

Veinte años después del
Protocolo de Palermo

Tomo I

Coordinador
Julio Alberto Rodríguez Vásquez

Lima, noviembre de 2022

Copyright

© Organización Internacional del Trabajo 2022

© Poder Judicial 2022

Comisión de Justicia de Género

© Pontificia Universidad Católica del Perú

Departamento Académico de Derecho

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (511) 626-2000, anexo 4930 y 4901

<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Primera edición, noviembre 2022

Las publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT), el Poder Judicial (PJ) y la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) gozan de la protección de los derechos de propiedad intelectual en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, con la condición de que se mencione la fuente. Para obtener los derechos de reproducción o de traducción, deben formularse las correspondientes solicitudes, como mínimo a Publicaciones de la OIT (Derechos de autor y licencias), Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza, o por correo electrónico a rights@ilo.org, solicitudes que serán bien acogidas.

Las bibliotecas, instituciones y otros usuarios registrados ante una organización de derechos de reproducción pueden hacer copias de acuerdo con las licencias que se les hayan expedido con ese fin. En www.ifro.org puede encontrar la organización de derechos de reproducción de su país.

OIT. 2022. V Congreso Jurídico Internacional sobre formas contemporáneas de esclavitud. Veinte años después del Protocolo de Palermo. Tomo I. Lima: OIT

ISBN: 9789220382318 (versión impresa)

ISBN: 9789220382325 (versión web PDF)

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT, el PJ y la PUCP no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT, el PJ o la PUCP las sancionen.

Las referencias a firmas o a procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la OIT, el PJ o la PUCP, y el hecho de que no se mencionen firmas o procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Impreso en Perú

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 603 *BIS* DEL CÓDIGO PENAL ITALIANO: NUEVOS ESCENARIOS DE APLICACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN ILÍCITA Y DE LA EXPLOTACIÓN DEL TRABAJO

Gaia Derasmo¹

Resumen

En Italia, el denominado *caporalato* —o sea, el reclutamiento ilícito de mano de obra y su explotación—, a pesar de ser un fenómeno endémico, ha encontrado completa tipificación penal solo hace un decenio. Este trabajo intenta identificar sus rasgos y, en especial, sus formas más insidiosas, para evaluar la adecuación del artículo 603 *bis* del Código Penal frente a la “urbanización del aprovechamiento”; es decir, verificar el mantenimiento de su capacidad represiva, junto con la valoración de los demás instrumentos de prevención predispuestos, a la luz de una reciente resolución, que viene de 2020, del Tribunal de Milán, “Sección medidas de prevención”, que por primera vez lo aplica en el ámbito de la *gig economy*.

Palabras claves: Caporalato, Caporalato digital, Artículo 603 *bis* C.P., Reclutamiento ilícito de trabajadores, Explotación laboral.

1 Doctoranda en Derecho Penal por la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, Valencia, España.

Sumario

1. Preámbulo. 2. El caporalato “digital” como forma de explotación del trabajo. 3. Breve excursus sobre la normativa penal en materia de explotación laboral. 3.1. La actual formulación del delito de “intermediación ilícita y explotación del trabajo”, los instrumentos relacionados directos al ámbito empresarial y sus posibles nuevas aplicaciones. 4. El caso: la administración judicial de “Uber Italy S.R.L.”. 5. Conclusiones. Referencias.

1. Preámbulo

La explotación laboral ha sido, durante mucho tiempo, un fenómeno subestimado y escasamente examinado en cuanto poco percibido por la sociedad, no obstante que constituye la forma de esclavitud moderna más difundida (Mancini, 2017, p. 1). Esto se debe, probablemente, a que, al margen de sus formas más extremas, se realiza de modo subrepticio y se desarrolla en contextos difícilmente controlables (al respecto, véase UNODC, 2006).

De hecho, generalmente la explotación se caracteriza por afectaciones patológicas de las relaciones laborales, es decir, entre empleador y empleado, que pueden desarrollarse también a través de un intermediario. Estas alteraciones resultan facilitadas por la condición de vulnerabilidad del trabajador debido a que hoy en día, en el entorno occidental, la parte contratante explotada está representada principalmente, aunque no exclusivamente, por migrantes (Mancini, 2017, p. 1) que no tienen poder de negociación (Carchedi et al., 2007, p. 126). Por eso, la subsistencia de una fachada de licitud en la relación contractual, junto con la exclusión social de la parte explotada, conlleva un trastorno en la percepción colectiva de estas formas matizadas de esclavitud contemporánea que, consiguientemente, han ocasionado un ingente retraso en las políticas de prevención y represión del fenómeno criminal.

Todo esto ha llevado a que en Italia el denominado *caporalato* —es decir, la contratación ilícita de mano de obra, así como su explotación— fuera solo recientemente sancionado en el Código Penal. El artículo 603 *bis* del Código Penal italiano, que lleva por título “Intermediación ilícita y explotación del trabajo”, fue introducido en el ordenamiento solo hace un decenio por el Decreto Ley N.º 138/2011.

Pese a la ingente literatura nacional sobre el tema,² y al margen del anhelo

2 Entre muchos, de aquellos no directamente citados en este artículo, véanse: Bin, 2020; Brambilla, 2017; Chiaromonte, 2018; Garofalo, 2018; Miscione, 2017; Morgante, 2018; Nazzaro, 2017; Rotolo, 2018; Scarcella, 2017.

de divulgar a nivel internacional el “estado del arte” italiano en la lucha contra dicho fenómeno, esta contribución tiene su razón en el análisis del reciente Decreto N.º 9/2020, pronunciado por el Tribunal de Milán que, el pasado mayo, dispuso la medida de prevención de la administración judicial, prevista por el artículo 34 del Decreto Legislativo N.º 159/2011 contra el coloso del *delivery* “Uber Italy S.R.L.”. Según el texto de la resolución, la sociedad mencionada sería culpable de haber facilitado la actividad de algunas empresas que reclutan a *riders* con modalidades idóneas a integrar el delito sancionado por el artículo 603 *bis*.

Esta resolución merece atención en cuanto se trata de la primera aplicación de medidas de prevención relacionadas con este delito en el ámbito de la denominada *gig economy*. En efecto, por medio del decreto, los jueces milaneses, insertándose en una corriente que ya había visto la misma “Sección medidas de prevención” del Tribunal lombardo orientada a ampliar el ámbito de aplicación del delito penado por el artículo 603 *bis* más allá del sector agrícola y de la construcción,^{3,4} en los que tradicionalmente el *caporalato* estaba confinado, han demostrado haber tomado conciencia respecto de la versatilidad del instrumento normativo (Merlo, 2019, p. 2). La medida, entonces, tiene el mérito de haber superado una narración estereotipada de la explotación laboral que la sitúa solo en contextos subdesarrollados del país (p. 2).

En las páginas que siguen, con el fin de examinar la resolución y, sobre todo, de comprender el alcance innovador del mismo pronunciamiento, se procederá *in primis* a enmarcar el *caporalato* desde un punto de vista sociológico-criminal, para luego reflexionar acerca de la política criminal y de prevención en campo, y así poder ofrecer algunas conclusiones al respecto.

3 Nos referimos al Decreto N.º 59/2019 del Tribunal de Milán, “Sección medidas de prevención”.

4 Para un amplio estudio sociológico, véase Leongrande (2016).

2. El *caporalato* “digital” como forma de explotación del trabajo

Como señala Merlo (2019), la historia de la lucha contra la explotación laboral puede decirse caracterizada, en Italia, por una poco escondida voluntad de remoción (p. 2). Si, efectivamente, resulta evidente la práctica de elusión del problema desde un punto de vista de normativa penal, tanto que, como se apuntaba, la tipificación del delito es muy reciente, la misma postura se desprende también en jurisprudencia (p. 2). No solo, en efecto, la escasa operatividad del delito llevó, al cabo de un lustro, a la tentativa extrema de emprender la vía de la reforma del delito contenido en el artículo 603 *bis* Código Penal, sino que, todavía hoy, la cuantía de sentencias que aplican el tipo es tan limitada que resulta irrelevante (Di Martino, 2015, p. 112).

Con el término *caporalato* se entiende la actividad de reclutamiento y organización ilícita de la mano de obra por parte de intermediarios, los “caporales”, que emplean a los trabajadores —en situación de necesidad— por encargo de terceros, los empleadores, cobrando hasta el 60 % de la paga diaria destinada al trabajador,⁵ paga que, además de ese descuento, no corresponde a las tarifas contractuales para los mínimos salariales.⁶ No es raro que, en especial cuando se trate de extranjeros, al reclutamiento propiamente dicho el caporal agregue una labor de organización, gestión y vigilancia de la mano de obra, tanto desde el punto de vista logístico, principalmente ocupándose del alojamiento y de la manutención, como de la gerencia efectiva de los equipos durante los procesos y las fases de trabajo (Merlo, 2019, p. 3). Piénsese en los trabajadores reclutados, durante todo el verano, por la recolección de tomates en Apulia. Con base en los reportes, oficiales y no,⁷ se trabaja hasta 12 horas por una remuneración diaria (o a destajo por caja) aproximadamente de 30 euros, pagando al caporal el transporte hacia el campo, la comida y el colchón para vivir en barracas desprovistas incluso

5 Al respecto, véase Osservatorio Placido Rizzotto - FLAI-CGIL (2016).

6 Para la definición, véase *Vocabolario online della lingua italiana Treccani*, voz “caporalato”.

7 Encargados por el Estado o llevados a cabo, por ejemplo, por NGO (véase Medici per i diritti umani – MEDU (2019). *La cattiva stagione*.

de servicios higiénicos-sanitarios, energía eléctrica y gas. Desgraciadamente, no han servido de nada las intervenciones destinadas a dismantlar los “guetos”,⁸ no solamente porque sus habitantes son inmigrantes irregulares, destinados a permanecer en la misma condición debido a que no serán contratados, sino que, en cuanto el *caporalato*, en este sector representa casi una “modalidad de producción” (Di Martino, 2015, p. 122). No cabe duda de que, en los contextos en los que el *caporalato* alcanzó una posición monopolística, esta forma de explotación resulta ser la única manera para permanecer en el mercado, puesto que el contratista principal, apoyándose en el caporal, derriba los costes laborales al disponer de peones sumisos y reduce el tiempo en la obtención de mano de obra (Di Martino, 2015, p. 122), de acuerdo con las necesidades cotidianas, siempre diferentes, a un precio muy barato y con capacidades productivas mejores que las máquinas.

La aclaración definitoria, sin embargo, no hace menos resbaladizo el camino de detección del fenómeno. El *caporalato* es, en verdad, una “plaga insidiosa” (De Sanctis, 2018, p. 1759), una contingencia camaleónica capaz de camuflarse detrás de rasgos legales y que termina por ocupar “áreas oscuras” entre explotación y modalidades contractuales solo aparentemente lícitas (Merlo, 2019, p. 4). Entonces, independientemente de los injustificables retrasos en la criminalización de los supuestos de *caporalato* “negro”, es decir, de las formas de dominio paraesclavista de la vida del trabajador, tan penetrantes como para aniquilar su capacidad de autodeterminarse y, por eso, tan tangibles de haber rendido inexcusable aun la falta de represión, la labor de identificación y consiguiente persecución del hecho criminal se complica a la hora de rastrear casos de explotación “grises” (De Sanctis, 2018, pp. 1759 y ss.).

En el denominado *caporalato* “gris”, de hecho, no subsiste una completa sujeción de la víctima que aproxima las formas “negras” de explotación a la reducción y mantenimiento a la esclavitud, servidumbre *et similia* (De Sanctis, 2018, pp. 1759 y ss.); por otra parte, con demasiada frecuencia,

8 Véase el relato del dismantlamiento del denominado “Grande gueto” de Foggia.

operadas por medio del apoyo de asociaciones criminales de tipo mafioso⁹ que, a través de sinergias trasfronterizas,¹⁰ incentivan también la trata de seres humanos¹¹ (Merlo, 2019, p. 5); sino, más bien, se traduce en una subyugación retorcida que se juega por entero sobre la amenaza continua del despido.

Pues bien, lejos de ser un asunto circunscrito a áreas de atraso socioeconómico, el *caporalato* se está afianzando transversalmente, encontrando en la actualidad nuevo aliento en el mercado del trabajo en nuevos entornos, aun en el digital. La “gestión algorítmica del trabajo” está demostrando ser un medio eficaz para el aprovechamiento (Barberio y Camurri, 2020, p. 1). Se trata de un “escudo” capaz de despersonalizar las actividades de selección, organización, control del trabajo y de los trabajadores, también en la aplicación de “sanciones”, que oculta estrategias de *management* detrás de una evaluación automatizada de los rendimientos y que, a su vez, genera excelentes oportunidades de “explotación rapaz” (O’Connor, 2016, *passim*) de quien ya se encuentra en el último escalón de la jerarquía social (Barberio y Camurri, 2020, p. 1). Por otra parte, no se deja de emplear a intermediarios por agilizar y, al mismo tiempo, apantallar ulteriormente la búsqueda de empleados dispuestos a trabajar cada vez más y por salarios siempre inferiores (Coin, 2017, p. 21), sin garantías ni derechos.

Si, entonces, las modalidades “grises” se benefician de semblanzas legales, el caso de los *riders* constituye su quintaesencia. Aunque la Ley N.º 128/2019, denominada “Estatuto de los *riders*”, haya tratado de establecer algunas tutelas mínimas para esta categoría de trabajadores imponiendo, por lo que aquí releva, la obligación, para los empleadores, de garantizar seguros de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la suscripción de un contrato y que la remuneración sea conforme a los “convenios colectivos de trabajo celebrados por las asociaciones sindicales y patronales

9 Con respecto al nexo entre criminalidad organizada y *caporalato*, véase Savaglio (2017).

10 Con grupos criminales extranjeros. Al respecto, véase Amnesty International (2012).

11 Asunto criminal que está vinculado también con el tipo autónomo de la explotación de la prostitución.

comparativamente más representativas a nivel nacional”, el hecho de que no se indique la cualificación de la relación laboral, a predisponer mediante acuerdo, asume relevancia no meramente técnico-clasificatoria. De hecho, no solo al supuesto de subordinación (artículo 2094 Código Civil), aunque modernizada y evolutiva (Barberio y Camurri, 2020, p. 3), abstractamente aplicable al presente asunto, pueden atribuirse mayores tutelas,¹² sino el amontonamiento de tipos de relaciones autónomas y casi-dependientes, así como de colaboración,¹³ es terreno fértil para la explotación. Estas últimas, efectivamente, son formas contractuales que dejan, de por sí, zonas francas en las que encuentran lugar abusos y, además, una confusa clasificación protege de contenciosos legales a los empleadores respecto a una platea de trabajadores que, muy a menudo, tienen escasos conocimientos y conciencia de sus derechos (Giuliani, 2015, p. 18) y, por eso, son preparados para aceptar condiciones de compromiso gravosísimas (Merlo, 2019, p. 5).

Precisamente por esto, la jurisprudencia está tomando un enfoque remedial y, pese a enmarcar la relación como de trabajo “hetero-organizado”,¹⁴ reconoce a los *riders* el derecho a que se les aplique integralmente la disciplina en materia de trabajo dependiente, otorgando así plena eficacia a la norma contenida en el artículo 2, ap. 1, del Decreto Legislativo N.º 81/2015, como modificado por el nombrado “Estatuto de los *riders*”, que —en los hechos— corría el riesgo de quedar como letra muerta.¹⁵ No cabe duda,

12 Como, entre muchas, los límites al poder de dirección del empresario y las garantías en el caso de terminación del empleo.

13 La relación laboral de los *riders*, en el ordenamiento italiano, podría abstractamente calificarse como: trabajo autónomo “puro”, regulado por el artículo 2222 del Código Civil; trabajo dependiente, regulado por el artículo 2094 del Código Civil; trabajo para-dependiente, así como definido por el artículo 409, N.º 3, del Código Procesal Civil; colaboración “hetero-organizada”, regulada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 81/2015; sobre la base del “Estatuto de los *riders*”.

14 El artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 81/2015, así como modificado en 2019, define como “hetero-organizadas” las relaciones laborales que se concretan en prestaciones de trabajo predominantemente personales, continuadas y cuyas modalidades ejecutivas son organizadas por el comitente, aun por medio de plataformas digitales.

15 Nos referimos a la Sentencia N.º 1663/2020 de la Corte de Casación. Sin embargo, aunque existan todos los elementos del trabajo “hetero-organizado”, esto no implica la

en efecto, de que, independientemente del *nomen iuris* del contrato, en la praxis, la actividad de entrega, por parte de los *rider*s, se desvía de las connotaciones que deberían caracterizar la relación laboral por medio de las plataformas digitales.¹⁶ En particular la extrema flexibilidad en la prestación laboral junto con la posibilidad de creación automática y voluntaria de los turnos parecen rasgos completamente ignorados en la realidad. En algunos pronunciamientos¹⁷ —y también en la resolución que se comentará— se comprobó, efectivamente, que el *rider*, aun beneficiándose, según las previsiones contractuales, de gran autonomía y libertad en el desempeño de la prestación, corre el riesgo, en los supuestos de incumplimiento o de realización disímil de la ejecución, de que no se le convoque nuevamente, de ser “suspendido” por el sistema o, incluso, de que se le castigue por medio de la asignación de entregas particularmente alejadas¹⁸ de los puntos de recogida, expolio de las propinas o bien de que se le apliquen *malus* (Barberio y Camurri, 2020, p. 5). Estas evidencias no solo destacan la predisposición de sanciones disciplinarias atípicas y extremadamente severas, sino que, en realidad, los que habrían tenido que ser mecanismos impersonales de control, en parte externalizados porque están respaldados por los “comentarios” del cliente final, en la práctica delatan un sistema de supervisión intenso que, aunque no sea directo, se realiza a través de la elaboración de algoritmos dirigidos a la explotación (Barbeiro y Camurri, 2020, pp. 4-5). Si bien existe una dificultad concreta en la diferenciación entre el utilizador y quien ejerce el poder de dirección, confusión esta generada y multiplicada por el intento de despersonalizar al empleador, no cuesta detectar la subsistencia de un sistema organizativo. Para prevenir el riesgo de que no se puedan llevar a cabo las entregas, efectivamente, a través de las plataformas se cumple una “sobre-contractualización” de las franjas horarias o se recurre a las

reconversión de la relación en trabajo dependiente.

16 En los rasgos delineados tanto por la normativa laboral, así como en los contratos individuales.

17 Muy relevante, al respecto, es la jurisprudencia española. Entre muchas, véase Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia N.º 902/2017.

18 Posibilidad que se debe al elemento característico de la “desmaterialización” del lugar de empleo.

denominadas “flotas de *riders*”, las cuales resultan proporcionadas por intermediarios que, debido a la ingente demanda, demuestran ser los únicos capaces de garantizar dichas necesidades (Barberio y Camurri, 2020, p. 5).

Lo manifestado nos permite afirmar sin tardanza que, sin importar las aparentes formas inéditas de la organización y de la misma prestación de trabajo, algunos elementos críticos de la actividad desempeñada por los *riders* hacen posible que se reproduzcan acontecimientos de explotación ya conocidos. En concreto, la fungibilidad endémica de los *riders* favorece el reclutamiento masivo, por parte de los intermediarios, de sujetos que se encuentran en condición de fragilidad social¹⁹ (Barberio y Camurri, 2020, p. 5) y, por ende, ocasiona aprovechamientos que se fundamentan en la estipulación de contratos de trabajo, firmados en situación de necesidad, que originan sometimientos continuativos en la prestación laboral. Esto es el *caporalato* digital, solo un nuevo rostro del *caporalato* “gris”.

3. Breve *excursus* sobre la normativa penal en materia de explotación laboral

Si bien hacer que los empleados trabajen cada vez más incumpliendo las normas relativas al salario, a la jornada laboral y a los descansos obligatorios, bajo condiciones degradantes, aceptadas por necesidad y aprovechando de la vulnerabilidad del sujeto a emplear, parezca cumplir con los elementos estructurales requeridos por el delito penado por el artículo 603 *bis* C.P., el tipo adolece del hecho de haber surgido como herramienta contra el arcaico atropello de la mano de obra rural, que estigmatiza su ámbito de aplicación (Barberio y Camurri, 2020, p. 2). Por eso, tendrá que evaluarse la adecuación del delito frente a la “urbanización de la explotación” (Merlo, 2020, p. 2), es decir, verificar el mantenimiento de su capacidad represiva, junto con la valoración de los demás instrumentos de prevención predispuestos, con respecto a conductas que se cumplen por medio de recursos novedosos

19 Piénsese, por ejemplo, en los solicitantes de asilo que se encuentran en los “centros de acogida”.

(Barberio y Camurri, 2020, p. 3) y que emplean a intermediarios que, hoy en día, toman la apariencia de personas jurídicas.

Durante un largo período de tiempo, a pesar de la propagación y presencia masiva del fenómeno en examen, el único foco del régimen sancionatorio había sido la preservación del monopolio público en la acción de conexión entre empleador y empleado. En un primer momento la prohibición de realizar, en cualquier forma, actividades de intermediación dirigidas a la colocación de la mano de obra, había sido establecida por el artículo 27 de la Ley N.º 264 del 1949 y luego reiterada por los artículos 1 y 2 de la Ley N.º 1369/1960 (Merlo, 2019, p. 7). Como consecuencia de la introducción en el ordenamiento del trabajo interino²⁰ y de la reorganización de los requisitos para el desempeño de las prestaciones de trabajo y de las actividades de intermediación y provisión de servicios de empleo,²¹ en los primeros años del nuevo siglo se incorporaron nuevos tipos penales inherentes a la intermediación ilícita, el suministro abusivo o fraudulento de trabajadores y, en general, la utilización ilícita de los empleados (Giuliani, 2015, pp. 46 y ss.). En todos estos casos, sin embargo, los ilícitos mantuvieron la dimensión de la falta, con obvias consecuencias en materia de eficacia disuasoria (Merlo, 2019, p. 8).

Las lagunas de dicho sistema jurídico significaban subsumir las conductas cometidas contra el trabajador bajo las hipótesis previstas por los delitos de reducción o mantenimiento a esclavitud y trata de personas, establecidos por los artículos 600 y 601 del Código. Sin embargo, el artículo 600 requiere que la víctima sea reducida o mantenida en estado de sumisión continuada, mientras que el artículo 601, que presume el mismo sometimiento permanente, exige que el sujeto pasivo de la acción sea reclutado o introducido en territorio del Estado con el fin adicional de la inducción o la coacción de este para el desempeño —*inter alia*— de prestaciones de trabajo (Gianfrotta, 2017, p. 6). Por consiguiente, a pesar de la referencia a

20 Por parte de la Ley 196/1997.

21 A través de las Leyes 30 y 276 de 2003.

la realización de actividades laborales, en ausencia de tales elementos peculiares, resultaba imposible la aplicación de las normas citadas, y esto ocasionaba la impunidad de muchos acontecimientos de *caporalato* (Gianfrotta, 2017, p. 6) y, ciertamente, de las conductas que hemos clasificado como “grises” (Giuliani, 2015, p. 118).

Un verdadero cambio de rumbo se produjo, por fin, en 2011, cuando la Ley N.º 138 introdujo en el Código Penal el artículo 603 *bis* que pone en el centro la dignidad del trabajador, otorgándole, por primera vez, tutela penal plena y directa (Fiore, 2014, p. 871), es decir, ya no a través de la intermediación de normas de procedencia laboral (Merlo, 2019, p. 9). El legislador tomaba en definitiva conciencia de que los hechos de *caporalato* resultaban idóneos para atentar contra la dignidad humana y, entonces, ofendían al conjunto de libertades en las que se expresa la persona humana hasta convertirlo en una *res*. La lucha contra la reificación, por lo tanto, encontraba plenamente asilo en el ámbito penal.

En su redacción original, el delito penado por el artículo 603 *bis* estaba constituido por tres elementos: la subsistencia de una actividad organizada de intermediación en el reclutamiento de mano de obra o en la organización del trabajo de esta en condiciones de explotación; una conducta caracterizada por violencia o intimidación; y, por último, el aprovechamiento del estado de necesidad del trabajador (Gianfrotta, 2017, pp. 8-9).

A pesar de la relevancia simbólica de la inserción, en el ordenamiento, de un delito *ad hoc* consagrado al combate a la “intermediación ilícita y a la explotación del trabajo”, dentro de muy poco tiempo se puso de manifiesto que se trataba, una vez más, de una medida inadecuada con respecto al fin perseguido. En los primeros cinco años de vigencia, el delito encontró una aplicación jurisprudencial prácticamente intrascendente,²² dato que ponía de manifiesto su ineficacia estructural y operativa (Merlo, 2019, p. 9). La doctrina identificó como primer motivo del fracaso aplicativo de la sanción

22 En todo el país se registró la puesta en marcha de solo 34 juicios.

la dificultad probatoria de demostrar que la actividad de reclutamiento se desarrollara de forma organizada (Merlo, 2019, p. 9).²³ Con todo, la responsabilidad central se imputa al haber circunscrito el ámbito de los sujetos activos solo al caporal, sin incluir al empleador, utilizador final del trabajador sumiso y, entonces, *dominus* del supuesto de explotación (Di Martino, 2015, p. 109) al que, como mucho, se le podía asignar una responsabilidad por concurso en el delito,²⁴ con innegables complejidades adicionales de carácter probatorio (Merlo, 2019, p. 10). Tal estrategia sistémica, en todo caso, no subsanaba el “vacío de tutela” determinado por una redacción falaz del tipo penal que, erróneamente, describía al *caporalato* como fenómeno bilateral y que, por consiguiente, dejaba en cualquier caso impune al empleador que reclutaba directamente a sus trabajadores sometiéndolos o a través de un intermediario que desempeñaba legalmente su tarea (Di Martino, 2015, p. 110).

La abierta contradicción entre la magnitud del fenómeno²⁵ y la insuficiente represión obligó al vencimiento del lustro, a la revisión del artículo 603 *bis*.

3.1. La actual formulación del delito de “intermediación ilícita y explotación del trabajo”, los instrumentos relacionados directamente al ámbito empresarial y sus posibles nuevas aplicaciones

Con el objetivo de vencer los obstáculos aplicativos del delito que nos ocupa, con la Ley N.º 199/2016, el legislador ha rediseñado la norma, aportando cambios significativos (Tomasinelli, 2019, p. 1).

En su nueva formulación, el artículo 603 *bis* contempla dos conductas. A pesar de que la rúbrica haya permanecido inalterada, en efecto, en su seno

23 Al respecto, véase también Tordini Cagli (2017).

24 De conformidad con el artículo 110 del Código Penal.

25 Así como señalado por los reportes, pero también por las noticias que dejaban constancia de fallecimientos provocados, literalmente, por la fatiga. Al respecto, véase Nadotti (2019).

la conjunción “y” ya no tiene la función copulativa de juntar, en una endiádis, a los términos “intermediación” y “explotación” y, entonces, representar a un único tipo delictivo que derivaba de la fusión y coexistencia de ambas acciones, sino coordina la titulación de dos diferentes delitos (Merlo, 2019, p. 11). Después del año 2016 comete delito quien, aprovechando del estado de necesidad del trabajador, lo recluta para destinarlo a un empleo bajo condiciones de explotación o, alternativamente, quien, con idéntico aprovechamiento, lo somete a las mismas condiciones y se beneficia de su rendimiento laboral. Se trata de una “norma mixta acumulativa” y, entonces, el sujeto responderá una sola vez por el delito, aunque cometa más conductas penadas (Basile, 2020, *passim*).

La decisión de eliminar la irracionalidad de la anterior previsión que dejaba impune al utilizador final, el empleador, otra cara de la fenomenología típica de la explotación del trabajador en el *caporalato*, se deriva de la voluntad de ampliar el ámbito de aplicación del delito a todos los sectores productivos, o sea, a todos los supuestos de explotación de sujetos en estado de necesidad, independientemente de la subsistencia de una intermediación y de una completa subyugación (Merlo, 2019, p. 12).

Contraprueba de dicho planteamiento resulta ser la integral reprogramación del sistema sancionador en la nueva formulación del delito. De hecho, el tipo base, que ahora prevé una pena más leve,²⁶ prescinde de eventuales actos de violencia, amenaza o intimidación contra el trabajador que, en el texto anterior, eran elementos constitutivos del tipo (Merlo, 2019, p. 12).

Se ha dispuesto, además, que cuando las conductas se pongan en práctica por medio de violencia o amenaza,²⁷ se aplicará la circunstancia especial, establecida por el apartado 2, con arreglo a la cual se sancionará con una

26 En la formulación de 2011 se preveía la pena de la reclusión de 5 a 8 años junto con una multa de entre 1000 y 2000 euros por cada trabajador reclutado. Actualmente, el tipo base prevé la pena de la reclusión de 1 a 6 años junto con una multa de entre 500 y 1000 euros por cada trabajador reclutado.

27 Ya no se incluye la “intimidación”.

pena de reclusión entre 5 y 10 años junto con una multa entre 1000 y 2000 euros por cada trabajador reclutado (Merlo, 2019, p. 12). La pena será agravada aún más si el hecho delictivo concierne a más de tres personas, involucra a menores o exponga a los trabajadores a grave peligro²⁸ (Merlo, 2019, p.12). En un escenario penal general orientado a la intensificación sancionadora *tout court*, semejante graduación parece sorprendentemente respetuosa del principio de proporcionalidad al calibrar la sanción al desvalor efectivo del acontecimiento (Merlo, 2016, pp. 1427 y ss.).

Se trata, entonces, de un crimen “eventualmente habitual”, pudiendo ser integrado incluso por una sola acción de intermediación o explotación. Desaparece, efectivamente, el requisito de la estructura organizada que, como se ha indicado, había provocado la falta de éxito de la aplicación de la anterior forma del delito. Dicha elección político-criminal, junto con la ya citada remoción —del tipo base— de la connotación del uso de la violencia o amenaza y la autónoma incriminación de la sola explotación, sin duda facilita la carga probatoria; por otro lado, en opinión de algunos comentaristas, empobrecería la tipificación por lo que concierne a la vertiente de lesividad.²⁹ Según esta línea interpretativa, asimismo, la decisión de colocar el delito, sistemáticamente, entre los tipos puestos a protección de la “personalidad individual”, empeora las cosas. La “dignidad humana”, bien jurídico tutelado por el artículo 603 *bis* C.P., es, de hecho, considerada por la doctrina una especie de *deus ex machina* que justifica cualquier incriminación (Fiandaca, 2007, p. 588). Por ende, debido a su vaguedad, es idóneo subsumir una serie de acontecimientos, también muy distintos entre sí, y, así, sería una categoría a emplear solo en casos límites, es decir, únicamente cuando se manifieste una lesión tan macroscópica de los derechos fundamentales de la persona que no permita otra opción que recurrir al uso de un “bien supremo” como el que está aquí en cuestión (Tomasinelli, 2019, p. 11).³⁰ La misma corriente señala que habría sido más oportuno tomar

28 Se prevé el incremento de la pena base de 1/3 a 1/2.

29 En este sentido, véase De Rubeis (2017).

30 Véase también Hassemmer (2007).

en consideración a otros bienes jurídicos como, por ejemplo, aquellos de la vida, la incolumidad personal, la salud y la libertad personal (De Rubeis, 2017, p. 230) para evitar que se sancionen conductas ocasionales y, en general, de escasa relevancia penal.

Meritorio resulta, para evitar incertidumbres interpretativas, el recurso a la técnica de la enumeración de los indicadores de la explotación laboral. Constituyen muestras indicadoras de abuso, así como lo indica el ap. 3 del artículo 603 *bis* C.P., el pago sistemático de salarios no correspondientes a los contratos colectivos, el incumplimiento de la “normativa antiaccidentes” y de las normas relativas a la jornada laboral y a los descansos obligatorios y, por último, el sometimiento del trabajador a condiciones de trabajo, métodos de vigilancia o a condiciones de alojamiento degradantes. Sin embargo, habida cuenta de que no cualquier incumplimiento de carácter formal de la normativa laboral que subyace a los índices integra una situación de explotación, es imprescindible que, para que no se “aplaste” del todo el paradigma necesario de la lesividad, se consideren solo aquellas infracciones idóneas para afectar los derechos personales fundamentales del trabajador (Tomasinelli, 2019, p. 4). Son, entonces, estos índices a constituir el contrapeso a la temida deriva en lo que se refiere a la lesividad, por cierto, en paralelo con la ya examinada progresividad sancionadora.

Menos compartible parece la elección de reiterar la utilización del “estado de necesidad” como presupuesto del aprovechamiento. Habría sido más oportuno referirse a la “vulnerabilidad”, concepto más amplio, por lo demás conforme a la normativa de la Unión Europea en materia (por ejemplo, Decisión Marco N.º 2002/629/JAI)³¹ (Genovese, 2018, p.). Resulta evidente, finalmente, que dicho estado de necesidad desempeñe un papel preponderante en la detección del elemento psicológico, debido a que se requiere que el aprovechamiento sea acompañado por la conciencia y vo-

31 Véase, por ejemplo, el artículo 1, letra c) de la Decisión Marco N.º 2002/629/JAI, que define la “situación de vulnerabilidad” como aquella en la que “la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso”.

luntad de beneficiarse de la debilidad material o moral del sujeto pasivo (Di Donna, 2017, p. 59).

El delito, además, va acompañado por ulteriores disposiciones que se caracterizan por un claro propósito de prevención.

Siguiendo un camino ya experimentado en el marco, entre todos, de la criminalidad organizada, el legislador introdujo, en el artículo 603 *bis* 1 C.P., una nueva circunstancia atenuante que establece la reducción de la pena de 1/3 a 2/3 para quien preste declaraciones que permitan evitar que la actividad delictiva llegue a consecuencias ulteriores o, alternativamente, colabore con la autoridad en la búsqueda de pruebas o en la captura de los copartícipes, así como en el decomiso de los productos del delito ya transferidos. Se trata de la concreción de una estrategia que, por medio de mecanismos premiales, intenta romper los vínculos de solidaridad típicos de contextos criminales como el que comentamos (Merlo, 2019, p. 13).

Siempre la Ley N.º 199/2016 prevé la medida del decomiso obligatorio de los instrumentos y de las ganancias del delito, la inserción del tipo entre los “delitos presupuestos” para la responsabilidad “penal” de la persona jurídica así como regulada por el Decreto Legislativo N.º 231/2001 y, por último, el artículo 3 introduce el novedoso instrumento del “control judicial”, en alternativa al decomiso, si la actividad empresarial puede verse interrumpida y esto pueda ocasionar un impacto negativo en los niveles de empleo o para el valor económico del complejo empresarial.

En último lugar, también en ese caso, con el fin de proceder a una rehabilitación de la empresa por medio de medidas patrimoniales terapéuticas y no de embargo, la reforma, de 2017, del “Código Antimafia”, ha añadido el artículo 603 *bis* entre los “delitos-catálogo” para los cuales puede activarse la administración judicial que se substancia, en el presente supuesto, en un —al menos— parcial desposeimiento de la gestión con el fin de remover las situaciones “de hecho y de derecho” que determinaron la aplicación del instrumento *de quo* (Merlo, 2019, p. 14).

Ahora bien, en materia de combate a la explotación en el entorno empresarial, el arsenal resulta bien surtido y el juez, no existiendo criterios de prevalencia o de conexión, tendrá que emplearlos con base en las condiciones aplicativas y, sobre todo, en el supuesto concreto: se utilizará el Decreto Legislativo N.º 231/2001 si el delito es perpetrado por un gerente o un empleado en el interés de la empresa; se elegirá el control judicial previsto por el artículo 3 de la Ley 199 de 2016 si el delito es cometido dentro de la empresa; se optará por la administración judicial establecida por artículo 34 del “Código Antimafia” si la empresa ha actuado facilitando personas sospechosas de haber desempeñado actividades de intermediación y explotación (Merlo, 2019, p. 14).

Antes de que nos adentremos en el análisis del asunto judicial que ha inspirado esta contribución, parece oportuno testear la solidez del arquetipo del tipo y, en particular, de sus elementos a la luz de las peculiaridades del caso de los *riders*, habida cuenta de que la persecución del crimen tendrá que lidiar con los sistemas propios del *caporalato* digital. Tal examen resulta, por lo demás, necesario en cuanto presupuesto de la aplicación de los instrumentos remediales relacionados que, como se verá, han sido aplicados en el caso judicial en análisis.

Con respecto al primer indicador, el contrato colectivo de referencia para los *riders* resulta ser aquel dedicado a la “logística, transporte de carga y envíos”. Sin embargo, los parámetros salariales indicados por el acuerdo sindical solo podrán emplearse si los trabajadores han sido contratados como asalariados (Barberio y Camurri, 2020, p. 5). Descartada esta hipótesis, de todos modos, a rigor del “Estatuto de los *riders*”, dichos trabajadores no podrían ser retribuidos a partir de las entregas realizadas y tendrían que ser garantizados a ellos pagos por hora mínimos e indemnizaciones integrativas para el trabajo nocturno, durante los festivos o en condiciones meteorológicas adversas (Barberio y Camurri, 2020, p. 6). La realidad delata un escenario bien distinto. En la gran mayoría de los casos, de hecho, los *riders* trabajan a destajo y la retribución no tiene mínimamente en cuenta cómo y cuándo la prestación se lleve a cabo.

Del mismo modo, no resulta difícil detectar, por lo general, en el día a día del trabajo desempeñado por los *riders*, la subsistencia de los demás índices reveladores establecidos por el ap. 3 del artículo 603 *bis* C.P.

Los *riders*, en estado de necesidad, aceptan turnos de trabajo extenuantes que no toman en cuenta los tiempos de descansos psico-físicos, la normativa en materia de jornada laboral y también el modernísimo “derecho a la desconexión”, todos estos elementos que indican la subsistencia del segundo de los criterios indicados por el legislador (Barberio y Camurri, 2020, p. 5).³²

Además, para efectuar el mayor número posible de entregas, los *riders* realizan sus prestaciones infringiendo, muy a menudo, la ley de tránsito y, como he señalado, bajo cualquier condición meteorológica, claramente exponiéndose al riesgo de accidentes (Barberio y Camurri, 2020, p. 6). En particular, por lo que respecta al tercer indicador, la despersionalización del empleador y, en general, su identificación en concreto, dificulta atribuir a un sujeto o a un ente determinado las obligaciones procedentes de la normativa en tema de seguridad y salud en el trabajo (Barberio y Camurri, 2020, p. 6).

Por último, parecería poderse configurar también el índice previsto en el N.º 4 del ap. 3 del artículo 603 *bis*, no solo porque, de lo ya subrayado, se desprende una condición claramente degradante de trabajo, sino aun porque el control operado por medio de las plataformas resulta invasivo, generalizado y continuo (Barberio y Camurri, 2020, p. 7).

Ahora bien, del análisis desarrollado podría concluirse que, si bien se puede abrazar la causa de quien sugiere una revisión del tipo base que reincorpore, entre los elementos del delito, al requisito de la estructura organizada que, además de ser elemento clave del fenómeno del *caporalato*, también “digital”, dota de lesividad a la acción, la nueva formulación tiene el mérito de hacer posible el enjuiciamiento de los hechos de intermediación ilícita y ex-

32 En relación con el concepto de “trabajo decente”, en la época contemporánea, véase OIT (Organización Internacional del Trabajo), “Trabajo decente”.

plotación que, tal como se han descrito, sin duda afectan la dignidad humana del trabajador y que, en la transición del substrato rural a las plataformas digitales, no parecen menos ofensivas (Barberio y Camurri, 2020, p. 7).

4. El caso: la administración judicial de “Uber Italy S.R.L.”

El 27 de mayo de 2020 el Tribunal de Milán, “Sección medidas de prevención”, aplicaba a la sociedad “Uber Italy S.R.L.” la administración judicial, regulada por el artículo 34, ap. 1, del “Código Antimafia”.

El citado instituto se inscribe dentro de los nuevos instrumentos de rehabilitación empresarial que, abandonando la idea de que solo la ablación patrimonial y su absorción al patrimonio estatal, por medio del decomiso, sea la modalidad adecuada de intervención contra las infiltraciones criminales en la economía, permiten flexibilizar la respuesta del sistema jurídico experimentando formas inéditas de colaboración entre público y privado. Las citadas medidas están dirigidas a la recuperación de las empresas sin impedir la prosecución de las actividades económicas (Quattrocchi, 2020, p. 2). Dichas herramientas, por lo demás, ofrecen la oportunidad de intervenir de manera más proporcional y, así, más eficiente y eficaz, con evidente mayor consideración de los derechos fundamentales, constitucional y convencionalmente reconocidos y, *primi inter pares*, aquellos de propiedad y de iniciativa económica³³ (Balsamo y Mattarella, 2018, pp. 41 y ss.). Tal perspectiva resulta coherente con la evolución garantista, de procedencia jurisprudencial,³⁴ de las medidas de prevención patrimonial que, en la actualidad, si bien de carácter preventivo,³⁵ deben cumplir con los requisitos de tipicidad, taxatividad,³⁶ proporcionalidad y aplicarse de acuerdo con las

33 Artículos 41 y 42 de la Constitución italiana.

34 Nos referimos a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos N.º 69, del 3 de marzo de 2017; a las sentencias NN.º 40076/2017 y 111/2018 de la Corte de Casación italiana y a la sentencia N.º 24/2020 de la Corte Constitucional italiana.

35 Y no represiva como las disposiciones penales.

36 Previsibilidad, según la jurisprudencia europea.

normas procedimentales y probatorias que garanticen el contradictorio y, en general, la defensa (Menditto, 2020, p. 7).

Pasando al examen concreto de la resolución, vemos cómo el Tribunal, al considerar existentes “suficientes indicios” acerca de la subsistencia del “delito catálogo” de “intermediación ilícita y explotación”, justifica la aplicación de la medida de prevención en objeto destacando, uno por uno, los presupuestos de esta en el caso concreto. Sin embargo, debido al foco de nuestra disertación, antes de indicar los puntos más relevantes relativos a los elementos presupuestos para la imposición de la medida, vamos a analizar cómo los jueces milaneses han abordado el tema del *caporalato* “digital”.

Valorando un amplio compendio investigativo,³⁷ el Tribunal ha considerado subsistentes evidencias circunstanciales para comprobar una actividad de facilitación desempeñada por “Uber Italy S.R.L.” respecto al delito sancionado por el artículo 603 *bis* C.P. cumplido por los acusados, o sea, por cinco *managers* de la misma sociedad, encargados, según la Uber Poitier B.V.,³⁸ de ser gerentes de los *riders* en el territorio nacional, y por las sociedades “Flash Road City” y “FRC S.R.L.” que se ocupaban de la selección, reclutamiento y gestión de las “flotas de *riders*” y estaban vinculadas con la citada sociedad de *delivery* por medio de “contratos de prestación tecnológica”.³⁹

Las investigaciones, así como trasfundidas en el procedimiento de prevención en examen, permitían al Tribunal verificar que existía una estructura organizativa ilícita, tanto en la relación con los trabajadores, nunca realmente contratados, como con un gran grupo de repartidores que llevaban a

37 Que consta de múltiples y convergentes declaraciones de los trabajadores, interceptaciones telefónicas y ambientales, investigaciones bancarias, etcétera, también procedentes del juicio penal “genético”.

38 Página 56 del decreto en análisis. La “Uber Poitier B.V.” parecería “sociedad matriz”. Sin embargo, uno de los fines de la medida en examen es aclarar las relaciones internas al grupo social.

39 Página 6 del decreto en análisis.

cabo las entregas por cuenta de “Uber Italy S.R.L.”⁴⁰, y —entonces— que, por medio de la intermediación ilícita, cumplida por los sospechosos ya mencionados, se habían reducido enormemente los costes laborales, en perjuicio de los *riders*.⁴¹ De hecho, se aclara, ante todo, que no corresponde a la realidad la narración que ve Uber como una plataforma digital informal donde la demanda —del consumidor— y la oferta —de los restaurantes— se encuentran y “comunican” por medio del *rider*, formalmente trabajador ocasional que no tiene ninguna relación con el operador económico (Quattrocchi, 2020, p. 6).

La “Sección medidas de prevenciones”, en función de juez de prevención, ha efectuado una evaluación autónoma de los indicios,⁴² detectando tanto la explotación laboral como el aprovechamiento del estado de necesidad de los trabajadores.

Particularmente notable es, en confrontación con una, aunque exigua, jurisprudencia en materia, “aplastada” sobre los índices contenidos en el ap. 3 del artículo en comentario (Merlo, 2020, p. 5), la lectura trasversal que se propone de los mismos indicadores, la cual toma en cuenta la peculiaridad del fenómeno examinado.

Se reconstruyen, detenidamente, el nexo entre intermediario y utilizador, el número de trabajadores reclutados, las reales condiciones de trabajo, los métodos de control y el impago de los impuestos de previsión, estos últimos retenidos del sueldo, pero no certificados ni pagados al Estado (Menditto, 2020, p. 8). Pese a una aparente legalidad, el Tribunal ha comprobado que los *riders* tenían una escasa autonomía en la elección de los horarios de trabajo, debido a que se requería la disponibilidad en determinadas franjas,

40 En detalle, las entregas se llevaban a cabo según dos modalidades distintas. Algunos *riders* trabajaban directamente para la sociedad de *delivery*, mientras que otros tenían un contrato de colaboración, nunca entregado a los empleados, con sociedades denominadas *fleet-parteners*, a las cuales “Uber Italy S.R.L.” se había dirigido, al menos oficialmente, para que se ocuparan del reclutamiento y de la gestión de las “flotas de *riders*”.

41 Páginas 4 y ss. del decreto en análisis.

42 Que se definen “claros, precisos y concordantes” en el mismo decreto.

y un compromiso total, habida cuenta de que se ofrecía la dedicación completa de los repartidores a algunos restaurantes.⁴³ Entonces el trabajo, siempre más intenso y frenético con evidente incumplimiento de la normativa en materia de jornada laboral y de descansos obligatorios, pero también de las normas dedicadas a la seguridad en el trabajo, se desempeñaba en claro contraste con cualquier elemento previsto por la forma contractual oficial que, en cambio, se caracteriza por la absoluta libertad del colaborador respecto a los tiempos y las modalidades de las prestaciones (Merlo, 2020, p. 4). Además, resulta que los trabajadores percibían retribuciones a destajo (3 euros por entrega), prescindiendo de cualquier variable (distancia, tiempo empleado, horario nocturno, festivos, condiciones climáticas, etcétera), en plena infracción de toda la disciplina examinada y, de hecho, que se haya ido construyendo una forma laboral nueva, de “trabajo dependiente alterado”. Por otra parte, cabía un ulterior recorte del sueldo (50 centavos por entrega) en caso de no aceptación de entregas superiores al 95 % y cancelaciones superiores al 5 % (Quattrocchi, 2020, p. 5), y práctica común resultaba el no abono de las propinas. Por último, la petición de un número de prestaciones no compatibles con la tutela de las condiciones psico-físicas del trabajador, con contextual amenaza de desactivación del *account* y, por ende, de no poder seguir trabajando, a la par del uso de un mecanismo rutinario de *malus*, advierten del sometimiento del trabajador a condiciones de trabajo y métodos de vigilancia degradantes.

Sin embargo, junto con una reconstrucción interlocutoria de los índices que mide una apreciable autonomía motivacional (Quattrocchi, 2020, p. 10), el rasgo peculiar de la resolución corresponde a la exaltación del olvidado requisito del aprovechamiento del estado de necesidad. Esta característica modal, efectivamente, había sido fagocitada por un impropio automatismo presuntivo (Padovani, 2016, p. 50) con base en el cual el estado de necesidad resultaría de por sí cada vez que el trabajador aceptara condiciones de trabajo por debajo de los estándares (Merlo, 2020, p. 5). En el decreto en examen, al contrario, los jueces atribuyen un peso mayor a dicho requisito,

43 Página 4 Decreto.

argumentado que la situación de aislamiento social ha contribuido decisivamente en la explotación debido a que, por tratarse de mano de obra com-puesta principalmente por solicitantes de asilo, su vulnerabilidad ha sido útil instrumento para imponer condiciones de contratación y de trabajo abusivas (Merlo, 2020, p. 5).

Finalmente, en lo relativo a la aplicación de la medida, los jueces afirman, en extrema síntesis, que haber desenmarañado el nudo acerca de la sub-sistencia de indicios sobre el delito presupuesto permite evaluar, desde la perspectiva objetiva, que la sociedad “Uber Italy S.R.L.” puso en marcha una actividad de facilitación de la conducta delictiva cumplida por sujetos terceros, aunque funcionalmente vinculados, y que, desde el punto de vista subjetivo, podía detectarse una omisión de control por parte de la sociedad o de grave deficiencia organizativa sobre los sujetos sospechosos que gestio-naban a los *riders*.⁴⁴ Resultarían, por eso, demostrados los elementos de la facilitación, de la autonomía entre facilitador y facilitado⁴⁵ y, finalmente, la culpabilidad.⁴⁶

Limitándonos a señalar el punto de principal criticidad, sí resulta compro-bado que “Uber Italy S.R.L.” gestionaba directamente a los *riders*; tanto es así que, por ejemplo, indicaba las franjas horarias,⁴⁷ era la única con poder para sancionar mediante la suspensión del *account* también a los trabaja-dores de las otras sociedades implicadas⁴⁸ o, aún más relevante, ve a sus *managers* entre los sospechosos,⁴⁹ cuestionable parece la reconstrucción en términos de autonomía entre facilitador y facilitados, puesto que no consta

44 Página 57 del decreto en análisis.

45 Se trata de un requisito absolutamente necesario porque, si se demuestra que el faci-litado sea, en realidad, un “testaferro”, los bienes que el facilitador posee —directa o indirectamente— deberían someterse a decomiso de prevención.

46 También la culpabilidad es requisito esencial debido a que, aun se trate de una medida de prevención, ella resulta idónea para afectar el fundamental derecho a la iniciativa económica, tutelado por el artículo 41 de la Constitución italiana.

47 Página 14 del decreto en análisis.

48 Páginas 40 y 41 del decreto en análisis.

49 Página 56 del decreto en análisis.

el requisito de “ejercicio del poder organizativo y directivo con respecto a los empleados”, propio del contrato de prestación de servicios del que el “contrato de prestación tecnológica” parece derivar (Barberio y Camurri, 2020, p. 9). Así que, desvelándose una interposición ficticia, derivada de la amasadura de intereses entre la actividad de “Uber Italy S.R.L.” y la explotación de trabajadores, actualmente atribuida a las sociedades “Flash Road City” y “FRC S.R.L.”, que entonces habrían realizado un mero suministro de mano de obra, desfallece uno de los requisitos que han llevado a la aplicación de la administración judicial (Barberio y Camurri, 2020, p. 19).

Independientemente de intrincadas cuestiones de estructura social de la denominada “galaxia Uber”, de cuyo esclarecimiento tendrá que ocuparse el administrador designado,⁵⁰ y que ponen dudas en cuanto a la viabilidad de la aplicación de la normativa sobre la responsabilidad de la entidad jurídica y, por lo tanto, de la subsistencia del elemento subjetivo,⁵¹ el mérito del procedimiento ha consistido en revelar nuevos escenarios de explotación del trabajo en el marco digital, entorno este aún poco tutelado tanto por la legislación laboral cuanto por el ámbito de la prevención en materia penal.

5. Conclusiones

Si bien el “principio laboral”, así como generado por el artículo 1 de la Constitución italiana,⁵² constituye uno de los cinco pilares⁵³ sobre los cua-

50 Que tiene un año para examinar: la organización social del grupo Uber con el objetivo de verificar su sistema de *compliance* (artículo 6 del Decreto Legislativo N.º 231/2001) y evaluar la capacidad del modelo organizativo y de gestión de prevenir delitos de la misma especie de aquel que se registró; analizar las posiciones personales de los *managers* implicados en el juicio penal; evaluar los contratos vigentes y su conformidad con las normas de mercado en materia; verificar la existencia de otras formas de explotación de los trabajadores.

51 Si la sociedad “Uber Italy S.R.L.”, así como se lee en el decreto, es “controlada”, no se le puede atribuir responsabilidad por “omisión de control” y “grave déficit de organización”.

52 Con base en el que “Italia es una República democrática fundada en el trabajo”.

53 Los demás principios son: el principio democrático (artículo 1 de la Constitución); el

les se sostiene el edificio constitucional, la tutela penal de su ejercicio, en los supuestos de explotación, ha tardado en materializarse y todavía hoy no resulta realmente capaz de hacer oír su voz.

Por lo que respecta a la nueva formulación del artículo 603 *bis* C.P., cabe subrayar que su “simplificación”, así como destacado por un reciente pronunciamiento de la casación,⁵⁴ está destinada a compensar la falta de un sistema represivo de las distorsiones del mercado del trabajo y, en definitiva, está concebido para sancionar las actuaciones que no se reducen a la mera infracción de las normas de derecho laboral (en particular el artículo 18 del D.lgs. N.º 276/2003) pero que no llegan a las alturas de la reducción a la esclavitud.

Sin embargo, a la luz del examen del caso del *caporalato* digital, es indiscutible que el fenómeno, también en sus formas “grises”, no prescinde del requisito de la estructura organizada, elemento clave que caracteriza su sistemática. La reintroducción del citado elemento en el tipo base no solo sería coherente con su encuadramiento entre las gradaciones de la explotación laboral, sino dotaría de lesividad a las conductas. Efectivamente, la organización de personas y medios, el establecimiento de estructuras y de relaciones interpersonales, así como ocurre en los tipos asociativos, sería indudable manifestación objetivamente estimable del propósito criminal. Cuando existe una estructura organizada, subsiste un programa criminal, predispuesto y rutinario. En dicho contexto, el desvalor se enlaza no a la acción delictiva particular sino a la programación que constituye un medio a través del que se realiza dicho programa. Tal ajuste podría remediar la criticidad debida a la señalada vaguedad del bien jurídico “dignidad humana” que, en todo caso, parece el más adecuado en relación con la gravedad de este tipo de explotación laboral, como se ha descrito en las páginas anteriores.

principio personalista (artículos 2 y 3 de la Constitución); el principio pluralista (artículo 2); el principio internacionalista y supranacional (artículos 10 y 11). Al respecto, véase Mortati 1975).

54 Casación Penal, Sección N.º IV, sentencia N.º 5081/2019.

En cualquier caso, el mérito de la resolución ha sido verificar la capacidad de las disposiciones contenidas al artículo 603 *bis* C.P., de sancionar las más modernas caras de la explotación laboral y, así, de desvelar nuevas formas de aprovechamiento que se desempeñan por medio del canal digital (Barberio y Camurri, 2020, p. 20).

En efecto, los jueces milaneses han interpretado evolutivamente los preceptos englobando, en su interior, la subyugación en los tiempos de la *gig economy*, y han demostrado una sensibilidad consciente para lograr encuadrar inéditas modalidades de explotación, en un contexto de tumultuosa evolución, caracterizado por el empleo de tecnología e internet en la creación de nuevos entornos laborales, difíciles de enmarcar en las categorías tradicionales (Quattrocchi, 2020, p. 11).

Además, con independencia de las reservas acerca de la aplicabilidad, en el caso analizado, de la disciplina del artículo 34 del “Código Antimafia”, en razón de la reconstrucción de los hechos efectuada por la misma Sección, se acoge con satisfacción la aplicación de instrumentos que, aun originariamente formulados por frenar el avance de la criminalidad organizada, parecen útiles para enfrentar también a las denominadas “criminalidades de ganancia” (Menditto, 2020, p. 9) que, por medio de una adecuada graduación permiten, con arreglo al principio de proporcionalidad, balancear los intereses implicados y consentir la rehabilitación de la empresa y su reentrada en el marco de la economía legal.

Confemos en que sea solo el comienzo.

Referencias

- Amnesty International. (2012). *Volevamo braccia e sono arrivati uomini. Sfruttamento lavorativo dei braccianti agricoli migrati in Italia*.
- Balsamo, A. y Mattarella, P. (2018). Codice antimafia (reforma del). En *Dig.disc. pen.*, X, 41 y ss.
- Barberio, M. y Camurri, V. (2020). L'amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione. En *GPWeb*, 7-8.
- Basile, G. (2020, 21 de junio). Rider e caporalato: la vicenda di Uber Eats Italy. En *SalvisJuribus*.
- Bin, L. (2020, 10 de marzo). Problemi "interni" e problemi "esterni" del reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro (artículo 603 bis c.p.), en *LP*.
- Brambilla, P. (2017). "Caporalato tradizionale" e "nuovo caporalato": recenti riforme a contrasto del fenómeno. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, I-II, 188-222.
- Carchedi, F., Dolente, F., Bianchini, T. y Marsden, A. (2007). La tratta di persone a scopo di grave sfruttamento lavorativo. En F. Carchedi e I. Orfano (dirs.), *La tratta di persone in Italia, evoluzione del fenomeno ed ambiti di sfruttamento* (pp. 126-215). Franco Angeli.
- Chiaromonte, W. (2018). "Cercavamo braccia, sono arrivati uomini". Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela. *GLRI*, pp. 321-356.
- Coin, F. (2017). *Salari rubati. Economia politica e conflitto ai tempi del lavoro gratuito*. Ombre Corte.
- De Rubeis (2017). Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. *DPC*, N.º 4.

- De Sanctis, G. (2018). Caporalato e sfruttamento di lavoro: Politiche criminali in tema di protezione del lavoratore. Pregi e limiti dell'attuale disciplina – I parte. En *Responsabilità civile e previdenza, Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, 83(5), 1759-1782.
- Di Donna, M. (2017). Il nuovo “caporalato” ex art. 603 bis c.p. tra rafforzamento della protezione penale ed esigenze di garanzia del datore di lavoro. *Il diritto dei lavori*, anno XI, N.° 1, marzo.
- Di Martino, A. (2015). “Caporalato” e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata. *DPC*, II, 106 y ss.
- Fiandaca, G. (2007). Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo. *Riv. Ita. Dir. Proc. Pen.*, 2-3, 546-562.
- Fiore, S. (2014). (Dignità degli) Uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitti di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. En *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, 888 y ss.
- Garofalo, D. (2018). Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura). *RDSS*, II, pp. 229-263.
- Genovese, D. (2018). Nessuno più al mondo deve essere sfruttato: nuovi strumenti per una vecchia utopia. *LP* 3.
- Gianfrotta, F. (2017). Intermediazione e sfruttamento del lavoro: luci e ombre di una riforma necessaria. Come cambia la tutela penale dopo l'approvazione della legge n. 199/2016. *QG*, 1 de marzo.
- Giuliani, A. (2015). *I reati in materia di “caporalato”, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*. Padova University Press.
- Hassemer, W. (2007). Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana. *Ars interpretandi*, N.° 12, pp. 57-70.

- Leongrande, A. (2016). *Uomini e caporali. Viaggio tra i nuovi schiavi nelle campagne del Sud*. Feltrinelli.
- Mancini, D. (2017). Il contrasto penale allo sfruttamento lavorativo: dalle origini al nuovo art. 603 bis c.p. *Altalex*.
- Medici per i diritti umani – MEDU (2019). *La cattiva stagione*.
- Menditto, F. (2020). La nuova frontiera della bonifica delle aziende coinvolte in contesti illeciti: l'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.l.gs. n. 159/2011). *QG*, 20 de junio.
- Merlo, A. (2016). Considerazioni sul principio di proporzionalità in materia penale. *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1427 y ss.
- Merlo, A. (2019). Il contrasto al “caporalato grigio” tra prevenzione e repressione. *DPC*, 6, 171-188.
- Merlo, A. (2020). Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il “caporalato digitale”. *SP*.
- Miscione, M. (2017). Caporalato e sfruttamento del lavoro. *LG*, II, pp. 113-118.
- Morgante, G. (2018). Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche. *GI*, fasc. VII, pp. 1704-1709.
- Mortati, C (1975). Art. 1.- Principi Fondamentali artt. 1-12. En G. Branca (dir), *Commentario alla Costituzione* (pp. 1 y ss). Zanichelli.
- Nadotti, C. (2019, 28 de marzo). La denuncia della ong: “Per la fatica morti oltre 1500 migranti in sei anni nei campi italiani”. *Repubblica.it*.
- Nazzaro, U. (2017). Misure di contrasto al fenomeno del caporalato: il nuovo art. 603-bis c.p. e l'ardua compatibilità tra le strategie di emersione del lavoro sommerso e le politiche migratorie dell'esclusione. *CP*, VII-VIII, pp. 2617-2630.

- O'Connor, S. (2016, 8 de septiembre). When your boss is an algorithm. *Financial Times*.
- Osservatorio Placido Rizzotto – FLAI-CGIL. (2016). *Agromafie e caporalato. Quarto Rapporto*.
- Padovani, T. (2016, 21 de noviembre). Necessario un nuovo intervento per superare i difetti. *Quot. Dir.*
- Quattrocchi, A. (2020). Le nuove manifestazioni della prevenzione patrimoniale: amministrazione giudiziaria e contrasto al “caporalato” nel caso Uber. *GPWeb*, 6.
- Rotolo, G. (2018). Dignità del lavoratore e controllo del “caporalato”. *DPC*, fasc. VI, pp. 811-82.
- Savaglio, E. (2017). Agromafie e caporalato: un approccio económico. En F. Di Marzio, *Agricoltura senza caporalato* (pp. 101 y ss.). Donzelli Editore.
- Scarcella, A. (2017). Il legislatore interviene nuovamente sul fenomeno del “caporalato”: ultimo atto? *DPC*, fasc. VII, pp. 855-862.
- Sentencia N.º 1663/2020 de la Corte de Casación.
- Tomasinelli, E. (2019). Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: una recente pronuncia del Tribunale di Milano in tema di “caporalato grigio”. *GPWeb*, 12.
- Tordini Cagli, S. (2017). Profili penali del collocamento della manodopera. Dalla “intermediazione illecita” all’ “intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro”. *Indice Penale*, N.º 3, pp. 727-764.
- UNODC. (2006). *Office on drug and crime, trafficking in persons: global patterns*.