



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTAD DE DERECHO

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

CURSO 2021 - 2022

FAVORECIMIENTO DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR Y VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES.

ALUMNO: GERMÁN CARIDAD LATORRE.

TUTOR: EDUARDO CEBREIROS ALAVREZ.

ÍNDICE.

- I. LISTADO DE ABREVIATURAS p. 4**
- II. INTRODUCCIÓN p. 6**
- III. ANTECEDENTES DE HECHO Y CUESTIONES p. 7**
- IV. DESARROLLO DE LAS CUESTIONES p. 10**
 - 1. PRIMERA PREGUNTA p. 10**
 - 1.1 CALIFICACIÓN PENAL DE LOS HECHOS (DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS). p. 11
 - 1.2 RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS p. 11
 - 1.3 CALIFICACIÓN PENAL DE LOS HECHOS (DELITO DE ESTAFA) p. 12
 - 1.4 ANÁLISIS DE LA COAUTORÍA Y SUS FORMAS p. 14
 - 1.5 ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DE MARTA CANURIA p. 15
 - 1.6 CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL p. 16
 - 1.7 TRATAMIENTO PENAL Y ADMINISTRATIVO p. 18
 - 2. SEGUNDA PREGUNTA p. 20**
 - 2.1 COMPETENCIA TERRITORIAL p. 20
 - 2.2 COMPETENCIA TERRITORIAL (SUPUESTO VALLADOLID) p. 22
 - 2.3 LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO p. 22
 - 2.4 TIPO DE PROCEDIMIENTO A SEGUIR p. 25
 - 3. TERCERA PREGUNTA p. 25**
 - 3.1 ANÁLISIS DEL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA LEY DE EXTRANJERÍA p. 25
 - 3.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE EXTRANJERÍA p. 27
 - 3.3 REQUISITOS PARA SU CONCESIÓN p. 28
 - 3.4 PROCEDIMIENTO PARA SU CONCESIÓN p. 31
 - 3.5 EFICACIA LEGAL DE LA AUTORIZACIÓN p. 32
 - 4. CUARTA PREGUNTA p. 33**
 - 4.1 CALIFICACIÓN PENAL DE LOS HECHOS (ART. 311.1 C.P. Y ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE ABUSO DE NECESIDAD) p. 33
 - 4.2 ANÁLISIS PENAL DE LOS HECHOS (ART. 316 C.P.) p. 37
 - 4.3 ACTUACIÓN INSPECTORA (ACTA Y SU RANGO PROBATORIO) p. 38
 - 4.4 RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO p. 41
 - 5. QUINTA PREGUNTA p. 43**
 - 5.1 ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN IRREGULAR DE HAMID p. 43
 - 5.2 CONCEPTO DE CONTRATO Y SUS CARACTERÍSTICAS p. 44
 - 5.3 CONTRATO DE TRABAJO Y CASOS DE EXTINCIÓN p. 45
 - 5.4 ANÁLISIS DEL DERECHO A UNA INDEMINIZACIÓN POR DESPIDO p. 46
- V. CONCLUSIONES p. 48**

- VI. BIBLIOGRAFÍA p. 49**
- VII. APÉNDICE LEGISLATIVO p. 51**
- VIII. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL p. 52**

I LISTADO DE ABREVIATURAS.

SLU – Sociedad Limitada Unipersonal.

TS – Tribunal Supremo.

TC – Tribunal Constitucional.

ART. – Artículo.

AP. – Audiencia Provincial.

CE – Constitución Española de 1978.

CC – Real Decreto de 24 de julio de 1989, por el que se aprueba el Código Civil.

CP – Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

LO – Ley Orgánica.

LOPJ – Ley Orgánica del Poder Judicial.

LEC – Ley1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LECrim – Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

RLOEx – Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, del reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

UE- Unión Europea.

BOE – Boletín Oficial del Estado.

TFUE – Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

RGPSL – Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social.

LOEX – Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

LISOS – Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

SS – Seguridad Social.

ITSS – Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

IT – Inspección de Trabajo.

MIR – Ministerio del Interior.

ET – Estatuto de los Trabajadores.

Núm. – Número.

Pp. – Páginas.

SAP – Sentencia de la Audiencia Provincial.

ss. – siguientes.

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS – Sentencia del Tribunal Supremo.

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

II INTRODUCCIÓN.

En el supuesto que analizaremos, convergen numerosas ramas del Derecho, con especial notoriedad de una de ellas, el Derecho Penal. Calificaremos desde una perspectiva jurídica algunos delitos de la esfera de la inmigración y los trabajadores, que hoy en día aumentan sin cesar. También entrarán en juego, otras vertientes, como la administrativa, laboral, civil, etc. A fin de concretar las diversas cuestiones que se nos plantean.

A lo largo, del supuesto veremos la gran importancia que tienen en el mundo del Derecho, la doctrina y la jurisprudencia, ambas las dos, íntimamente conectadas en la resolución de supuestos. La primera, supone una guía indiscutible y fundamental, en conceptos jurídicos indeterminados o, en intentar esclarecer ciertos aspectos muy complicados del Derecho, así como una fuente infinita de conocimiento.

Por su parte, la jurisprudencia, supone un pilar vital e innegable en la resolución de cuestiones. Aporta numerosas interpretaciones, así como fundamentos para las mismas. Recordemos que, en Derecho, nunca existe una solución única para cualquier cuestión, no obstante, la elegida debe estar fundamentada y lo suficientemente apoyada. Debido a esto, la doctrina y jurisprudencia se vuelven aspectos vitales en nuestro trabajo.

Por último, he de recalcar que el trabajo no se limitará a responder las preguntas de forma aislada, sino que cotejará la información recabada en las distintas sentencias, libros, portales, revistas, etc. con la información ofrecida en el supuesto. De este modo, se darán respuestas concretas y concisas a las preguntas que formula el supuesto.

III ANTECEDENTES DE HECHO Y CUESTIONES.

SUPUESTO DE HECHO.

Carlos Basalo, de nacionalidad española y residente en León, era dueño y administrador único de la sociedad mercantil “CONSTRUCTORAS BASALO S.L.U.”, con domicilio social en León, y cuyo objeto social consistía en la ejecución de obras y construcciones en general. En el año 2020, la citada empresa no disponía de ningún empleado, pues no tenía apenas volumen de trabajo, siendo muy escasa su facturación mercantil. En ese mismo año, Carlos empezó a elaborar ofertas falsas de empleo en nombre de su empresa para ciudadanos extranjeros de origen marroquí. A efectos de regularizar la situación de los inmigrantes en España, Carlos presentaba las ofertas de trabajo ficticias ante la Subdelegación del Gobierno en León para obtener fraudulentamente la autorización de trabajo y residencia inicial a favor de los extranjeros.

Carlos disponía de un colaborador de origen marroquí, Isak Méndez, residente en León, que se dedicaba a captar a compatriotas en Marruecos que estuviesen dispuestos a pagar la cantidad de 10.000 euros por cada oferta de empleo, y a quienes hacía creer que era la tramitación correcta. Isak facilitaba a Carlos los datos y pasaportes de los extranjeros para la elaboración de las ofertas de trabajo y consiguientes solicitudes de autorización inicial de residencia y trabajo para la empresa constructora, bajo una apariencia de legalidad. Por cada persona migrante, Isak recibía una contraprestación de 2.000 euros. Sin embargo, los inmigrantes, al entrar en España con el permiso concedido, nunca llegaban a trabajar en la empresa de Carlos, aunque si bien, a fin de cumplimentar el paso final para la expedición de la tarjeta de residencia, eran dados de alta durante un breve periodo de tiempo en la Seguridad Social. Posteriormente, eran dados de baja de “CONSTRUCTORAS BASALO S.L.U.”, alegando la baja voluntaria del trabajador extranjero.

En el año 2020, Marta Canuria, de nacionalidad española y residente en León, inicia una relación sentimental con Carlos. Marta era la dueña y administradora única de “LIMPIEZA A LA CARTA, S.L.U.”, con domicilio social en León y cuyo objeto social consistía en la limpieza de todo tipo de edificaciones y locales. Esta sociedad disponía únicamente de tres trabajadores en su plantilla y, al igual que la empresa de Carlos, su volumen de trabajo era muy bajo. A raíz de su relación con Marta, Carlos le pidió si podía presentar ofertas de trabajo falsas a ciudadanos extranjeros en nombre de su empresa, es decir, de “LIMPIEZA A LA CARTA, S.L.U.”. Carlos le hizo creer que necesitaba a estos trabajadores para un proyecto en su empresa constructora y que, de este modo, los podría conseguir más rápidamente. Asimismo, Carlos le explicó a Marta que él mismo le facilitaría la documentación y datos necesarios de los ciudadanos extranjeros pero que, en ningún momento, llegarían a trabajar en la empresa de Marta.

Siguiendo este plan, se llegaron a conceder en la Subdelegación del Gobierno de León un total de veinte solicitudes de autorización de trabajo y residencia inicial a favor de

extranjeros marroquíes interesados en entrar en España. De estas, quince fueron para las ofertas presentadas por la empresa de Marta, y las cinco restantes para las presentadas por la empresa de Carlos.

Al llegar a España, los extranjeros trataron sin éxito de ponerse en contacto con la empresa ofertante para acceder al puesto de trabajo por el que habían pagado una gran suma de dinero. Fue entonces cuando descubrieron que está en realidad era falsa. De esta forma, los inmigrantes quedaron indefensos en un país ajeno al suyo, debiendo buscar por sus propios medios otra ocupación con la que sobrevivir. La mayoría fueron dados de alta en la Seguridad Social por parte de otras empresas en provincias distintas.

Entre los extranjeros que llegaron a España convencidos de la oferta laboral ficticia, se encontraba el marroquí Hamid Meznie. Hamid, al igual que sus otros compatriotas, se vio obligado a buscar otro trabajo, el cual finalmente encontró en la granja “FINCA RAMÍREZ, S.L.U.”. Esta sociedad, situada en Zaragoza y dedicada al sector agropecuario, le ofreció un puesto como ganadero. El titular y administrador único de “FINCA RAMÍREZ, S.L.U.”, Antonio Ramírez, de nacionalidad española, contrató a Hamid el 1 de septiembre de 2020 a jornada completa, a cambio de un salario de 800€ al mes. Posteriormente, este contrato se convirtió en indefinido.

Antonio únicamente tenía como empleado a Hamid, quien aceptó trabajar sin el preceptivo descanso semanal ya que, debido a su condición de inmigrante, desconocía el idioma, carecía de recursos económicos, y tenía grandes dificultades para encontrar otro trabajo, por su bajo nivel formativo. No obstante, se le concedían 30 días de vacaciones al año, y Antonio le permitía alojarse en la paridera, sin cobrarle por ello cantidad alguna. Sin embargo, este lugar carecía de las condiciones exigibles de salubridad y habitabilidad, no disponiendo de agua corriente, de sanitarios, ni de cocina.

El 15 de enero de 2021 se realizó una inspección de trabajo. Durante la visita, la inspectora de trabajo levantó un acta por infracción grave en materia de riesgos laborales, por la ausencia de condiciones de higiene y limpieza en el lugar de trabajo, por falta de evaluación de riesgos laborales y falta de evaluación de la salud de los trabajadores con propuesta de sanción económica en grado medio. También levantó otra acta en materia de relaciones laborales con propuesta de sanción máxima, por no respetar los descansos semanales.

Finalmente, el 1 de enero de 2022 fue despedido por formalización de un ERE.

CUESTIONES.

1. Analice y califique penalmente los hechos llevados a cabo por Carlos Basalo, Isak Méndez y Marta Canuria. ¿Concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal? ¿La conducta enjuiciada podría constituir simultáneamente una infracción administrativa?
2. Teniendo en cuenta las circunstancias en las que se desarrollan los hechos cometidos por Carlos Basalo, Isak Méndez y Marta Canuria, ¿a qué Juzgado le corresponde la competencia territorial? ¿A qué Juzgado le correspondería la competencia territorial si se hubieran gestionado las solicitudes de autorización inicial de trabajo y residencia ante la Subdelegación del Gobierno de Valladolid? ¿Quiénes tienen legitimación para ser parte en el proceso? ¿Qué tipo de procedimiento habría que seguir?
3. Analice la eficacia legal de la autorización inicial de trabajo y residencia por cuenta ajena obtenida por los inmigrantes marroquíes. ¿Cuáles serían los requisitos legales y el procedimiento por seguir para solicitar la citada autorización?
4. Analice y califique jurídicamente los hechos cometidos por Antonio Ramírez. ¿Se puede determinar que ha existido abuso de una situación de necesidad? ¿El acta de la infracción de la inspección de trabajo tiene rango probatorio? ¿Tiene derecho a recibir alguna indemnización el marroquí Hamid Meznie?
5. Dadas las circunstancias en las que Hamid Meznie consiguió la autorización de trabajo y residencia, ¿el contrato de trabajo efectuado con Antonio Ramírez es eficaz? ¿Tendría Hamid Meznie derecho a percibir una indemnización por despido?

IV DESARROLLO DE LAS CUESTIONES.

PRIMERA PREGUNTA.

1 Analice y califique penalmente los hechos llevados a cabo por Carlos Basalo, Isak Méndez y Marta Canuria. ¿Concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal? ¿La conducta enjuiciada podría constituir simultáneamente una infracción administrativa?

1.1 CALIFICACIÓN PENAL DE LOS HECHOS. (DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS).

En el supuesto de hecho se nos afirma que Carlos Basalo es dueño y administrador único de la sociedad Mercantil “CONSTRUCTORAS BASALO S.L.U.”, con domicilio social en León, y cuyo objeto social consistía en la ejecución de obras y construcciones. Ante la precaria situación de la empresa y el poco volumen de trabajo Carlos Basalo junto con un colaborador de origen marroquí, Isak Méndez, comenzó a lanzar ofertas falsas de empleo a víctimas captadas por este colaborador, las cuales desembolsaban la cantidad de 10.000 euros y una vez llegaban a España nunca acaban por trabajar en dicha empresa.

La conducta mostrada encaja perfectamente en el art. 318 bis del Código Penal recogido en el Título XV bis relativo a los “delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros”, el apartado que nos interesa y sobre el que girará fundamentalmente el análisis de su conducta es el siguiente:

1.” El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través de este de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.”

Este tipo de inmigración ilegal clandestina tanto a España como a otros países de la Unión Europea ha crecido a un ritmo trepidante en los últimos 25 años, lo que ha llevado a convertir esta práctica en un negocio más que rentable, efectuado en su mayor parte por mafias u organizaciones clandestinas.

Se trata de un delito pluriofensivo que, por una parte, tutela intereses puramente individuales, los derechos del extranjero a una plena y efectiva integración social y por otra, tutela el derecho del estado a controlar los flujos migratorios y la incidencia que en el orden social y el interés general pudiera tener la falta de control en esta materia.

En palabras de algunos autores¹ el tráfico de personas y la inmigración clandestina suponen en la actualidad nuevas formas de delitos que se ven reforzadas por el fenómeno del movimiento migratorio internacional. Cuestión importante en este campo de delitos es la diferenciación entre la trata de seres humanos (esclavitud) y la inmigración clandestina o contrabando de personas, que es el que nos ocupa.

Como he dicho antes, dicha conducta se encuentra recogida en el Código Penal, sin embargo, ha sido objeto de varias reformas, la última de las cuales ha sido operada por la Ley Orgánica 1/2015 del 30 de marzo con el fin de adaptar este delito a la normativa española y a los compromisos asumidos con la Unión Europea.

¹ PERÉZ ALONSO, E. “Tráfico de personas e inmigración clandestina”. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 100 y ss.

Dicha reforma ha redefinido las conductas punibles, ha modificado la duración de las penas, a la baja, y ha delimitado, clarificándolos como delitos autónomos e independientes, los delitos de inmigración ilegal y de trata de seres humanos.

En palabras de la jurisprudencia² la acción típica consiste en realizar de manera intencionada una actividad que tenga como objetivo que una persona que no sea miembro de la Unión Europea entre en territorio español, se desplace o permanezca en España en contra de la legislación vigente.

Dentro del mismo pueden encontrarse diversas modalidades, pero para no abarcar demasiado nos centraremos en la que atañe a nuestro caso, la relativa a “prestar ayuda intencionalmente para entrar en territorio español”, el cual solo se verá consumado en caso de que el ciudadano extracomunitario entra en territorio nacional, en el que se incluye el mar territorial y el espacio aéreo sobre el mar territorial y sobre el territorio comprendido entre las fronteras españolas y las islas adyacentes.

En algunas Sentencias³ se marca de forma clara, la diferencia entre el art. 318 bis y el art. 313 del Código Penal, y es que cuando únicamente se atente contra derechos comprendidos en la esfera laboral (salario digno, período de vacaciones, días de descanso) debe aplicarse el art. 313, mientras que, en el caso de atentar contra los derechos humanos, obstaculizando su ejercicio o su defensa, deberemos aplicar el art. 318 bis. En el caso que nos atañe se atenta contra los derechos fundamentales de esos inmigrantes que entran engañados a territorio español.

Es importante destacar lo que sucede si los inmigrantes pertenecen a Países que se encuentren dentro de la Unión Europea. En ese caso no será de aplicación el art. 318 bis, esto puede substraerse de la propia dicción del art., ya que el mismo hace referencia a personas que no sean nacionales de Estados Miembros. En el caso que nos ocupa, los inmigrantes vienen de Marruecos, el cual no se encuentra dentro de la lista de 27 Países que forman la UE, por tanto, no habría problema a la hora de aplicar dicho artículo.

Si bien a priori, podrían parecer pocas las maneras de favorecer la entrada clandestina de inmigrantes, como eludir puestos fronterizos, o esconderlos en algún comportamiento y demás, no debemos olvidar que también debemos considerar aquellas actuaciones de fraude en las que se elude o bien se engaña al control Administrativo, a través de documentación falsa, o que, si bien no llega a ser falsa, no responde a la realidad. En este caso, Isak, coautor de ambos delitos facilitaba la documentación de los inmigrantes para que a posteriori fueran utilizadas por Carlos con el fin de engañar a la Administración.

Tras esto, podemos concluir que Carlos Basalo, con ayuda de su colaborador Isak Méndez facilitaba la entrada a territorio español de inmigrantes clandestinos marroquíes mediante fraude, utilizando pasaportes y otros documentos bajo una apariencia de legalidad, incurriendo así en la conducta típica del art. 318 bis.

1.2 RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Una vez descrita la conducta típica, debemos hacer referencia al art. 31 bis del Código Penal relativo a “las personas criminalmente responsables del delito”. Este artículo alude a cuando una persona jurídica puede incurrir en responsabilidad criminal. Una persona jurídica puede ser considerada responsable penalmente, cuando los delitos hayan sido cometidos por cuenta de estas, a fin de conseguir un beneficio directo o indirecto, realizado por sus representantes legales o por aquellos que ostenten la facultad dentro de

² STS 1056/2005, de 24 de febrero. (ECLI:ES:TS: 2005:1152).

³ SAP de Barcelona 132/2006, de 10 de febrero. (ECLI:ES: APB: 2006:1363).

la empresa de tomar decisiones o, por otro lado, si dicho delito se ha realizado en el ejercicio de actividades sociales.

En este caso, podría plantearse el hecho de acusar como responsable del delito de estafa y favorecimiento a la inmigración clandestina a la entidad “CONSTRUCTORAS BASALO S.L.U.” en base a que, el delito fue realizado por el único administrador y representante de la empresa, Carlos Basalo, aprovechándose de sus facultades de decisión, organización y representación de la empresa, lanzó ofertas falsas de empleo para conseguir un beneficio propio.

Sin embargo, la redacción del art. 31 bis, ha hecho que no exista una opinión unánime en cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas. En palabras de reconocidos autores⁴ desde las reformas del Código Penal de 2010 y 2015 existe un debate sobre el modelo vigente, diferenciando entre el modelo vicarial y el modelo de autorresponsabilidad.

En el primero de ellos, considera que las personas jurídicas son penalmente responsables por transferencia de las personas físicas que actúan en su nombre buscando un beneficio directo o indirecto. Subsumido al caso concreto, “CONSTRUCCIONES BASALO S.L.U.” sería responsable penalmente por las actuaciones de su administrador único Carlos Basalo.

Por su parte, la teoría de la autorresponsabilidad considera que, la responsabilidad no sucede por transferencia, sino de forma inmediata, en la que la entidad no ha utilizado de manera eficiente sus herramientas de control para prevenir la comisión de dichos delitos.

Para determinar qué tipo de responsabilidad es la más adecuada habrá que estar a la jurisprudencia⁵, en la que, como mecánica general se ha ido estableciendo la teoría de la autorresponsabilidad, es decir que la persona jurídica es responsable de forma inmediata.

La asunción de esta teoría atañe una serie de consecuencias. Por un lado, la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma o independiente de la responsabilidad de la persona física. Por otro lado, en lo que atañe a las circunstancias modificativas de la responsabilidad nunca podrán extenderse de la persona física a la persona jurídica, siendo únicamente aplicables las del art. 31 *quáter* del CP.

En cuanto al procedimiento, podríamos pensar que existen algunas particularidades o peculiaridades a la hora de tratar a una persona jurídica. Sin embargo, la jurisprudencia⁶ ya se ha posicionado respecto a esto. En principio, las personas jurídicas no tienen derechos sino competencias, no obstante, estas pueden ser titulares de ciertos derechos fundamentales, como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a la tutela efectiva, al Juez predeterminado por la Ley... De modo que, no existen tantas diferencias en torno a un proceso de una persona física y de una persona jurídica.

1.3 CALIFICACIÓN PENAL DE LOS HECHOS. (DELITO DE ESTAFA).

Otro de los delitos cometidos por Carlos Básalo es el recogido en el art. 248 del Código Penal, recogido en el Capítulo VI relativo a las “Defraudaciones” el cual nos dice que:

⁴ BELÉN ARTERO MORALES. A, “Jurisprudencia en materia de responsabilidad de personas jurídicas y efectos prácticos”. Lemat abogados y consultores, departamento jurídico, 24 de octubre de 2019. (<https://lematabogados.com/blog/jurisprudencia-en-materia-de-responsabilidad-de-personas-juridicas-y-efectos-practicos/>).

⁵ STS 613/2016, de 29 de febrero. (ECLI:ES:TS: 2016:613).

⁶ STS 221/2016, de 16 de marzo. (ECLI:ES:TS: 2016:221).

“1. Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.”

En este caso el bien jurídico protegido es el patrimonio privado ajeno, el cual es atacado por engaños o maquinaciones.

El delito de estafa tiene cuatro elementos esenciales sin los cuales no podrá ser considerado como tal. El primero de ellos es el engaño precedente o concurrente. Anteriormente este elemento se encontraba mucho más limitado, a base de ejemplificaciones o enunciados ejemplificativos, sin embargo, en la actualidad se concibe con un criterio amplio en base al infinito número de engaños del que podemos ser víctimas en la vida real. Carlos Basalo, provoca dicho engaño en las víctimas ofreciendo ofertas falsas de empleo, aprovechándose de su situación como socio y administrador único de una empresa de construcciones.

En segundo lugar, dicho engaño ha de ser “bastante” es decir debe ser suficiente y proporcional para la consecución de los objetivos propuestos, de tal entidad que sea suficiente para recabar el estímulo eficaz del traspaso patrimonial. En el supuesto no solo se dedican a ofrecer ofertas de empleo sin más, sino que realizan una búsqueda minuciosa de personas, que, pese a que el texto no nos los diga, es fácil presuponer que se trata de personas en situación precaria o con intenciones de emigrar. Por otro lado, se preocupan de reflejar una aparente situación de legalidad, recolectando los datos de las personas a fin de conseguir las pertinentes autorizaciones de residencia y empleo.

En tercer lugar, debe producirse un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado e inexacto de la realidad, por causa del artificio del agente, justo lo que ocurre con los extranjeros que se convencen de una oferta verídica de trabajo en España.

En cuarto lugar, es necesario un acto de disposición patrimonial, con el consiguiente perjuicio económico para el disponente, es decir que el daño patrimonial debe ser producto de una actuación directa del afecta como causa del error experimentado. Como bien expone el supuesto los extranjeros, a causa del engaño de trabajar en España, abonaban la cantidad de 10.000 euros, con el consiguiente perjuicio económico, ya que finalmente llegaban a España y eran abandonados.

En quinto lugar, es preciso que exista ánimo de lucro, entendido como el propósito del infractor de obtener una ventaja patrimonial correlativa al perjuicio ocasionado, eliminándose así la incriminación a título de imprudencia. En este supuesto los extranjeros pagaban 10.000 euros de los cuales 8.000 iban para Carlos Basalo suponiendo un incremento patrimonial y los 2.000 restantes para su colaborador Isak.

Por último, el sexto elemento del delito de estafa es el nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose este como resultado del primero, lo que implica que el dolo del estafador debe ser precedente a la dinámica defraudatoria. Los extranjeros experimentan ese ataque a su patrimonio simbolizado en los 10.000 euros que entregan, debido al engaño provocado por Carlos Basalo y su ayudante Isak basado, en falsas ofertas de empleo.

La esencia del delito de estafa es el engaño, es decir cualquier argucia o treta, como en este caso las ofertas falsas de empleo, que utiliza el autor para inducir a error, y que ese error tenga la suficiente identidad y fuerza como para deformar la realidad e incidir en el consentimiento y voluntad de las víctimas.

Ahora bien, dicho delito de estafa puede encontrarse agravado si concurre con algunas de las circunstancias previstas⁷ en el art. 250.1 del Código Penal. Una de ellas hace referencia al valor defraudado, y es que cuando éste supere los 50.000 euros o afecte a un gran número de personas se considerará una estafa agravada, por otro lado, otra de las circunstancias, hace referencia al aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional del autor.

En relación con la primera circunstancia, se nos dice en el supuesto que se presentaron un total de veinte solicitudes, de las cuales cinco fueron para la empresa de Carlos Basalo, lo que nos deja un total de 50.000 euros, por lo que, por esta parte no existiría un tipo agravado, ya que se encuentra justo en el límite, entendiéndose obviamente que no existen otras solicitudes anteriormente aportadas por Carlos. Por otro lado, en el delito de estafa cometido, sí existe un aprovechamiento de la credibilidad empresarial y profesional, ya que éste es socio y administrador único de una entidad, lo que conlleva de manera irremediable a depositar una mayor confianza en sus actos. Por lo tanto, podemos concluir que Carlos Basalo es autor de un delito agravado de estafa.

1.4 ANÁLISIS DE LA COAUTORÍA Y SUS FORMAS.

Una vez determinada la autoría de Carlos en ambos delitos, debemos comprender que dichos delitos no podrían haberse llevado a cabo sin la ayuda de su colaborador Isak Méndez. Es aquí donde aparece la figura de la coautoría, recogida en el art. 28 del Código Penal. Dicho precepto establece que serán considerados como autores, tanto los que induzcan a otro a ejecutar el delito, como los que ejecuten actos necesarios para la comisión.

Algunos autores⁸ nos explican que debemos entender por la cooperación en la realización del hecho, aspecto que nos interesa a fin de determinar la responsabilidad de Isak Méndez en el supuesto. Pues bien, explica que la expresión “cooperan en su ejecución” equivale a tomar parte directa en la comisión del delito, realizando actos que representen un comienzo de ejecución, en sus palabras “el autor tiene el dominio del hecho, mientras que el coautor es el cotitular del dominio”. Cabe destacar que no debemos entender realizar el hecho como obrar toda la actividad, sino que debemos atender a lo hecho por cada coautor, puesto que si ambos realizarán la conducta típica no habría coautoría, sino una serie de autores que actuaron por sí.

Tal y como analizan algunos autores⁹, para determinar si estamos o no ante una coautoría debemos atender a la concurrencia tanto del elemento subjetivo como del objetivo. El elemento subjetivo estaría representado por toda participación en un hecho delictivo, mientras que el elemento objetivo se concretaría en la ejecución conjunta del hecho material.

Con respecto a esta base se han creado dos Tesis para determinar cuándo concurren ambos elementos:

⁷ - El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas. (Circunstancia n.º 5 del delito de estafa agravado-recogida en el art. 250.1 del CP.

- Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional. (Circunstancia n.º 6 del delito de estafa agravado-recogida en el art. 250.1 del CP.

⁸ VAZQUÉZ IRUZUBIETA. C. “Comentario al Código Penal”. Atelier, Madrid 2015. Pp. 213 y ss.

⁹ ANDRÉ SOTA SANCHEZ. P. “Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho”. Derecho y cambio social. (https://www.derechocambiosocial.com/revista027/coautoría_dominio_del_hecho.pdf).

- 1) Teoría del Acuerdo Previo: Según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación.
- 2) Teoría del dominio de hecho: En la que cada uno de ellos actúa y deja actuar a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúan de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante es, en definitiva, que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho propuesto. La doctrina habla en estos casos de supuestos de ‘imputación recíproca’ de las distintas contribuciones causales, en virtud del cual todos los partícipes responden de la ‘totalidad’ de lo hecho común. Sin embargo, ello no puede sostenerse cuando uno de los coautores se excede por su cuenta del plan acordado, sin que los demás lo consientan, pues en tal caso el exceso no puede imputarse a los demás, porque más allá del acuerdo no hay imputación recíproca.

Ambas nos sirven para calificar a Isak Méndez como coautor tanto del delito de estafa como del delito de favorecimiento a la inmigración ilegal, ya que poniéndose de acuerdo con Carlos Basalo para la comisión de ambos delitos, participo posteriormente en ambos mediante la captación de las víctimas, facilitando el engaño y proporcionando a Carlos la información necesaria para realizar las falsas ofertas de empleo.

1.5 ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DE MARTA CANURIA.

En lo que respecta a Marta Canuria, su conducta es idéntica a la de Carlos Basalo, incurriendo en la conducta típica recogida en el art. 318 bis y 248 del Código Penal, ya que presenta ofertas falsas de trabajo desde su empresa, en la cual ella es administradora única, cometiendo un delito de estafa y favoreciendo de nuevo la entrada a España de víctimas marroquíes captadas por Isak (colaborador de Carlos Basalo).

No obstante, esta conducta está fuertemente empujada o instigada por Carlos Basalo, quien comienza una relación con Marta y la induce a cometer dichos delitos, que él ya venía cometiendo. Ciertos autores¹⁰ explican que el art. 28 del Código Penal considera autores del delito, tanto a los que realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o utilizando a otra persona como instrumento. Para apoyarse nombran diversa jurisprudencia¹¹ de la que se puede extraer que no es necesario que cada coautor realice por sí mismo los hechos materiales del delito, sino que aporte algo fundamental, que el momento de converger dichas aportaciones haya sido esencial o fundamental, a la hora de que el delito haya sido ejecutado.

Es decir, lo importante no solo son los actos materiales que dan cuerpo al delito, sino también todos aquellos actos que han sido necesarios para que este haya sido llevado a cabo. La inducción como tal, no supone un acto material, no obstante, es indispensable para crear en el sujeto al que va dirigido, la conciencia o la necesidad de realizar dicha actividad delictiva, y sin ella el delito nunca hubiera llegado a realizarse.

¹⁰ SANCHÉZ PARRA, F.J. “Tratamiento jurisprudencial de la autoría conjunta y la inducción”. Madrid 2008.

(https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=401134&d=1).

¹¹ STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, Núm. de Recurso: 121/2022 de 05 de abril. (ECLI: ES: TSJM: 2022:4652).

A modo de ejemplo, podemos citar una sentencia¹² en la que la madre es acusada de inducción al suicidio de una de sus hijas. Este suicidio sucede en base a un largo período anterior lleno de maltratos y comportamientos vejatorios de la madre hacia la hija, tales como pegarles, desnudarles en el baño, etc. Si bien, la madre no cometió el homicidio, dado que no realizó los actos materiales para matar a su hija, su aportación con todos esos actos lesivos y vejatorios, si fue esencial para que la hija tuviera esa idea de cometer el suicidio.

Con relación a nuestro caso, Carlos Basalo mantiene una relación sentimental con Marta Canuria, pudiéndose afirmar que existe una mayor complicidad y amistad que con la mayoría de las demás personas, por no decir todas. En este contexto, Carlos, le pidió a Marta Canuria si podía presentar ofertas falsas de empleo, haciéndole creer a esta que los necesitaba para un proyecto de trabajo. Como vemos, si bien Carlos Basalo no realizó los actos materiales del delito, justo como en el caso anteriormente descrito, sus acciones fueron esenciales, para despertar en Marta Canuria la idea de cometer el delito, es decir, Carlos Basalo es autor por inducción.

Ahora bien, podríamos pensar que Marta Canuria, se encuentra exenta de responsabilidad por haber sido inducida y utilizada como un instrumento para cometer dichos delitos. Sin embargo, no es más que la ejecutora del delito, y por tanto autora también de los delitos, y es que Marta pese a ser inducida, conocía en todo momento la realidad de los hechos. Pese a que, Carlos utilizó su relación sentimental combinada con argucias para que Marta cometiera los delitos, esta conocía en todo momento la realidad de sus actuaciones, ya que sabía que eran ofertas falsas y que, dichos trabajadores inmigrantes nunca llegarían a trabajar en su empresa. En conclusión, Carlos es autor por inducción, dado que sus aportaciones han sido esenciales para la iniciativa y la posterior comisión del delito, mientras que Marta es la autora del delito, realizando los actos materiales en los que se concreta el hecho delictivo.

1.6 CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, estas se encuentran recogidas en los arts. 21, 22 y 23 del Código Penal, y hacen referencia a accidentes o casualidades que rodean el hecho, y que dependiendo a que categoría pertenezcan reducirán o agravarán la pena.

Son elementos accidentales del delito, previstos en la Parte General del Código Penal y que tienen como efecto la disminución o el incremento de la pena de conformidad con determinadas reglas previstas por el Código Penal. El hecho de que sean elementos accidentales significa que su concurrencia no determina la propia existencia del delito, sino solamente la gravedad de la pena que puede imponerse. La doctrina viene entendiendo que las circunstancias modificativas operan sobre los elementos accidentales de la infracción penal, mientras que las eximentes actúan de forma esencial sobre los elementos estructurales del delito porque niegan alguno de ellos.

Las primeras circunstancias recogidas son los atenuantes, las cuales, de darse, resultarán en una reducción de la pena impuesta al acusado. Estas pueden ser específicas, previstas en el tipo penal del que se trate o bien ordinarias, estas a su vez pueden ser:

¹² STS 1387/ 2009, de 30 de diciembre. (ECLI:ES:TS: 2009:8415).

- Eximentes incompletas: relativas a las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal del art. 20 del Código Penal, cuando no se den todos los requisitos necesarios para su apreciación.
- Atenuantes Ordinarias: las expresamente previstas en el art. 21 del Código Penal.
- Atenuantes Analógicas: cualquier otra circunstancia que sea similar a las anteriores.

Pese a su importancia, no hablaremos mucho más de las mismas ya que no concurre ninguna en las conductas anteriormente descritas.

Por su parte, el art. 22 del Código Penal recoge las agravantes, que son aquellas que, cuando concurren en la realización del comportamiento delictivo, ya sea en un aspecto objetivo, ya sea en su vertiente subjetiva, provoca un aumento cuantitativo de la pena.

A su vez, también están divididas en genéricas, que son aquellas que concurren junto con el hecho delictivo como elementos accidentales del mismo y sin el cual el delito existiría igualmente, y las circunstancias agravantes específicas que contempla la norma penal y que condicionaría la existencia del delito previsto en el tipo penal.

Vamos a hacer referencia en esta ocasión, a la agravante recogida en el art. 22.3 del Código Penal, la cual dice expresamente que será considerado un agravante “Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa”.

Existirá precio cuando concurra dinero o cualquier otra cosa que tenga valor pecuniario, existirá recompensa cuando haya una ventaja material distinta del precio y por último existirá promesa cuando exista pagos diferidos en el tiempo.

Ciertos autores¹³ determinan que el fundamento de esta agravante está en el mayor reproche que puede dirigirse al individuo, como consecuencia, de haber realizado el hecho delictivo por un motivo económico o lucrativo, es decir, que el móvil de cometer el crimen para este sujeto, hay sido, incrementar su capacidad económica o patrimonial.

En este sentido, explica que la doctrina mayoritaria considera que tanto el precio, recompensa o promesa deben poseer una esencia motivadora del hecho de carácter patrimonial o económico.

Cuestión importante es la bilateralidad necesaria para que esta circunstancia opere, esto es, la existencia de un acuerdo expreso o tácito sobre el precio o recompensa previo o simultáneo a la comisión del delito, resultando irrelevante cuando se pague o incluso si se llega a pagar.

En cuanto a su aplicabilidad, existen diversas posturas. Por un lado, prácticamente la unanimidad de la doctrina moderna entiende que debe aplicarse únicamente al ejecutor que actúa mediante dicho móvil económico, mientras que un sector minoritario de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria entienden que es aplicable tanto al ejecutor como al que promete el precio, premio o recompensa. Esta segunda hipótesis es muy controvertida, ya que el que promete el precio, premio o recompensa no ejecuta el hecho y además puede que sus móviles sean completamente distintos a los económicos.

¹³ ARIAS EIBE, M.J. “Responsabilidad Criminal, Circunstancias Modificativas y su Fundamento en el Código Penal, Una visión desde la Doctrina y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”. J.M. Bosch Editor, Barcelona 2007. Pp. 345 y ss.

En cuanto a los requisitos necesarios para que pueda aplicarse dicha agravante existe numerosa doctrina.¹⁴ Se establece que es necesario que los sujetos, a los que se imputa una conducta delictiva, actúen solamente movidos por la oferta económica que incentiva su actuación y determina, de forma directa, su participación en el delito. En palabras textuales «apoyándonos en una reiterada Jurisprudencia, la aplicación de la agravante de precio requiere que éste sea el resorte para la realización del hecho, de lo que resulta que el precio se convierte en instrumento de la inducción, esto es, el precio se integra en la inducción por lo que no cabe una doble valoración jurídica.

También relativo a los requisitos encontramos numerosa jurisprudencia¹⁵, que converge con la doctrina, en cuanto a la opinión de que, el móvil del delito debe ser ese incremento patrimonial que va a experimentar el sujeto. Ahora bien, existe un debate jurisprudencial acerca de, si es necesario que se realice efectivamente la contraprestación, o si bien, basta con que se haya pactado dicho precio aun cuando no se ha obtenido efectivamente dicha contraprestación. La idea general de la agravante, relativa a que el móvil del delito haya sido ese precio o recompensa, parece conducir a que no sería necesario exigir que dicha contraprestación haya sido efectiva, ya que bastaría con que hubiera un pacto previo de precio recompensa, que hubiera sido el detonante de la acción. No obstante, como se ha dicho antes, existe un debate jurisprudencial, por lo que habrá que estar a cada caso concreto a las circunstancias que lo rodean, para determinar, si rige o no dicha agravante.

Tras todo esto, podríamos pensar en aplicar sin ningún atisbo de duda, la agravante de precio a Isak Méndez, ya que el móvil de su actuación es puramente económico, reflejado en esos 2000 euros que recibía por cada víctima que engañaba para Carlos. No obstante, y pese a que dicha agravación puede afectar a cualquier delito, la jurisprudencia¹⁶ ha decidido excluir su aplicación en aquellas infracciones a las que vaya asociada una actuación retribuida o guiada por un interés lucrativo.

Si recordamos uno de los elementos necesarios del delito de estafa, es ese ánimo de lucro o la idea de conseguir una ventaja patrimonial. Por lo tanto, ese afán de conseguir una ventaja patrimonial o de que el móvil del acto sea ese ánimo de lucro, ya se encuentra dentro de la conducta típica de la estafa. En consecuencia, se establece una exclusión de dicha agravante con el fin de condenar lo mismo dos veces, ya que estaríamos condenando tanto un elemento de la naturaleza del delito, como la agravante. Cuestión distinta sería si estuviéramos ante un delito que no tuviera el afán de conseguir un beneficio económico en su naturaleza, como las lesiones o el homicidio.

En conclusión, no debemos aplicar la agravante de precio, ya que el delito de estafa ya recoge el elemento de conseguir un aumento patrimonial y pecaríamos de condenar dicho móvil doblemente.

1.7 TRATAMIENTO PENAL Y ADMINISTRATIVO.

La última cuestión por debatir es si dichas conductas citadas anteriormente pueden considerarse una infracción administrativa de forma simultánea. La Ley Orgánica 4/2000 de Derecho y Libertades de Extranjeros en España recoge en su art. 54.1 (b) lo siguiente:

¹⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “Código Penal: Comentado y con Jurisprudencia”. Comares, Madrid 2010. Pp. 75 y ss.

¹⁵ STS 181/2016, de 3 de marzo. (ECLI:ES:TS: 2016:825).
STS 302/2008, de 27 de mayo. (ECLI:ES:TS: 2008:2451).

¹⁶ STS 181/2016, de 3 de marzo. (ECLI:ES:TS: 2016:181).

1. Son infracciones muy graves:

b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.

Posteriormente en su siguiente art. 55, nos menciona las sanciones, y está específicamente consagrada como una infracción muy grave con una multa desde 10.001 hasta los 100.000 euros. Como vemos la conducta descrita en el art. 54.1 (b) de dicha Ley coincide a la perfección con la llevada a cabo por Carlos, Isak y Marta, no obstante, si nos fijamos en el final de su redacción, veremos que establece que, si ese comportamiento constituye un delito tal y como es nuestro caso, no procede aplicar dicha sanción administrativa.

El fundamento de ese impedimento se encuentra en el principio o derecho de “non bis in ídem”. Dicho principio es un reflejo del principio de legalidad penal que aparece recogido en el 25 Constitución Española, y tiene relevancia sobre todo la aplicación para aquellos casos en los que concurren hechos que se pueden considerar delitos desde el derecho penal. Por tanto, conllevarían la imposición de una sanción penal, pero que también, son objeto de infracción para el derecho administrativo, porque los sujetos que realizan esos hechos se encuentran fuertemente vinculados con la Administración. Como vemos en este caso estamos ante esta tesitura, donde la conducta llevada a cabo por los 3 sujetos conlleva tanto un delito como una infracción administrativa.

Dicho principio es reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, en intensa armonía con el principio de legalidad penal. Una de las mayores manifestaciones y más importantes de dicho principio, es que impide aplicar sanciones distintas a un mismo sujeto, por la realización de un hecho determinado, cuando este permitiera la aplicación tanto de una sanción penal como administrativa.

Debemos diferenciar, llegados a este punto, entre el non bis idem material, el cual hace referencia a que un mismo sujeto sea condenado dos veces por unos mismos hechos, y el que nos interesa al caso concreto, que sería el non bis idem procesal, que hace referencia a la prohibición que existe en relación con que a un mismo sujeto se le someta a un doble procedimiento, respecto a una misma conducta, teniendo en cuenta todo lo relacionado con la cuestión de la cosa juzgada.

En este aspecto, debemos citar jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁷ en la que se determina, que si bien un mismo hecho realizado por un sujeto, puede permitir varias sanciones contra los mismos y, por tanto, diversos procedimientos contra dicho sujeto, existe una clara superioridad del orden penal, y es que el orden penal tendrá primacía a la hora de juzgar cualquier conducta que pueda ser considerada como un hecho delictivo. A tal punto que, si otros ordenes están conociendo de unos hechos que pueden ser delictivos antes que el orden penal, deben inmediatamente dejar de juzgar dichos hechos y traspasar la competencia al orden penal. Esto se denomina como “cuestión prejudicial penal”.

Esto viene a decir que hasta que los Tribunales de Justicia no hayan desplegado sus facultades sancionadoras, no lo podrá hacer la Administración, por lo que como vemos

¹⁷ STC 77/1983, de 3 de octubre. (ECLI:ES:TC: 1983:77).

existe una predilección y una superioridad del orden penal frente al orden administrativo sancionador, por lo que los órganos administrativos deberán esperar a ver que dictaminan los Juzgados Penales para desplegar o no sus facultades sancionadoras.

En cuanto a los efectos del non bis idem procesal tenemos los siguientes:

- Se prohíbe someter al sujeto a un doble proceso sancionador, porque eso podría suponer ir en contra del principio de non bis in idem material, al poderse imponer una doble sanción. Referido al caso, vemos la imposibilidad de someter a los sujetos a un proceso administrativo sancionador, ya que ya han sido imputados en un proceso penal.
- Supone la obligación de que la Administración ponga en conocimiento de la jurisdicción ordinaria, aquellos comportamientos realizados por un individuo que puedan suponer un delito según lo recogido en el orden penal. Esto hace referencia al supuesto en que la Administración descubriera los comportamientos de Carlos, Isak y Marta, antes de iniciar un proceso sancionador contra ellos, debería poner en conocimiento a la jurisdicción ordinaria, si cree que su conducta puede ser constitutiva de delito.
- Se habla de la preferencia del orden penal frente al orden administrativo. Como ya hemos dicho, superioridad y prevalencia del orden penal frente al administrativo.
- Se prohíbe la imposición de una sanción administrativa con posterioridad a que la sentencia penal sea absolutoria respecto a un hecho determinado. Alude a la imposibilidad de si por ejemplo en el caso de que Carlos, Isak y Marta fueran absueltos en el proceso penal, interponer una sanción administrativa posterior a esa sentencia absolutoria.

Tras esto, podemos concluir que pese a coincidir la conducta llevada a cabo por los tres sujetos, con la descrita en el art. 54.1 (b) de la Ley 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, no es posible condenarlos doblemente debido a que rige el principio de non bis idem procesal, el cual impide que alguien sea condenado doblemente en procesos distintos por los mismos hechos.

SEGUNDA PREGUNTA.

2. Teniendo en cuenta las circunstancias en las que se desarrollan los hechos cometidos por Carlos Basalo, Isak Méndez y Marta Canuria, ¿a qué Juzgado le corresponde la competencia territorial? ¿A qué Juzgado le correspondería la competencia territorial si se hubieran gestionado las solicitudes de autorización inicial de trabajo y residencia ante la Subdelegación del Gobierno de Valladolid? ¿Quiénes tienen legitimación para ser parte en el proceso? ¿Qué tipo de procedimiento habría que seguir?

2.1 COMPETENCIA TERRITORIAL.

En la Ley Orgánica del Poder Judicial se establece en su art. 9 párrafo tres que “Los del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar.”

Por lo que en un primer paso podemos aseverar que el conocimiento de estos delitos cometidos corresponde a la jurisdicción penal, al estar hablando de causas penales.

A la hora de determinar que Juzgados de lo penal van a tener competencia para juzgar estos delitos debemos dejar en claro lo que establece el art. 23¹⁸ de la LOPJ que expresa que serán competentes para conocer los Juzgados Españoles cuando los delitos se hayan cometido en territorio español.

No ofrece dudas el lugar de comisión de los delitos por parte de Marta Canuria y Carlos Basalo, específicamente en León, ciudad situada al noroeste de España, cuestión más controversial es el caso de Isak Méndez, quien cometió su participación en el delito en Marruecos, sin embargo, al ser este considerado como coautor de un delito de estafa y favorecimiento a la inmigración clandestina cuyo resultado se proyectó en territorio español, también debe ser Juzgado por Tribunales Españoles.

Antes de dirimir cual de estos Juzgados o Tribunales va a ser el competente para conocer del caso en cuestión, debemos plantearnos cuando juicios deben realizarse y ante cuantos Juzgados, ya que tenemos una pluralidad de demandados. En este sentido el art. 17 de la LECrim, nos dice que, si bien por regla general cada delito dará lugar a la formación de una única causa, existen una serie de supuestos en los que se atribuye la competencia de los llamados delitos conexos a un único Juzgado. Uno de esos supuestos¹⁹ hace referencia aquellos cometidos por varias personas en diferentes lugares cuando ha habido concierto para ello.

Es el caso que nos precede con Carlos Basalo e Isak Méndez, ambos los dos se pusieron de acuerdo previamente para realizar su parte en la ejecución de los delitos, Carlos en España e Isak en Marruecos, por lo que en virtud del punto 2 del art. 17 de la LECrim estamos ante un supuesto de conexidad.

Existe numerosa jurisprudencia²⁰ acerca de la conexidad de los delitos, la cual se fundamenta en el Derecho Procesal Penal, que busca una economía procesal y evitar la ruptura, cuando esto responda a una mejor manera a la hora del esclarecimiento de los hechos, así como de evitar soluciones contradictorias o que se opongan entre sí.

Una vez esclarecido el concepto de conexidad de los delitos y del fundamento de juzgar dos causas distintas en una sola, es momento de determinar a qué Juzgado le corresponde la competencia territorialmente para enjuiciar dichos delitos. Las reglas de atribución de la competencia territorial para la Instrucción del delito están determinadas en el art.14.2 de la LECrim. y supone el “fórum comisi delicti” esto es, el lugar del hecho delictivo. Por lo tanto, será competente el Juzgado de Instrucción del partido judicial en el que se ha producido la consumación del delito. El partido judicial, tal y como aparece definido en el art. 32 de la LOPJ supone una unidad territorial, que surge de la combinación de uno o varios municipios limítrofes, que pertenezcan a la misma provincia. Respecto a la consumación del delito, siendo que

¹⁸“En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.”

¹⁹ “Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.”

²⁰ Auto Penal N. °328/2021 de la AP de Barcelona, Sección 21, Fecha: 4 de febrero de 2021. (ECLI:ES:APB:2623A).

en el tipo de estafa dicha consumación se produce cuando la víctima del delito realiza el acto de disposición patrimonial a favor del sujeto activo, en este caso, Carlos Basálo, entendiéndose que el pago de los 10.000 euros se realizaba cuando los inmigrantes llegaban a León, serían competentes los Juzgados de Instrucción de León.

2.2 COMPETENCIA TERRITORIAL (SUPUESTO VALLADOLID).

En el caso, de que las solicitudes de trabajo y residencia se hubieran gestionado en Valladolid, el criterio cambia, y es que de acuerdo con el principio de ubicuidad promulgado por el TS²¹, se establece que puede considerarse como lugar de comisión de los hechos, todos aquellos en los que el sujeto activo ha desarrollado acciones (engaño) o mismo el sujeto pasivo (desplazamiento patrimonial) o donde se ha producido el perjuicio patrimonial. Por lo tanto, si bien el perjuicio patrimonial y el acto de disposición se siguen produciendo en León, los actos de gestión de las solicitudes falsas de trabajo y residencia, las cuales forman parte del engaño, se han producido en Valladolid. Para estos casos, se establece que será competente el Juzgado que primero conozca de los hechos. Es óbice afirmar que para que entre en juego el principio de ubicuidad es necesaria una pluralidad de lugares donde se han llevado a cabo alguna de las fases del “iter criminis”.

El “iter criminis” aparece recogido en el art. 7 de nuestro Código Penal, y en palabras de algunos autores²² hace referencia al proceso o desarrollo que todo hecho punible tiene. Este se compone de dos fases, la interna y la externa, si bien la fase interna es inimpugnable, ya que el Código Penal no castiga los pensamientos sino únicamente la conducta, es importante nombrarla ya que supone el comienzo del hecho punible. Por otro lado, la fase externa, es la externalización de la fase interna, mediante los actos que competen el hecho delictivo. Dentro de esta fase encontramos dos tipos de actos, los preparatorios (tendientes a facilitar la ejecución del delito) y los ejecutivos (actos u omisiones tendentes a realizar el tipo penal).

Determinando así que una parte del “iter criminis” del delito de estafa ha sido cometido en León (perjuicio patrimonial) y otra ha sido cometida en Valladolid (engaño), podemos confirmar que la competencia corresponde a los Juzgados de Instrucción de León o Valladolid, que dependerá en todo caso de donde se denuncien los hechos.

2.3 LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO.

En cuanto a la legitimación debemos partir desde la premisa de la publicidad de la acción penal, recogida en el art. 101 de la LECrim. Esto supone que todos los nacionales españoles podrá ejercitarla, salvo unas excepciones recogidas en el art. siguiente. Una de estas, la primera para ser exacto hace referencia a no ostentar todos los derechos civiles, podríamos pensar en un primer momento, que afecta a los inmigrantes clandestinos que entraron en España, sin embargo, el art. establece que dichas personas, podrá igualmente ejercitar la acción si el delito es contra su persona o contra sus bienes. En este caso el delito de estafa atenta contra su patrimonio directamente, por lo que si están autorizados.

²¹ Pleno no Jurisdiccional, Sala 2ª del Tribunal Supremo, Fecha: 03/02/2005.

²² SALAS BETETA C. “El Iter Criminis y los Sujetos activos del Delito” Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19. enero-junio 2007. (https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf).

Ahora bien, antes de entrar en materia debemos diferenciar la legitimación activa de la pasiva. La legitimación se da dentro de un proceso, ya sea civil, penal, administrativo. Ahora bien, la legitimación activa corresponde a la persona que ha sufrido el hecho delictivo, es decir la persona afectada. Mientras que la legitimación pasiva corresponde al autor de la conducta que ha propiciado el ejercicio de la acción que dio inicio al proceso.

Una vez clara la diferencia, cabe destacar la existencia de varias acciones penales dentro de la legitimación activa. La primera de ellas sería la acusación particular, que se encuentra recogida en el art. 110 de la LECrim. y que únicamente puede ejercitar el afectado por el delito, en defensa de sus intereses propios y con abogado y procurador. Cuestión importante reflejado en el mismo art. es que en el caso de que existieran numerosos perjudicados, el ejercicio de la acción particular por uno de ellos no impide el ejercicio de los demás.

Esta acción es el reflejo de la tutela jurisdiccional en materia penal recogida en el art. 24 de la CE (tutela judicial efectiva). En referencia a esto existe numerosa jurisprudencia²³ que alude a la negativa y a la contrariedad de interpretaciones o manifestaciones restrictivas que obstaculicen el ejercicio de dicha acción y como consiguiente el acceso al proceso. Esto se fundamenta en el hecho de que supone un reflejo de la tutela judicial efectiva recogida en nuestra Constitución, y dichas interpretaciones acabarían por provocar indefensión del ofendido, vulnerando así dicho precepto.

Además, también existen numerosas sentencias²⁴ que en virtud del art. 119 de la CE referido a la justicia gratuita, han aseverado el carácter gratuito de dicha acción. El art. 119 no deja de ser una concreción del derecho a la tutela judicial efectiva, al facilitar mediante la justicia gratuita el acceso a la misma. Es una manera de no provocar la indefensión del ofendido. Por lo que resulta razonable que la tendencia sea a asegurar el posible ejercicio de la acción penal y que además este sea gratuito.

Si bien nuestra situación es un poco peculiar, ya que en nuestro caso los ofendidos son extranjeros, para ello el art. 270 de la LECrim permite a los extranjeros perjudicados por delitos contra su persona y patrimonio, presentar una querrela e iniciar un procedimiento. Por lo tanto, los primeros legitimados para ejercitar la acción penal, serían los inmigrantes damnificados, a través de la acción particular, ya que han sufrido un perjuicio en su patrimonio.

No debemos caer en el error de asemejar la acusación particular con la denuncia. Esta se encuentra recogida en el art. 259 de la LECrim y estipula la obligación de presentarla ante un Juzgado en relación con aquella persona que presencie unos hechos que puedan ser delictivos, bajo pena de multa. La principal diferencia radica en quién presenta la acción, en la demanda es una persona que presenta los hechos, mientras que en la querrela es el ofendido por el delito. Además, quien presenta la demanda no forma parte en el proceso que se abrirá después, mientras que en la querrela sí.

Si bien los inmigrantes ofendidos son los principales sujetos que pueden efectuar la acción penal, no debemos olvidar que la LECrim establece en su art. 105 la obligación

²³ STC 38/1998, Fecha: 17 de febrero de 1998. (ECLI:ES:TS: 1998:38).

²⁴ STC 182/2002, Fecha: 14 de octubre de 2002. (ECLI:ES:TS: 2002:182).

del Ministerio Fiscal de presentar toda acción penal que considere oportuna exista o no acusador particular, salvo en los delitos privados, como las injurias o las calumnias.

Lo que significa que, en caso de ser conocedor el Ministerio Fiscal de los delitos cometidos por Carlos, Marta e Isak, tendría esta la obligación de ejercitar la acción penal hubiera o no alguno de los inmigrantes ofendidos como particulares. Por lo tanto, el segundo legitimado para ejercitar la acción penal sería el Ministerio Fiscal.

Por último, debemos analizar la última de las acusaciones, la popular, recordemos que el Código Penal propugna la publicidad de la acción penal y que, en nuestra Constitución Española, se recoge en su art. 125 la “acción popular”. Esta puede ser ejercitada por los ciudadanos a fin de participar en la Administración de Justicia y poder así perseguir cuantos delitos sea posible.

No obstante, existe una famosa sentencia²⁵ que introdujo lo que se llama como “doctrina botín”, esta permitió a Emilio Botín y tres banqueros más librarse de unas acusaciones en relación con una cesión de créditos. Esta doctrina estableció que en el caso de que el Ministerio Fiscal y la acusación particular desisten o no acusan a la persona que ha realizado el delito, esta no puede ser juzgada por la acusación popular.

Aplicado al caso, si en el supuesto de que Carlos, Marta e Isak, no fueran acusados por parte del Ministerio Fiscal o por los inmigrantes ofendidos, estos no podrían ser juzgados o imputados aun existiendo una acusación popular contra ellos. Esta doctrina viene a defender el ello de que no se persigan los delitos en caso de inobservancia de actuación del Ministerio y la acusación particular, sin embargo, choca bastante con el objetivo último del Derecho Penal, averiguar la realidad material.

La realidad material se define en Derecho, como “lo que ha pasado realmente”, es decir el conocimiento de cómo se han desarrollado los hechos. El Derecho Penal gira en torno a este principio, por lo que siempre quiere saber que ha pasado, exista o no una actividad por parte de los ofendidos o la acusación, por lo que aseverar que una persona no puede ser imputada por la acusación popular en caso de que el Ministerio y la acusación particular no acusen, supone un choque frontal con este principio.

Como cabía esperar de una doctrina tan controvertida, esta fue rechazada, o mejor dicho limitada, al año y medio, por lo que se conoce como “doctrina atuxta”²⁶. Dicha doctrina permitió condenar al presidente del Parlamento Vasco por aquel entonces, por desobediencia. Éste no había sido acusado ni por el Ministerio, ni por la acusación particular, pero sí por un sindicato que representaba la acción popular. La sentencia falló admitiendo la acusación y estableciendo un límite así a la doctrina botín, en el que por mucho que la fiscalía o la acusación particular soliciten el sobreseimiento de un caso, la acusación popular estará legitimada para instar la apertura oral en los casos que afectan a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter meta individual. Posteriormente a esto, la doctrina botín volvió a confirmarse en otros casos, como el Juicio Nos, o el de Cristina Borbón.

En referencia al caso, parece que aplicando la doctrina botín (ya que se trata del patrimonio de personas individuales y no de bienes colectivos) en el supuesto de que el Ministerio Fiscal y los inmigrantes clandestinos no acusarán, no podrían ser imputados por la acusación popular. No obstante, como vemos no existe una respuesta

²⁵ STS 1045/2007, Sala de lo Penal, Fecha: 17 de diciembre de 2007. (ECLI:ES:TS: 2007:1045).

²⁶ STS 54/2008, Sala de lo Penal, de 8 de abril de 2008. (ECLI:ES:TS: 2008:54).

clara y concisa, ya que existe cierto debate acerca de este tema, por lo que podría ser que en el caso concreto o una sentencia posterior limitase o anulase dicha doctrina.

En cuanto a la legitimación pasiva recordemos que hace referencia la persona que ha cometido el hecho delictivo. La acción penal se dirigirá contra los supuestos actores de los hechos que han propiciado su ejercicio. Estos sujetos serán los que ostenten la legitimación pasiva. No debería haber problema a la hora de identificarlos en el supuesto, pues está claro quien ha cometido los hechos punibles. En conclusión, quienes ostentan en este caso la legitimación pasiva son Marta Canuria, Carlos Basalo e Isak Méndez, autores de los delitos mencionados y las personas contra las que se dirigirá la acción penal.

2.4 TIPO DE PROCEDIMIENTO A SEGUIR.

Por último, en cuanto al procedimiento debemos aclarar que existen varios tipos, el ordinario, el especial... En la LECrim. se recoge en su art. 757 el “procedimiento abreviado”. Este art. establece que dicho procedimiento se aplicará en los casos en los que la pena privativa de libertad no supere los nueve años, o bien para penas de distinta naturaleza, cualquiera que sea su cuantía o duración.

Como determinamos anteriormente, los delitos cometidos son el de estafa agravado (art. 250) y el de favorecimiento de la inmigración clandestina (art. 318 bis). El primero tiene una pena de prisión estipulada de uno a seis años y pena de multa de seis a doce meses (ya que las circunstancias que concurren son la 5 y la 6). Por otro lado, el delito del art. 318 bis tiene una pena de prisión de tres meses a un año o pena de multa de tres a doce meses.

Como vemos la gravedad de ambos delitos incluso juntos, no reviste una especial cuantía en cuanto a la pena de prisión, por lo tanto, al ser este inferior a nueve años, el procedimiento escogido para tramitar dicho supuesto sería el abreviado.

TERCERA PREGUNTA.

3. Analice la eficacia legal de la autorización inicial de trabajo y residencia por cuenta ajena obtenida por los inmigrantes marroquíes. ¿Cuáles serían los requisitos legales y el procedimiento que seguir para solicitar la citada autorización?

3.1 ANÁLISIS SOBRE EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA LEY DE EXTRANJERÍA.

En palabras de ciertos autores²⁷ la inmigración se ha convertido en una de las cuestiones de mayor relevancia social, económica política y cultural de nuestros días, y ante esto, la respuesta del Derecho ha ido evolucionando como en tantas otras ocasiones para adaptarse, con no poca dificultad y casi nunca a satisfacción de todos.

El cuerpo normativo, acerca de este inmenso tema, se encuentra conformado por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, y la posterior aprobación de un nuevo Reglamento de extranjería por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

²⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F. “Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento.” Civitas Thomson Reuters, 1ª Edición, Madrid 2011. Pp. 765 y ss.

Esta Ley Orgánica 4/2000 supuso un paso adelante en cuanto a la regulación del estatuto jurídico del extranjero y del trabajador inmigrante. Como aspecto tremendamente positivo debe advertirse que en materia de derechos y libertades la LO 4/2000 se desmarcó de las regulaciones anteriores al relativizar en grado sumo el requisito de estancia o residencia legal en España, estableciendo la suficiencia del requisito de inscripción en el padrón municipal, para poder optar a ciertos derechos. Esto supone una apuesta clara y concisa de universalizar el acceso de los extranjeros, cualquiera que fuera su situación, a los derechos básicos de la ciudadanía, así como a visibilizar a los inmigrantes que se encuentren en una situación irregular.

Asimismo, supuso una dulcificación del régimen sancionador, limitando los supuestos de expulsión a los supuestos más graves y configurando por primera vez una vía de regularización ordinaria que suponía una excepción a la expulsión para los extranjeros que se podían acoger a ella.

Dicha ley, fue reformada por la LO 8/2000, la cual, para muchos presupuso un paso atrás en los derechos concedidos y reconocidos a los extranjeros en la LO 4/2000. El aspecto más controversial de esta nueva Ley fue la denegación de ciertos derechos a los extranjeros que se encontrarán en situación irregular en España. Así derechos como el de reunión, manifestación, asociación, sindicación huelga y educación no obligatoria, quedaban supeditados a una situación regular del extranjero.

Fue necesario esperar mucho tiempo, para que el TC despejara en varias de sus sentencias²⁸ las dudas que atentaban gravemente contra la seguridad jurídica. El alto tribunal declaró así la inconstitucionalidad de los mencionados artículos, si bien (salvo en el caso del derecho a la huelga y de la educación no obligatoria), los restantes preceptos no fueron anulados.

La siguiente modificación de la LO 4/2000 fue la LO 11/2003, que viene a ser otra vuelta de tuerca más en una política migratoria que venía aquejándose de su ineficacia y su ineficiencia. Dicha ley perseguía tres objetivos principales, 1) la mejora de los procedimientos de gestión, 2) el endurecimiento de los medios para luchar contra la inmigración ilegal, 3) la adaptación de las disposiciones que había aprobado por aquel entonces la Unión Europea.

La cuarta reforma de esta Ley, la ha protagonizado la LO 2/2009 de 11 de diciembre, la necesidad de esta Ley se justifica en la incorporación de la ya mencionada doctrina del TC, la cual había cuestionado ciertos artículos de la Ley de Extranjería y por la trasposición pendiente de ciertas directivas comunitarias.

En su conjunto la LO 2/2009, mejora la situación de los inmigrantes ilegales, cuya integración se declara un eje central de la política migratoria española y, por otro lado, intenta acabar en la medida de lo posible con la inmigración ilegal, endureciendo los controles y estableciendo unos mecanismos de sanción más severos.

En último término, la LO 10/2011, de 27 de julio, ha venido a modificar los arts. 31 bis (referido a la residencia temporal y de trabajo de mujeres extranjeras víctimas de la violencia de género) y el 59 bis (víctimas de la trata de seres humanos). En este caso no hablaremos sobre ella, dado su escasa aplicación al caso concreto.

Por otro lado, con casi un año de retraso, se publicó en el BOE el Real Decreto 557/2001, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica

²⁸ STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. (ECLI:ES:TC: 2007:236).

4/2000. Las principales causas que han impulsado este Reglamento son tres, 1) la evolución del fenómeno migratorio, caracterizado por el descenso de solicitudes de entrada en España y, el aumento de solicitudes de renovación de sus autorizaciones o de ejercicio de sus derechos, 2) clarificar y simplificar los procedimientos de extranjería y, por último, 3) incluir modificaciones materiales que responden a cambios legales.

Este Reglamento, responde a principios como la consolidación de un modelo basado en la regularidad y vinculado al mercado de trabajo, el fomento de la integración y la igualdad de derechos y deberes, el fomento y la garantía de la movilidad y el retorno voluntario de los inmigrantes.

3.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE EXTRANJERÍA.

Una vez, desmenuzada la LO 4/2000 así como sus múltiples modificaciones y reformas, lo primero que debemos determinar en su ámbito de aplicación. La Ley establece en su primer artículo²⁹, que son considerados extranjeros los que carezcan de la nacionalidad española. De la misma manera, remite a la aplicación de dicha ley a los nacionales de los Estados Miembros de la UE en los aspectos que le sea más favorable. Todo esto, sin perjuicio de los Tratados y leyes especiales de los que forma parte España.

Del dicho, es fácil deducir que son extranjeros todas las personas que no ostentan la nacionalidad española, sin embargo, no existe una similitud entre “carecer de la nacionalidad española” y “extranjero”.

España forma parte de los 27 países que conforman la Unión Europea, por tanto, debe cumplir con lo dispuesto en sus Tratados y directivas comunitarias, ya que, la normativa comunitaria se impone a la de cada Estado. En relación con esto, se encuentra recogido en los arts. del TFUE, el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en los territorios de los Estados miembros. Por lo que, las normas generales de extranjería no serán de aplicación al conjunto de nacionales de un Estado Miembro de la UE, pese a no ostentar la nacionalidad española, salvo en los casos que la Ley sea más favorable.

No debemos ahora confundir, la ciudadanía española, con la ciudadanía de la unión. La primera de ellas se adquiere por atribución o por adquisición. La primera de las vías se trata de una imposición *ex lege*. Se atribuirá tanto por filiación biológica como por filiación adoptiva. Así como también al nacido en España de padres extranjeros, si al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. La segunda vía, requiere la intervención del interesado, y para ello, tiene diversas instituciones, por opción, por naturalización, bien por residencia o por carta de naturaleza, y por posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante 10 años. Por su parte, la

²⁹ Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española.

Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.

ciudadanía de la unión se obtiene por ostentar la nacionalidad de un Estado miembro, en ningún caso, sustituye a la nacionalidad del Estado.

Por otra parte, tampoco serán de aplicación las normas generales de extranjería en los casos en los que exista un acuerdo o tratado ratificado por nuestro país. En concreto, España cuenta con tres tratados firmados con Marruecos.

- Acuerdo del entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, sobre mano de obra, hecho en Madrid el 25 de julio de 2001. Entró en vigor el 1 de septiembre de 2005.
- Acuerdo administrativo entre el Reino de España y Marruecos, relativo a los trabajadores de temporada, firmado en Madrid el 30 de septiembre de 1999.
- Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, relativos a la libre circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid, el 13 de febrero de 1992.

3.3 REQUISITOS PARA SU CONCESIÓN.

Ahora bien, metiéndonos más en materia, las autorizaciones concedidas por la Subdelegación de Gobierno de León, en el caso concreto, eran de trabajo y residencia inicial a favor de los inmigrantes. Este tipo de autorizaciones, son las que solicita un trabajador, o empresario para la contratación de un trabajador que no se halle ni resida en España.

A la hora de determinar los requisitos necesarios para la autorización, primero debemos ahondar en los arts. 36, 38 y 49 de la Ley 4/2000, relativos a autorizaciones de residencia y trabajo.

El art. 36 de la Ley 4/2000, regula la “autorización de residencia y trabajo”:

1. Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá juntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente.

2. La eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social. La Entidad Gestora comprobará en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad.

4. Para la contratación de un extranjero, el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización.

5. La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con

su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo.

Según la jurisprudencia³⁰ la autorización administrativa es una técnica de intervención pública que pertenece al tipo de la denominada actividad administrativa de limitación. Esta se define como la que opera en el ámbito de restricción de libertades de los particulares, pero sin substituir la actividad de éstos.

Dicho precepto supone un portal de entrada para la posterior regulación más pormenorizada en los arts. siguientes. Dicha autorización esta supedita al alta del trabajador en la Seguridad Social. Se establece, como medida de control, que la Entidad Gestora debe comprobar en cada caso que la actividad autorizada se corresponde con aquella en la que se pretende el alta.

Entrando a la regulación más pormenorizada, como decíamos antes nos encontramos con el art. 38 que regula la “autorización por residencia y trabajo por cuenta ajena”. Lo más destacable de esta autorización, es que su concesión estará supedita a la situación nacional de empleo. A pesar de una ausencia de definición legal de este criterio de denegación, puede entenderse, en palabras de algunos autores,³¹ por la valoración de las necesidades de mano de obra no cubiertas por españoles, ciudadanos de la Unión Europea, o residentes autorizados para trabajar, y que se ofertan a extranjeros no residentes.

Lo primero que debemos decir, es que el derecho al trabajo de los extranjeros en España es un derecho de configuración legal, ya que, al encontrarse excluido del conjunto de derechos inherentes a la persona, y, en consecuencia, imprescindibles para garantizar su dignidad, resulta constitucionalmente admisible la prioridad en el acceso al empleo de la mano de obra nacional.

Dicha situación nacional de empleo debe tenerse en cuenta en orden a la concesión de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, y en todas las formas de acceso al mercado de trabajo.

En cuanto al motivo de denegación de este permiso, la jurisprudencia³² ha dejado en claro que, “no otorga a la Administración una potestad absolutamente discrecional para conceder o denegar los permisos de trabajo en función de la situación nacional de empleo. Sino que, es más bien, una facultad atribuida bajo la técnica de conceptos jurídicos indeterminados para ponderar dicha situación.”

Por lo tanto, es labor de la Administración el análisis de la situación nacional de empleo. La manera de realizar dicha labor se encuentra recogida en el art. 65 del Reglamento 557/2011. Declara que será el Servicio Público Estatal quién, de manera trimestral y con ayuda de la información facilitada por los Servicios Públicos de las Comunidades Autónomas, realizará un Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.

Dicha calificación de una ocupación como difícil cobertura permite a los empleadores instar la tramitación de autorizaciones para residir y trabajar dirigida a trabajadores extranjeros cuando las vacantes de puestos de trabajo que necesiten cubrir lo sean en

³⁰ STS de lo Contencioso-Administrativo de 21 de diciembre de 1994. (ECLI:ES:TS: 1994:21398).

³¹ AGUELO NAVARRO. PASCUAL, “Comentario a la Ley de Extranjería”. Colex, Madrid 2013. Pp. 443 y ss.

³² STS de lo Contencioso-Administrativo, Fecha: 21/03/1997. (ECLI:ES:TS: 1997:2120).

ocupaciones incluidas en dicho Catálogo. Supone, por tanto, una nueva forma de ponderar la situación nacional de empleo previa a la autorización.

El último de los arts. de la Ley 4/2000, es el 40. Guarda relación con el artículo anterior, ya que, regula los “supuestos de excepción de la situación nacional de empleo”.

Como advertimos anteriormente, todo extranjero que pretenda desarrollar en España una actividad laboral por cuenta ajena deberá obtener la autorización pertinente, cuya concesión dependerá de la valoración por parte de la Administración de la situación nacional de empleo. Sin embargo, este artículo recoge los supuestos en los que no se tendrá en cuenta dicha situación.

En el caso que nos concierne, estamos ante un supuesto de autorización de residencia y empleo por cuenta ajena. Los marroquíes integran a España para trabajar en una empresa de construcciones de un nacional. No concurre supuesto alguno de excepción de la situación nacional de empleo, por lo tanto, la Administración, en este caso, la Subdelegación de Gobierno de León, deberá analizar la situación nacional de empleo antes de conceder dicha autorización. En pie al caso, podemos entender que sí existían ofertas de trabajo para extranjeros no residentes, debido a que dicha Subdelegación sí concede las autorizaciones de residencia y empleo.

No obstante, no solo es necesario el control de la situación nacional de empleo, posteriormente, también es preceptivo el análisis del cumplimiento de una serie de requisitos para conceder la autorización.

Dichos requisitos se encuentran recogidos en el art. 64 del Reglamento 557/2011 y aparecen divididos en dos grupos. Por un lado, los relativos a la obtención de la residencia y, por otro lado, los relativos a la obtención de la actividad laboral.

Con relación a los requisitos de la residencia, los tres primeros hacen referencia a la persona en sí, anulando la concesión de la autorización en caso de que, se encuentre en situación irregular en España, tenga antecedentes penales, tanto en España como en los países de anterior residencia durante los último 5 años en caso de ser considerados delitos en el ordenamiento español y, no figure como rechazable en países con los que España tenga firmado un convenio a tal efecto. Los dos restantes, hace referencia, por un lado, haber transcurrido el plazo de compromiso de no regreso a España del extranjero, asumido por éste en el marco de su retorno voluntario al país de origen y, por otro lado, se haya abonado la tasa por tramitación de la autorización de residencia temporal.

Respecto a los requisitos de obtención de la actividad laboral, alguno de ellos hablan sobre actos que tiene que hacer el empleador, como presentar un contrato de trabajo firmado por el trabajador y por él mismo y que garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia que dure la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, también solicitar que se formalice su inscripción en el correspondiente régimen de Seguridad Social, por último, que el empleador cuente con los medios económicos, materiales o personales, suficientes para su proyecto empresarial y asumir sus obligaciones. Como vemos, muchas de ellas son requisitos de garantía, a fin de que una vez que lleguen los inmigrantes desempeñen efectivamente un trabajo y no queden desamparados.

Los requisitos restantes por su parte hacen referencia al análisis de la situación nacional de empleo, descrita anteriormente, a que las condiciones del contrato se

ajusten a la normativa vigente, a que el trabajador tenga la capacitación y las cualidades profesionales exigibles legalmente para desarrollar dicha actividad y al pago de la tasa relativa a la autorización por cuenta ajena.

Una vez analizada la situación económica nacional y cumplidos los requisitos se da inicio al procedimiento.

3.4 PROCEDIMIENTO PARA SU CONCESIÓN.

El procedimiento aparece regulado en el art. 67 del Reglamento de 557/2011. El procedimiento inicia con la presentación de la correspondiente solicitud de trabajo y residencia por cuenta ajena, ante el órgano competente, por parte del empleador, ya sea personalmente o por persona que lo represente legalmente, para su tramitación, en la provincia donde se vaya a ejercer dicha actividad laboral.

Esa solicitud debe contener una serie de documentación preceptiva, sin la que no se concederá dicha autorización. En primer lugar, es necesario el NIF de la persona física, salvo que accede a la verificación de sus datos por el Sistema de Verificación de Datos. En caso de ser persona jurídica, será necesario documento público que acredite la representación legal de la persona física que realiza la solicitud.

Es necesario entregar el contrato original junto con copia, en el modelo oficialmente establecido, así como un certificado del Servicio Público de empleo relativo al estudio del análisis de la situación económica nacional, que acredite la insuficiencia de demandantes de empleo para cubrir ese puesto de trabajo.

En relación con verificar el proyecto empresarial, es necesario documento acreditativo de los medios económicos, materiales y personales, para hacer frente a las obligaciones y asumir sus responsabilidades. El art. 67 del mismo Reglamento, se establecen las pautas a la hora de analizar si cumple con los medios necesarios para hacer frente a la actividad que quiere desarrollar. Además, se especifica, que no se podrán acreditar dichos medios en base a subvenciones, subsidios y otras ayudas de carácter no contributivo.

Los siguientes pasos son con respecto al interesado, debe presentarse copia del documento completo pasaporte de viaje, en vigor, del trabajador extranjero. Debe acreditarse que tiene la capacitación y las cualidades profesionales legalmente exigidas para realizar dicha actividad. Así como, en caso de alegar una de las causas de exoneración de la situación económica nacional, debe acreditarla.

Recibida dicha solicitud, el órgano competente la registrará, dejando constancia de su presentación y grabándola en la aplicación informática, para que los órganos competentes de resolver pueden saber de su presentación.

Una vez registrada la solicitud, el órgano competente para resolver, comprobará si concurre alguna de las causas de inadmisión, resolviendo motivadamente su inadmisión en caso de que concurra alguna.

Admitida a trámite la solicitud, se da comienzo a la instrucción del procedimiento y a su inmediata tramitación. En este momento se cotejará la información proporcionada por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social, con el fin de comprobar si se han abonado los pertinentes impuestos, y se han cumplido las obligaciones relativas a la Seguridad Social. Así como la facilitada por la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil

y el Registro Central de Penados, para asegurar que el interesado carece de antecedentes penales.

Asimismo, el órgano competente revisará que se acompaña a la solicitud con toda la información necesaria descrita anteriormente y, en caso de existir algún defecto formulará un requerimiento a fin de que se subsanen en el plazo de 10 días. En caso de no subsanarse en ese período se entenderá por desistido el procedimiento.

Tras este análisis, el órgano competente resolverá en el plazo máximo de tres meses atendiendo a la información proporcionada y a la documentación presentada, atendiendo a los requisitos previstos en esta Sección.

En fin, concedida la autorización de trabajo, y se encuentre en España, el empresario deberá registrar en los Servicios Públicos de Empleo el contrato de trabajo que dio lugar a la solicitud y formalizar el alta en la Seguridad Social, y si no pudiese iniciar la relación laboral, el empresario estará obligado a comunicarlo a las autoridades competentes. A tal fin, el art. 67.9 del RLOEx dispone que en el supuesto de que el empleador que solicitó la autorización inicial comunicara a la Oficina de Extranjería en el plazo de quince días desde que el extranjero entró en el territorio español, la no posibilidad de inicio de la relación laboral, dicha comunicación supondrá la apertura de un plazo de cuarenta y cinco días en el que un segundo empleador interesado podría iniciar una relación laboral.

El procedimiento también se cuida en caso de muerte o desaparición del empleador. En este caso, el trabajador podrá ser dado de alta por otro empresario, previa realización de las actuaciones previstas, y siempre y cuando se realice en los tres meses desde su entrada legal en España.

3.5 EFICACIA LEGAL DE LA AUTORIZACIÓN.

El art. 69 del RLOEx establece como una de las causas de denegación de la autorización inicial de residencia y trabajo, no cumplir con los requisitos anteriormente citados. Si recordamos, uno de esos requisitos, hace referencia a que el inmigrante desempeñe efectivamente un trabajo durante toda la vigencia de la autorización.

En nuestro caso, los inmigrantes cuando llegaban eran abandonados por Carlos Basalo, por lo que en ningún momento llegaban a trabajar en su empresa no cumpliendo así con dicho requisito. No obstante, Carlos a fin de proyectar una apariencia de legalidad, presentaba ofertas falsas de empleo y daba de alta en la SS a los trabajadores, engañando así tanto a los inmigrantes como a la Administración.

En el caso que nos ocupa, la Subdelegación de Gobierno de León concedió las autorizaciones, como consecuencia de dicho engaño propiciado por Carlos. En la Ley 39/2015 del Procedimiento Común de las Administraciones Públicas se nos explica en su art. 39 los efectos que tienen los actos administrativos. Dichos actos se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en la que se dicten.

Por lo tanto, dicha autorización de residencia y trabajo se presumirá en un primer momento como válida desde el día en que se otorgó y tendrá eficacia legal. Cuestión distinta, es que, dicho acto administrativo sea declarado nulo de pleno derecho, por alguna de las causas recogidas en el art. 47 de la misma Ley. En específico, una de estas, hace referencia a aquellos actos administrativos que sean consecuencia de una infracción penal.

La definición de nulidad de pleno derecho la encontramos en algunos diccionarios³³, estableciéndose como la invalidez de un acto, que obedece a un vicio de tal magnitud que justifica la no prescripción de la acción de nulidad. Por lo tanto, en cualquier momento, podría ejercitarse la acción de nulidad respecto a dicho acto administrativo para dejarlo sin efecto.

En conclusión, la autorización inicial de residencia y trabajo sí tiene en un primer momento, validez y eficacia legal, ya que se presume válida, pero al ser consecuencia de una infracción penal, está afectada por una causa de nulidad de pleno derecho, y, como consecuencia, podrá ser anulada en cualquier momento.

CUARTA PREGUNTA.

4. Analice y califique jurídicamente los hechos cometidos por Antonio Ramírez. ¿Se puede determinar que ha existido abuso de una situación de necesidad? ¿El acta de la infracción de la inspección de trabajo tiene rango probatorio? ¿Tiene derecho a recibir alguna indemnización el marroquí Hamid Meznie?

4.1 CALIFICACIÓN PENAL DE LOS HECHOS. (ART. 311.1 C.P. Y ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE ABUSO DE NECESIDAD).

Antonio Ramírez, socio único de la empresa “FINCA RAMÍREZ S.L.U.” contrató a uno de los marroquíes que habían sido engañados por Carlos Basalo, llamado Hamid, este llegó a España con la idea de trabajar en la empresa de Carlos Basalo, no obstante, una vez llegó se encontró con que había sido estafado, por tanto, surgió la necesidad urgente de buscar un nuevo trabajo.

Antonio Ramírez le propició un trabajo a este inmigrante, si bien le concedía 30 días de vacaciones, Hamid trabajaba sin el preceptivo descanso semanal, además, era alojado en una paridera sin las condiciones esenciales de salubridad y habitabilidad.

El Código Penal regula en su Título XV los “delitos contra los derechos de los trabajadores”. En su art. 311.1 hace referencia a aquellas personas que, mediante engaño o aprovechamiento de una situación de necesidad, impongan a los trabajadores, condiciones laborales o de la Seguridad Social, que restrinjan o supriman, los derechos que tienen concedidos por ley, contratos o convenios.

Este artículo trata de proteger las condiciones laborales mínimas a las que no pueden renunciar los trabajadores. Se consideran típicos en esta conducta el trabajo “negro” o “sumergido” al privar al trabajador de los estándares necesarios de protección. También adquieren relevancia jurídico penal, la conculcación de las normas que disciplinan el trabajo a domicilio, la regulación de la jornada máxima, del salario mínimo y de las reglas en materia de horas extraordinarias, trabajo nocturno y descanso.

En relación con las condiciones de la Seguridad Social se entienden típicas las infracciones de las obligaciones de encuadramiento (afiliación, altas y bajas), las relativas al pago directo de las prestaciones por incapacidad temporal o maternidad y las mejoras voluntarias de la acción protectora contenidas en los convenios colectivos.

³³ Definición nulidad (Diccionario Panhispánico de español jurídico, s.f., definición 1). (<https://dpej.rae.es/lema/nulidad-de-pleno-derecho>).

Ahora bien, y a diferencia de lo establecido en el renovado Ap. 2 acertadamente, solo adquieren relevancia penal aquellas limitaciones de las condiciones laborales mínimas en las que medie engaño o aprovechamiento de la situación de necesidad. Ambos medios comisivos permiten distinguirlo del correspondiente ilícito laboral (art. 7.10 LISOS) y dotarlo de un mínimo contenido de antijuricidad material necesario para justificar la imposición de toda pena.

Por lo tanto, para afirmar la existencia del delito, no basta con que el empresario imponga condiciones desfavorables para el trabajador, sino que se precisa que tal imposición se realice mediante unos determinados medios comisivos legalmente tasados que serían el engaño y el abuso de superioridad.

El primer medio tasado al que se alude es el engaño, medio que ya venía siendo exigido bajo la vigencia del Código Penal anterior por la jurisprudencia, y que ha llevado a que se interprete el engaño, según reiterada jurisprudencia, como todo ardid o maquinación fraudulenta por parte del empresario destinada a originar un error en el trabajador respecto de las condiciones o derechos que el ordenamiento laboral y de la Seguridad Social le reconocen.

Por su parte, el otro medio comisivo es el abuso de situación de necesidad. La alusión a este precepto como medio comisivo ha sido criticado por amplio sector de la doctrina ya sea por resultar redundante, puesto que el desequilibrio entre empleador y asalariado es objetivo y aquél se sirve de ello para imponer sus condiciones, a lo que hay que añadir que nadie pacta por debajo de los mínimos legales irrenunciables si no está constreñido a hacerlo.

En palabras de reconocidos autores ³⁴ en la práctica, el primero se identifica con el engaño típico de la estafa. Con respecto al segundo, doctrina y jurisprudencia barajan dos interpretaciones: a) extensiva: resulta consustancial a toda relación laboral debido a la situación de inferioridad y subordinación en que se encuentra el trabajador con respecto al empresario y a las dificultades de acceso al empleo; b) restrictiva: debe probarse en todo caso que el empresario se aprovechó de la concreta situación de precariedad en que se encontraba el trabajador en cuestión.

Es decir, existen resumiendo dos interpretaciones doctrinales acerca de dicho medio comisivo, por un lado, una extensiva, que entiende que la situación de necesidad existe en toda relación laboral como consecuencia normal de la estructura desigual del mercado de trabajo, en la que el trabajador demanda del empleador un bien escaso para imponer sus condiciones. Por otro lado, existe un sentido estricto del mismo, que requiere que el empresario se aproveche de una concreta situación de precariedad en la que se puedan encontrar unos trabajadores determinados, que puede derivar tanto de la situación personal en que se hallen, como del sector laboral en el que se encuadren y que, por ende, es diferente de la objetiva y teórica situación de necesidad en que se encuentran toda persona que demanda un empleo.

Desde esta óptica se ha dicho que por abuso debe entenderse cualquier clase de aprovechamiento, o de hacer un uso excesivo e indebido de su especial posición de fuerza en el ámbito de las relaciones laborales, y que situación de necesidad es una expresión en principio sin contornos o límites.

³⁴ MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, S.M.P. “Comentarios al Código Penal”. Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Madrid 2015. Pp. 1326 y ss.

Cabe resaltar, que para la jurisprudencia³⁵ en líneas generales, el abuso de la situación de necesidad viene generado por el mercado de trabajo que provoca un desequilibrio entre asalariado y empleador, del que este último se prevalece para imponer unas condiciones ilegales que nadie aceptaría si no estuviese forzado a hacerlo. Se ha referido a esta situación, como aquella en la que no se puede elegir debido a la angustia o ansiedad laboral, o al uso indebido de la especial posición de fuerza en el ámbito de las relaciones laborales.

Por lo que, si bien en un primer momento, parecería sencillo calificar la conducta de Antonio Ramírez, como una conducta típica del art. 311.1, ya que ha impuesto unas condiciones laborales que atentan contra los derechos esenciales trabajadores como el descanso (trabajar sin el preceptivo descanso semanal), habrá que acreditar que ha existido engaño o aprovechamiento de una situación de necesidad para aplicar dicho artículo.

Vamos a definir los diferentes elementos de la conducta recogida en este art. para poder entender mejor el hecho de que se haya aprovechado o no de una situación de necesidad.

En la conducta se habla de “imponer”, en relación con una situación que elimine los mecanismos esenciales del trabajador a la hora de reivindicar sus derechos que se ven perjudicados.

En relación con los medios comisivos, tenemos dos el engaño y el aprovechamiento, el engaño puede equiparse al mencionado en el delito de estafa del Código Penal, relativo a maquinaciones o procedimientos maliciosos.

Con respecto al aprovechamiento de la situación de necesidad, esta debe tener más peso que la mera diferencia de poder entre empleador y trabajador que está presente en nuestro mercado laboral.

Existe una reconocida sentencia³⁶ que refleja algo de luz a la hora de determinar si ha existido o no un aprovechamiento de una situación de necesidad. En primer lugar, establece que habrá que determinarse caso por caso si existe o no tal aprovechamiento.

Establece que un criterio relevante para su determinación es en su relación con el otro término al que acompaña, la “imposición”. Destacando que debe entenderse por abuso de necesidad, algo con más consistencia que la desigualdad existente entre el trabajador y el empleador en el mundo laboral.

Por ello, es necesario justificar desde un punto objetivo que ha existido una vulneración tal de los derechos del trabajador que justifique la acción penal, y desde un punto de vista subjetivo, habrá que entrar a valorar las condiciones de los trabajadores afectados, así como las concretas circunstancias que rodean el caso concreto.

Recalca, además, la importancia de la relevancia de los derechos vulnerados en cuanto esta justifique la acción penal, ya que no todas las vulneraciones de los derechos de los trabajadores darán como consecuencia la aplicación de dicho precepto.

Se explica en dicha sentencia que “abusar quiere decir: Aprovecharse de forma excesiva de una persona, o de una facultad o cualidad de alguien en beneficio propio.

³⁵ STS 2613/2016, de 9 de abril. (ECLI:ES:TS: 2016:2613).

³⁶ STS 3389/2017 de 28 de septiembre de 2017. (ECLI:ES:TS:2017/3389).

Lo que, por un lado, en lo objetivo, ya reclama una cierta entidad calificadora del aprovechamiento. Pero es que, además, por otro, exige, desde la perspectiva subjetiva del elemento, que el autor conozca la situación de la víctima y que ésta acepte forzada la relación laboral y busque voluntariamente que ésta acepte unas condiciones que, de no concurrir la situación, sabe que no aceptaría”.

Hay que mencionar que la última tendencia del Tribunal Supremo³⁷ es interpretar el abuso de necesidad como algo más que la consustancial desigualdad entre empresario y trabajador (como se ha venido diciendo a lo largo del trabajo) que entiende puede concretarse en la penuria o incluso en la miseria en que se halla el hombre o la mujer, que ante la urgencia de poder tener lo mínimo o imprescindible para poder subsistir dignamente, pacta lo que se le ofrece y que a pesar de no admitirlo internamente lo acepta con la finalidad indicada. Esto guarda relación con lo comentado antes, y es que no todas las vulneraciones de derechos de los trabajadores van a tener como respuesta el ejercicio de la acción penal, sino, solo aquellas que por su relevancia tengan la consistencia tal de justificar dicha acción.

Volviendo al supuesto concreto, vamos a analizar los hechos que se encuentran probados, a fin de determinar si existe una relación entre los mismos y el abuso de necesidad exigido en la comisión del mencionado artículo.

El trabajador marroquí Hamid, trabaja sin el preceptivo descanso semanal, teniendo un período vacacional de 30 días, estas condiciones fueron aceptadas por el trabajador. A su vez, Hamid dormía en la paridera, la cual no disponía ni de cocina, ni de sanitarios, ni de agua corriente, así como tampoco de las condiciones necesarias de habitabilidad y salubridad. No obstante, no parece que Antonio haya obligado a Hamid a pernoctar ahí ni tampoco parece haberle cobrado por ello.

Bien, una vez descritos los hechos probados es hora de determinar de acuerdo con las diferentes interpretaciones si ha existido o no abuso de la situación de necesidad del trabajador marroquí.

Partimos del pretexto de que Hamid fue uno de los trabajadores marroquíes que llegó a España y fue engañado por Carlos Basalo. En este contexto, Antonio Ramírez le ofreció trabajo, si bien, privándole de un derecho básico y elemental como es el descanso semanal, no supone una cuestión meramente económica, sino una vulneración directa contra uno de lo más fundamentales derechos de los trabajadores. En cuestión la relevancia o la consistencia del derecho vulnerado queda aquí acreditada y. justifica el ejercicio de la acción penal.

Ahora bien, dichas condiciones de trabajo nunca habrían sido aceptadas en una situación normal, es necesaria una situación de vulnerabilidad para acatarlas. Recordemos que, Hamid viene de Marruecos engañado, quedando desamparado, carente de arraigo, con un escaso nivel cultural, desconocedor del idioma nacional y con pocas habilidades y relaciones en el país como para superar dicha situación.

El conjunto de todas estas circunstancias crea una atmósfera perfecta, para llevar a cabo una sutil presión encaminada a vulnerar derechos fundamentales con la idea de que va a ser aceptada a fin de esa situación de vulnerabilidad.

³⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. “Derecho Penal del Trabajo, Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social”. Tirant lo Blanch, Madrid 2020. Pp. 598 y ss.

El elemento subjetivo necesario surge del hecho probado. Podemos determinar que, desde el conocimiento y la voluntad, aunque sea solo relativo al dolo eventual, las actuaciones de Antonio Ramírez suponen un aprovechamiento de estado de necesidad de Hamid, el cual le ofrece una oferta de trabajo al mismo, con la intención de obtener un beneficio económico, suprimiendo uno de los derechos más fundamentales de los trabajadores como es el descanso semanal. Esta oferta era ofrecida en una atmósfera de angustia y ansiedad, en la que el rechazo de esta suponía para Hamid quedarse sin trabajo, sin ingresos, en un país donde no es nacional y donde no cuenta con los medios necesarios para buscar o encontrar otra oferta de trabajo. Por todo ello, podemos concluir que queda acreditada tanta la consistencia de la vulneración de un derecho fundamental de los trabajadores, como la utilización de un medio comisivo reconocido legalmente, en este caso, el abuso de una situación de necesidad, para cometer dicho delito.

4.2 CALIFICACIÓN PENAL DE LOS HECHOS. (ART. 316 C.P.)

Por otra parte, el Código Penal recoge otra conducta en su art. 316, la relativa a los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando obligado por ley, no proporcionen los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de higiene y seguridad necesarias, causando así un peligro para su vida o su integridad física.

Este artículo tipifica una conducta de omisión de las adecuadas medidas de higiene y seguridad en el trabajo, al que se le suma la exigencia de un riesgo grave, personificado en la puesta en peligro de la vida, salud o integridad física del trabajador.

Existen obras³⁸ que nos indican los elementos que debe contener este tipo de delito. 1) la infracción de normas de riesgos laborales, 2) la omisión de facilitar los medios necesarios para realizar el trabajo, 3) la ausencia de condiciones de seguridad adecuadas y 4) el efecto de poner en peligro la vida o la integridad física de los trabajadores.

La jurisprudencia³⁹ lo define más concretamente como un complejo delito de comisión por omisión, en el que el resultado no lo constituye la pérdida de la vida o de la integridad física del trabajador, sino la creación de un riesgo grave para tales bienes. Recordemos que no basta cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, por que esté exige, un adecuado nexo de causalidad, es decir el hecho de que la norma infringida ponga en grave riesgo su salud o su integridad física, con la correspondiente aplicación de las infracciones más graves.

Dicho precepto, tiene como bien jurídico protegido los derechos fundamentales de los trabajadores, más concretamente del derecho a disfrutar de las adecuadas medidas de seguridad e higiene. La seguridad en el trabajo se define como la ausencia de peligros para la integridad física y la salud del trabajador derivados de las condiciones materiales del mismo.

Por su parte también se recalca por la jurisprudencia⁴⁰ subraya la indisponibilidad del bien jurídico protegido. Esto viene a decir que el derecho de los trabajadores a unas

³⁸ AMADEO GADEA, S. “Código Penal, Parte especial, Volumen II, Tomo II” ED: Factum Libri, 1ª Edición, Madrid 2011. Pp. 234 y ss.

³⁹ SAP de Barcelona, Sección 7ª, Fecha: 7/02/2018. (ECLI:ES: APB: 2018:4072).

⁴⁰ STS 2918/2021, de 8 de julio. (ECLI:ES:TS: 2021:2918).

medidas de seguridad e higiene adecuadas no es disponible, por lo tanto, es irrelevante el consentimiento del trabajador de aceptarlas o de asumirlas fáctica o explícitamente.

Se hace hincapié en esto, por casos en los que el empresario alega que la lesión o la muerte del trabajador ha sido a causa de una aceptación voluntaria a dichas condiciones, o por comodidad o desprecio por el peligro. Sin embargo, como ya hemos remarcado anteriormente el consentimiento por parte del trabajador no supone causa justificante alguna, ya que el derecho a unas adecuadas medidas de higiene y seguridad es indisponible.

Proyectando lo anterior al caso concreto, no se nos explica en qué condiciones trabajaba Hamid, sin embargo, si se nos dice que una inspectora levantó acta por infracción grave en materia de riesgos laborales, por no cumplir con las adecuadas medidas de higiene y seguridad. Como se desarrollará posteriormente las actas tienen valor probatorio, por lo tanto, podemos concluir que, si existían evidencias claras en el puesto de trabajo de Hamid, de ausencia de medidas de higiene y seguridad a las que está obligado atender Antonio Ramírez.

4.3 ACTUACIÓN INSPECTORA (ACTA Y SU RANGO PROBATORIO).

En relación con lo expuesto anteriormente, una de las actuaciones mediante la cual la ITSS podrá realizar la actuación inspectora consistirá en la visita a los centros o lugares de trabajo, sin necesidad de aviso previo, tal y como ocurre en el supuesto, dónde una inspectora visita el lugar de trabajo de Antonio Ramírez, a fin de inspeccionar las condiciones de trabajo del lugar.

La vista de inspección por el inspector o subinspector es el modo de actuación paradigmático para el ejercicio de la actividad inspectora. A tal efecto, estos pueden entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo. Si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de una persona física, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial. Aquí no ha lugar, debido a que la inspección se realiza en una granja que entendemos no coincide con la residencia de Antonio Ramírez.

Al efectuar una visita de inspección, deberán identificarse documentalmente y comunicar su presencia al empresario o a su representante o persona inspeccionada, a menos que consideren que dicha identificación y comunicación pueden perjudicar el éxito de sus funciones. Podrán ejecutarse estas visitas por único funcionario o por un conjunto de estos, así como, a su vez, podrán realizarse más de una visita sucesiva.

Las visitas a los centros de trabajo deben ser completadas habitualmente con el requerimiento de personación del sujeto pasivo de la actuación inspectora en las dependencias públicas indicadas, para que se aporte aquella documentación que no obra en ese momento en el centro de trabajo y está sujeta a comprobación administrativa por el funcionario actuante. Por su parte, el tiempo que media entre el requerimiento de comparecencia y el día en que se produce la misma, se considera a todos los efectos como parte de la duración de las actuaciones inspectoras.

En estas inspecciones, puede ocurrir como en el caso, que las condiciones laborales no sean las correctas, en tal caso, el inspector podrá imponer diversas sanciones. Esto tiene su fundamento en que la Administración Pública está dotada por el ordenamiento de poderes jurídicos que la facultan para el ejercicio de su actividad,

que inciden irremediabilmente en la esfera de los administrados, a fin de satisfacer el interés general.

Estos poderes jurídicos reciben el nombre de potestades administrativas, y se conceden para fines específicos previstos en nuestro ordenamiento. De tal forma, que suponen potestades públicas que regidas por principios análogos a los empleados en el orden jurisdiccional penal.

La potestad sancionadora puede definirse como la prerrogativa que posibilita a la Administración, enmendar los incumplimientos al ordenamiento jurídico, mediante la imposición de sanciones a los incumplidores, siempre que dichos incumplimientos estén tipificados como infracción.

Supone, por tanto, una potestad pública que exige una regulación legal previa que tipifique las infracciones, cuando se contraviene el ordenamiento, con posibilidad de innovación hasta cierto punto por parte de la Administración, con imposibilidad de incidir en actuaciones que puedan ser como delitos tipificados en el Código Penal.

En lo que respecta a la potestad sancionadora, esta incide directa e indirectamente en los derechos y libertades fundamentales que los administrados tienen por disposición de la propia CE.

Entre las potestades administrativas con que cuenta la Administración para el ejercicio de su actividad encomendada por las leyes, tiene un papel estelar la potestad sancionadora. La Administración tiene atribuida por las leyes la competencia para imponer determinadas sanciones cuando se ha producido una infracción administrativa. Se entiende por sanción “un mal infligido por la Administración a un administrado, como consecuencia de una conducta ilegal, que consiste en privarle de un bien o un derecho, generalmente en la imposición de una obligación de pago de una multa”.

Dentro de este grupo de sanciones, las actas de infracción⁴¹ suponen la más clara y relevante expresión de estas medidas. Aparece actualmente recogida en el art. 22.5 de la Ley 23/2015, que expresa la competencia del inspector para iniciar dicho procedimiento sancionador, a través de la extensión de actas de infracción o de infracción por obstrucción. Cabe destacar, que también pertenecen a este género otras decisiones del inspector.

A tal relevancia de dichas sanciones, el procedimiento administrativo sancionador queda circunscrito de manera exclusiva al acta de infracción y en caso de obstrucción, ya que este último es una derivación directa del mismo. El procedimiento administrativo como tal aparece regulado en el Capítulo III RGPSL. comprensivo de los arts. 13 al 21. De tal forma, que solo a través de este, se podrá imponer una sanción de las contempladas en la LISOS, con la sola excepción de los supuestos de las sanciones leves y graves a imponer a solicitantes y beneficiarios de prestaciones del Sistema de Seguridad Social.

Tal es la magnitud de estas actas y de la actuación sancionadora de las AP que, desde siempre, estas han pretendido que ciertos documentos de su propio ámbito den fe de su contenido y, por lo tanto, se presume la veracidad de estos, salvo que se pruebe a

⁴¹ “Documento por el que se inicia de oficio el procedimiento sancionador, como resultado de la actividad inspectora previa, extendido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y por el que se propone la imposición de una sanción.” (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico s.f., definición 1).

contrario. Este tipo de documentos de carácter público administrativo posibilita la eficacia de la actividad administrativa. En la legislación común (Código Civil) se establece que son documentos públicos los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por Ley. De igual forma, en el art. 317 de la LEC se establece que también serán considerados documentos públicos los expedidos por los funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en el ejercicio de sus funciones.

Estos documentos públicos están impregnados de una presunción de certeza que dará prueba plena de las circunstancias que documenten, así como de la fecha en la que se produce dicha documentación y de la identidad de todas las personas que intervienen.⁴²

Trasladando la cuestión al ámbito de la ITSS, las actas por esta levantada tienen la naturaleza jurídica de documentos públicos. Así se manifiesta que los hechos constatados por los funcionarios de las ITSS, que se formalicen en las actas de infracción, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas o documentos que puedan aportar los interesados en defensa de sus intereses.

Pese a que queda clara la presunción de veracidad de las actas de infracción, este principio en un primer momento parece que choca con el principio de presunción de inocencia. En palabras de algunos autores⁴³ la presunción de certeza del acta de la ITSS consiste en que los hechos que conforman su contenido y que han sido probados por el inspector, tiene el efecto de invertir la carga de la prueba, correspondiendo a ello al sujeto responsable del acta, quien deberá probar que los hechos constatados por el inspector y recogidos en el acta o en su caso su informe, no son ciertos.

El TS⁴⁴ ha venido exigiendo una serie de requisitos para dotar al acta de la ITSS de la presunción de certeza. En consecuencia, el inspector deberá probar los hechos que incorpora al acta, en cuyo caso aquellos son afectados por el principio de veracidad del acta. Además, dicha presunción es “iuris tantum”, es decir, admite prueba en contrario, cediendo así la presunción de veracidad por basarse dichos hechos en ella recogidos en pruebas insuficientes o, cuando las pruebas presentadas por la parte interesada son suficientes como para desvirtuar el contenido de esta.

Por tanto, en el Derecho administrativo sancionador son de aplicación los principios del Derecho Penal para desvirtuar el principio de la presunción de inocencia. Lo que se traduce en que incumbe a la Administración la carga de la prueba. Ello supone la presunción de certeza de la actuación inspectora. Y es así y ahora, cuando se produce el desplazamiento sobre el sujeto responsable de la carga de la prueba contraria. La presunción de legalidad del acto administrativo exige al sujeto responsable que accione para que no se haga firme.

En conclusión, el acta de infracción levantada por la inspectora tras visitar el lugar de trabajo de Antonio Ramírez tiene presunción de certeza. Esta presunción de veracidad contempla todos los hechos recogida en ella, la fecha, así como la identidad de todos

⁴² Ley de Enjuiciamiento Criminal, Capítulo VI “De los medios de Prueba y las Presunciones”, Sección 2ª “De los Documentos Públicos”, art. 319.

⁴³ SICRE GILABERT. F. “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la actuación inspectora y el procedimiento sancionador.” Editorial Jurídica Sepin, S.L., 1ª Edición, Madrid 2018. Pp. 143 y ss.

⁴⁴ STC 90/1994, de 17 de marzo. (BOE-T-1994-8339).

los partícipes. Por lo que corresponderá a Antonio Ramírez presentar pruebas suficientes como para desvirtuar dicha acta y que no se vuelva firme.

Por último, hacer alusión a la opinión que le merece al célebre jurista, inspector de trabajo y catedrático de Derecho laboral, FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, acerca de que función debe cumplir a su juicio la inspección de trabajo en el contexto del empleo y de las relaciones laborales. Dicha opinión se encuentra recogida en un famoso libro⁴⁵ de Joaquín García Murcia.

Explica que dicha pregunta no debe ser enfrentada desde un punto de vista sobre el análisis de las funciones de la Inspección de Trabajo, sino de si las mencionadas “misiones” de la IT varían o no en atención a las concretas circunstancias del contexto en el que se desarrollan.

Como sabemos el contexto no tiene un significado “unívoco” sino que es un término polisémico. En el marco de las relaciones laborales y el empleo, podríamos decir que las referencias más importantes en cuanto al contexto son: político, jurídico, económico, sindical, tecnológico, formativo, social y demográfico.

En el transcurso del mencionado contexto, las legislaciones han venido atribuyendo a la IT una pluralidad de cometidos que pueden agruparse en dos categorías. Por un lado, las funciones básicas, y de otro lado las accesorias o secundarias.

Desde sus orígenes, pues, la legislación española ha encomendado a la IT una doble función. Por un lado, la vigilancia en el cumplimiento de las leyes laborales a resultas de la cual pueden constatar infracciones de las que se deriven las correspondientes sanciones (como es el supuesto que nos ocupa); y, por otro lado, la información a empresarios y trabajador, así como sus representantes de las disposiciones sociales.

Pues bien, en un contexto tan complejo como el actual, las funciones que la IT debe asumir se corresponden con las funciones básicas o esenciales que serían las descritas anteriormente (vigilancia y control aplicativo de las normas laborales, información y asesoramiento técnico). Y no solo asumirlas, sino también intensificar el desarrollo de estas, reprimiendo sin reserva alguna las diversas manifestaciones de trabajo sumergido y sancionando con la máxima energía el uso abusivo de fórmulas de precariedad del empleo.

4.4 RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

En lo que respecta, al derecho a la indemnización, como sabemos en el Código Penal se recoge en su Título V lo relativo a la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales.

En varios de estos arts.⁴⁶ se nos explica que la realización de una conducta tipificada como delito dará lugar a la obligación, por parte del causante de este, de reparar los daños y perjuicios causados. Además, en todo caso, el perjudicado podría optar a la jurisdicción civil a fin de exigir la responsabilidad civil del delito.

⁴⁵ GARCÍA MURCIA, J. “La Inspección de trabajo, regulación española y perspectiva internacional”. Aranzadi, Madrid 2016. Pp. 54 y ss.

⁴⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal. (arts. 109, 110).

Esta obligación de reparar el daño causado puede comprender ya sea la restitución de un bien, que haya sido eliminado o sustraído, la reparación del daño o bien una indemnización por los daños y perjuicios causados. En torno a la indemnización se nos dice, además, que no solo habrá que indemnizar a la víctima, sino también a aquellos familiares y terceros que hubieran podido verse afectados por el delito.

A fin de esclarecer de mejor manera lo que supone la responsabilidad civil derivada del delito, podemos dirigirnos a la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, la cual en su art. 72 apartado quinto, hace referencia al requisito indispensable de haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, para posteriormente describir lo que se entiende por satisfacer dicha responsabilidad.

Explica que se tendrá en cuenta diversos efectos como las conductas anteriormente mencionadas de restituir el bien, reparar y demás, pero también efectos tales como, las condiciones patrimoniales y personales del sujeto, capacidad presente y futura para satisfacer la responsabilidad, las garantías, el enriquecimiento que el culpable haya obtenido por la comisión de dicho delito etc....

En el Código Penal se nos dice en su art. 116 que, toda persona que sea responsable de la comisión de un delito lo es también civilmente si del hecho se han derivado daños o perjuicios. Además, en su art. 118 hace alusión a que en ningún caso se va a exonerar de la responsabilidad civil, pese a los casos tasados de exención de la responsabilidad criminal.

Por lo tanto, es nuestro caso Antonio Ramírez es culpable en primer lugar del delito de imponer condiciones de trabajo que restrinjan los derechos de los trabajadores, más concretamente el descanso semanal preceptivo de Hamid. Como es evidente, no estamos ante el robo de un bien, por lo que no surge la responsabilidad civil de restituir un bien sustraído o que ha sido dañado, también es evidente la imposibilidad de reparar el daño, debido a que es inviable volver atrás y conceder esos días de descanso obligatorios, por lo que, como última opción viable nos queda una indemnización por los daños y perjuicios causados a Hamid como consecuencia de esa falta del descanso semanal, reconocido como uno de los derechos más fundamentales de los trabajadores.

La responsabilidad civil del delito se personifica aquí como la indemnización a la que tiene derecho percibir Hamid, como consecuencia de no haber disfrutado de esos descansos semanales. A mayores, también podemos apoyarnos en algunas sentencias⁴⁷ de casos similares, en las que de la misma manera se establecen condiciones que restringen los derechos de los trabajadores inmigrantes y, el Tribunal decide imponer como responsabilidad civil una indemnización por los daños y derechos violados de esos trabajadores.

De igual manera, Antonio Ramírez también es autor de un delito de infracción de las normas de higiene y seguridad necesarias en su lugar de trabajo. De igual manera, no estamos ante una restitución de un bien dañado o sustraído, así como también se hace evidente la imposibilidad de reparar el daño causado, reflejado aquí en la puesta en peligro y falta de condiciones de higiene que tiene que soportar Hamid en el trabajo. Hamid ya ha realizado su trabajo en dichas condiciones por lo que resulta

⁴⁷ STS 3389/2017 de 28 de septiembre de 2017. (ECLI:ES:TS: 2017:3389).

imposible repara el daño. De nuevo, la única opción plausible es la indemnización por daños y perjuicios que ha sufrido Hamid.

De modo que, podemos afirmar que de la comisión de cualquier acto tipificado como delito surge una responsabilidad civil derivada del mismo y que, por tanto, Hamid al ser víctima de dos delitos contra los derechos de los trabajadores, tiene derecho a percibir una indemnización, como consecuencia de los derechos que viene viendo restringidos y de las malas condiciones en las que viene trabajando.

QUINTA PREGUNTA.

5. Dadas las circunstancias en las que Hamid Meznie consiguió la autorización de trabajo y residencia, ¿el contrato de trabajo efectuado con Antonio Ramírez es eficaz? ¿Tendría Hamid Meznie derecho a percibir una indemnización por despido?

5.1 ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN IRREGULAR DE HAMID.

Para empezar, recordemos que Hamid llegó a España engañado por unas ofertas falsas de empleo realizadas por Carlos Basalo, mediante la cual obtuvo de forma fraudulenta la autorización inicial de trabajo y residencia.

Esta autorización carece de eficacia legal, debido a que no se cumple uno de sus requisitos para su concesión, el relativo a desempeñar efectivamente un trabajo durante el tiempo vigente que dure dicha autorización. Una vez que, dichos trabajadores inmigrantes llegaban a España eran abandonados por Carlos Basalo, quién se lucraba con el dinero que estos habían abonado.

En la página del Ministerio del Interior⁴⁸ se establecen los requisitos de entrada al territorio español. El extranjero que pretenda entrar deberá presentar el pasaporte o el documento de viaje en vigor que acredite su identidad, y que, si considera válido para tal fin en virtud de los Convenios internacionales suscritos por España, además, no debe estar sujeto a ninguna de las prohibiciones expresas. De otro lado, deberá presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de entrada y estancia, así como acreditar que tiene suficientes recursos económicos.

En este contexto, entra en juego la autorización inicial de trabajo y residencia viciada presentada por Hamid. Esta autorización acreditaría el objeto y las condiciones del viaje del sujeto que la presenta, permitiendo así su entrada en España, no obstante, en el caso de Hamid se encuentra viciada por no cumplir los requisitos. Sin embargo, no podemos considerar a Hamid como un inmigrante clandestino, ya que él no tenía conocimiento del engaño, por lo que, diremos que se encuentra en situación irregular en territorio español.

Se establece que se encuentra en una situación irregular en España, aquel extranjero que no haya entrado de manera regular por puestos habilitados y con la documentación necesaria, y otros dos supuestos en los que, entrando de forma irregular no ha podido renovar su autorización o ha cumplido el plazo de estancia.

⁴⁸ Ministerio del Inclusion, Seguridad Social y Migraciones. Secretaría de Estado de Migraciones. (Portal de inmigración). Última modificación: enero de 2015. (<https://extranjeros.inclusion.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanoscomunitarios/hoja017/index.html>).

La cuestión de la salvaguarda y protección de los derechos de los inmigrantes en situación irregular es uno de los campos más difíciles para la regulación de la inmigración. Más aún, teniendo en cuenta el incremento y alto porcentaje de estos flujos migratorios que llegan a la Unión Europea.

La tutela de dichos derechos se ha visto algo afectada debido a la mayor intensidad en la lucha contra la inmigración clandestina e irregular, aunque es innegable que existe una protección hacia estos derechos en nuestra Constitución Española.

Nuestra Constitución Española, recoge lo relativo a los derechos de los extranjeros en su art. 13, dónde establece que estos gozarán de las libertades públicas, garantizadas en el Título I de esta, en los términos previstos en los Tratados y la Ley.

Para algunos autores⁴⁹ este precepto establece una previsión abierta e indeterminada, la cual vive en tensión entre su primera parte, que garantiza a los extranjeros las libertades públicas, pero que posteriormente restringe en su segunda parte, limitándolo a los términos previstos en los Tratados y leyes.

Más, no podemos nombrar únicamente el art. 13, dado que este se encuentra en evidente relación con el art. 10 de la Constitución que establece que son fundamento del orden y la paz social los derechos inherentes y la dignidad de la persona. Por tanto, la Constitución establece una serie de derechos que no pueden ser restringidos o eliminados por el legislador, cualquiera que sea la situación del inmigrante.

En una sentencia reciente el TC⁵⁰, se establece que el legislador no puede negar a los inmigrantes, cualquiera que sea su situación (regular, irregular, clandestina) los derechos más ligados al concepto de dignidad humana y derechos inherentes a la persona por su condición de tal, sin importar en este caso, la nación o la situación de la persona.

Por lo tanto, y pese a la situación irregular de Hamid este ostentaría una serie de derechos inherentes a su condición de persona que no pueden ser restringidos en ningún caso por parte del legislador.

5.2 CONCEPTO DE CONTRATO Y SUS CARACTERÍSTICAS.

El contrato como tal, aparece regulado en el Código Civil⁵¹, diciendo que él mismo existe cuando dos personas se obligan respecto de otra u otras a dar algo o prestar algún servicio.

A su vez, se determina que las partes contratantes pueden establecer las pautas, cláusulas y condiciones de este, siempre y cuando estas no sean contrarias a la moral, la ley o el orden público.

El contrato se perfecciona por el consentimiento y, desde ese momento obliga a su cumplimiento, no sólo a lo que se haya pactado por las partes, sino también a todo lo que sea inherente por razón de la buena fe, el uso y la ley. Dicho cumplimiento, no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, dado que eso, podría dar numerosos casos de abusos o engaños en las relaciones contractuales.

⁴⁹ SCUTO, F. “Derecho de los inmigrantes en situación irregular” ReDCE. Año 8. Núm. 16. Julio/diciembre 2011. Págs. 215-257. (https://www.ugr.es/~redce/REDCE16pdf/06_scuto.pdf).

⁵⁰ STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. (BOE-T-2007-211162).

⁵¹ Real Decreto 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil. (arts. 1254 ss.).

El contrato se perfecciona por el consentimiento, sin embargo, este es sólo uno de los tres requisitos que se necesitan para que exista. El segundo de ellos es el objeto del contrato, y el tercero, la causa.

El consentimiento se manifiesta en base a la oferta y la aceptación, así mismo, no puede estar prestado como consecuencia de ataques de violencia, intimidación o por error, ya que esto, convertirá al consentimiento en nulo.

De otro lado, el objeto del contrato hace referencia a las obligaciones contractuales asumidas por las partes, y que pueden consistir en hacer, dar o no hacer alguna cosa. El objeto debe ser cierto, en el sentido de que no podrán ser objeto del contrato cosas imposibles o inviables, así como tampoco, cosas contrarias a la ley o a la buena moral.

Por último, estaría la causa, que dependerá del tipo de relación en la que nos encontremos. En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.

Con relación a nuestro caso, Antonio Ramírez y Hamid son partes de un contrato de trabajo, en el que, Antonio es el oferente y Hamid es el aceptante. No existe ningún vicio acerca del consentimiento, ya que Hamid aceptó el contrato sin que mediase violencia o intimidación, ni tampoco error. Por su parte, el objeto de dicho contrato es cierto, dado que consiste en una obligación de hacer por parte de Hamid, relativa al trabajo que desempeña en la granja. Por último, la causa de este contrato es remuneratorio, obligándose Antonio a pagar a Hamid por el servicio prestado.

Por lo cual, vemos que se cumplen los tres requisitos necesarios del contrato y, en consecuencia, el contrato obligará no solo a las condiciones que hayan pactado entre ambos, sino también a todo aquello relativo a las buenas costumbres, la moral y la ley.

En cuanto a la eficacia, se recoge en el art. 1091 del Código Civil, que estos tendrán fuerza de ley entre las partes contratantes, así como que solo producen efectos entre las partes contratantes.

En conclusión, el contrato celebrado por Antonio Ramírez y Hamid cumple con los tres requisitos indispensables para la existencia del contrato, por lo que es eficaz, desplegando así sus efectos entre Hamid y Antonio, obligando al primero a realizar un servicio en la granja y, al segundo a remunerar dicho servicio.

Cuestión distinta es que, algunas cláusulas de ese contrato, como la relativa a trabajar sin el preceptivo descanso semanal sean nulas por ser contrarias a la Ley, pero el contrato sigue desplegando sus efectos jurídicos entre ambos, y por tanto es eficaz.

5.3 CONTRATO DE TRABAJO Y CAUSAS DE EXTINCIÓN.

En el estatuto de trabajadores⁵² (ET de ahora en adelante) se establece que un contrato de trabajo se presumirá existente entre todo aquel que preste un servicio por cuenta y dentro de la organización y dirección de otro, a cambio de una remuneración por parte de este.

⁵² Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (Art. 37.)

A su vez, en el mismo ET se establecen las formas y efectos de la extinción de los contratos. En cuanto a la forma de extinción de los contratos encontramos varias: generales, por voluntad del trabajador, objetivas, despido colectivo, despido disciplinario o el despido improcedente.

No cabe duda, que el contrato celebrado entre Antonio y Hamid es un contrato de trabajo, en el que Hamid presta un servicio bajo la dirección y organización de Antonio en su granja, a cambio de una remuneración. Por otro lado, las causas de extinción que nos interesan en este supuesto serían las objetivas, las cuales como se explicará posteriormente dan derecho a una indemnización.

5.4 ANÁLISIS SOBRE EL DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO.

Pese a lo descrito anteriormente, acerca de los derechos fundamentales que la Constitución Española reconoce a los extranjeros independientemente de la situación en la que se encuentre, cabe decir que, con anterioridad a la Ley de Extranjería, los Tribunales decían que el contrato de trabajo suscrito por un extranjero sin permiso de trabajo era nulo, y, por tanto, no surtía efecto alguno, apoyándose los mismos en el art. 6.3 del CC.

El precepto anteriormente mencionado, en su apartado 6 se pronuncia en ese sentido afirmando que “la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas la de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo.

Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero”.

Como vemos, anteriormente tanto la Ley como la jurisprudencia adoptaban una postura muy estricta ante los trabajadores que carecían de la autorización inicial de residencia y trabajo, impidiendo a los mismos obtener las prestaciones por desempleo. Si siguiéramos esta línea Hamid no tendría derecho a la indemnización dado que carece de dicha autorización.

Aunque, no fue hasta la publicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, LOEX en adelante, que hubo una apertura y una suavización en cuanto a la regulación de las situaciones de los inmigrantes irregulares.

Si bien en dicha LOEX, se establece en su art. 36 que “1. Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar”. No obstante, ha sido la jurisprudencia⁵³ quién ha venido a determinar, que, aunque el contrato de trabajo sin la preceptiva autorización, este afectado por la sanción de nulidad que establece el art. 7.1 del ET, en relación con el art. 36.1 de la

⁵³ STS 2398/2012 de 17 de septiembre de 2013. (ECLI:ES:TS: 2012:2398).

LOEX, la misma ley salva la sanción de nulidad considerando que tiene validez respecto a los derechos del trabajador afectado.

Por lo tanto, el contrato realizado con un extranjero en situación irregular no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. Además, no puede ser considerado un obstáculo para que obtenga las prestaciones que le pudiesen corresponder aun siendo nulo. La relación laboral que existe entre la empresa y el trabajador extranjero, aunque carezca de los permisos pertinentes, tiene plena eficacia jurídica, recalcando de nuevo que el contrato celebrado es perfectamente válido y eficaz.

Ahora bien, que la jurisprudencia haya dictaminado que, un contrato de trabajo celebrado con un inmigrante en situación irregular no invalida los derechos del trabajador, esto, no responde al derecho a obtener una indemnización por parte de Hamid.

Para ello, debemos de nuevo acudir a más jurisprudencia, en la que el TS⁵⁴ consideró que el trabajador extranjero, sin permiso de trabajo ni residencia tenía derecho a la aplicación del ET en cuanto a la extinción de la relación laboral, con la protección al trabajador que prevé este cuerpo legal. Con una particularidad, y es que, en los casos de despido, no existe la posibilidad de readmitir al extranjero que carezca de permiso de residencia de manera que, accedería a la indemnización por despido.

Además, el Tribunal Supremo en senda jurisprudencia establece que la falta de permiso de residencia es causa de despido objetivo, motivo por el que deben cumplirse los requisitos de este para que sea válida e indemnizar al trabajador por la extinción de la relación.

Aquí, es donde entran en juego las causas objetivas de extinción del contrato. Estas causas y sus efectos están recogidas en los arts. 52 y ss. del ET. Entre los efectos que surgen de una extinción por causa objetiva, se encuentra la obligación del empresario de poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

En conclusión, la situación irregular del inmigrante en España no elimina sus derechos como trabajador, dado que el contrato de trabajo sigue siendo perfectamente válido y eficaz. En sintonía con lo anterior, si bien, la situación irregular no afecta a los derechos, la falta de permiso de residencia será considerada como causa objetiva de extinción del contrato. Uno de los requisitos de esta extinción por causas objetivas, sería el derecho del trabajador a percibir una indemnización económica. Sumado todo esto, a la imposibilidad de readmitir a una persona que carezca de la preceptiva autorización de residencia y trabajo. Por lo tanto, podemos concluir que Hamid si tiene derecho a una indemnización por despido.

⁵⁴ STS 5820/2003 de 29 de septiembre de 2003. (ECLI:ES:TS: 2003:5820).

V CONCLUSIONES.

Una vez analizadas las diferentes cuestiones del supuesto, no cabe duda de que Carlos Basalo y Marta Canuria, han sido autores de los delitos recogidos en los arts. 318 bis y 250.1 del C.P relativos al delito de favorecimiento de la inmigración clandestina y de estafa hiperagravada respectivamente. A su vez, queda probada la implicación en dichos delitos de Isak Méndez, colaborador marroquí que ayudaba a la comisión de estos desde Marruecos y, sin cuya aportación nunca podrían haberse llevado a cabo. Además, junto a dicha conducta de Isak se pone de relieve, su móvil económico, incurriendo así en una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, en específico, la agravante de precio, promesa o recompensa.

Ante esta situación, surge la imposibilidad de imponer a dichas conductas sanciones tanto penales como administrativas, predicado de la Ley 4/2000, la cual claramente impide imponer sanciones administrativas en caso de que la conducta constituya un delito, como en nuestro caso.

Se han reflejado perfectamente los requisitos para la concesión de la autorización inicial de trabajo y residencia recogidos en la Ley 4/2000, de 11 de enero, de los derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros y su integración social. Se ha puesto de manifiesto, la vulneración del requisito a que dichos inmigrantes desempeñen un trabajo efectivo durante toda la vigencia de la autorización. A su vez, se han descrito paso por paso los procedimientos necesarios para su concesión recogidos en el Reglamento 557/2011, de 20 de abril. Pese a todo, se determina la eficacia legal de la autorización inicial, ya que los actos administrativos se presumen válidos desde el momento en el que se otorgan, tal y como se desprende del art. 39 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Común de las Administraciones Públicas. Por lo tanto, está será eficaz hasta que se inicie el proceso para anularla.

Respecto de la conducta de Antonio Ramírez, podemos afirmar su autoría en un delito contra los derechos de los trabajadores, recogido en el art. 311.1 del C.P. obligando a trabajar a Hamid (inmigrante marroquí) sin el preceptivo descanso semanal, derecho vital de los trabajadores recogido en el ET. De la misma manera, queda acreditado en dicha actuación el abuso de una situación de necesidad, manifestada en el conjunto de factores, tales como la situación de la víctima y demás, precepto necesario para la comisión de dicho delito. A su vez, también resulta ser autor de un delito de infracción de las normas de prevención de higiene y riesgos laborales. Dicha situación queda acreditada por el acta que levanta la inspectora de trabajo en una de visitas, la cual tiene rango probatorio tal y como puede desprenderse de la LECrim y numerosa jurisprudencia.

Se ha puesto de manifiesto, la responsabilidad civil derivada de la comisión de cualquier delito, recogida en el Código Penal. En este caso, materializada en una indemnización, debido a la imposibilidad de realizar cualquier de las otras formas recogidas de la responsabilidad civil.

Por último, y en base a numerosa normativa y jurisprudencia, no cabe duda de que pese a la situación irregular del inmigrante Hamid, el contrato realizado con Antonio, cuenta con todos los elementos necesarios del mismo y es plenamente válido y eficaz. De la misma manera, la jurisprudencia ha establecido que la falta de permiso de trabajo y residencia supone una causa objetiva de extinción del contrato, dichas causas se encuentran reguladas en los arts. 52 y ss. del ET y uno de sus requisitos es el derecho a una indemnización. Por lo tanto, Hamid si tiene derecho a una indemnización.

VI BIBLIOGRAFÍA.

AGUELO NAVARRO. PASCUAL, “Comentario a la Ley de Extranjería”. Colex, Madrid 2013. Pp. 443 y ss.

AMADEO GADEA, S. “Código Penal, Parte especial, Volumen II, Tomo II” ED: Factum Libri, 1ª Edición, Madrid 2011. Pp. 234 y ss.

ANDRÉ SOTA SANCHÉZ. P. “Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la autoría como dominio funcional del hecho.” Derecho y Cambio Social. (https://www.derechocambiosocial.com/revista027/coautoria_dominio_del_hecho.pdf).

ARIAS EIBE, M.J. “Responsabilidad Criminal, Circunstancias Modificativas y su Fundamento en el Código Penal, Una visión desde la Doctrina y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”. J.M. Bosch Editor, Barcelona 2007. Pp. 345 y ss.

BELÉN ARTERO MORALES. A, Jurisprudencia en materia de responsabilidad de personas jurídicas y efectos prácticos, Lemat abogados y consultores, departamento jurídico, 24 de octubre de 2019. (<https://lematabogados.com/blog/jurisprudencia-en-materia-de-responsabilidad-de-personas-juridicas-y-efectos-practicos/>).

CAVAS MARTÍNEZ, F. “Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento.” Civitas Thomson Reuters, 1ª Edición, Madrid 2011. Pp. 765 y ss.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R. “Derecho Penal del trabajo, los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social”. Tirant lo Blanch, Madrid 2020. Pp. 598 y ss.

GARCÍA MURICA. J. “La Inspección de trabajo, regulación española y perspectiva internacional”. Aranzadi, Madrid 2016. Pp. 54 y ss.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “Código Penal: Comentado y con Jurisprudencia”. Comares, Madrid 2010. Pp. 75 y ss.

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, S.M.P. “Comentarios al Código Penal”. Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Madrid 2015. Pp. 1326 y ss.

PERÉZ ALONSO, E. Tráfico de personas e inmigración clandestina. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 100 y ss.

SALAS BETETA C. “El Iter Criminis y los Sujetos activos del Delito” Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19. enero-junio 2007. (https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf).

SANCHÉZ PARRA, F.J. “Tratamiento Jurisprudencial de la autoría conjunta y la inducción”, Madrid 2008. (https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=401134&d=1).

SCUTO, F. “Derecho de los inmigrantes en situación irregular” ReDCE. Año 8. Núm. 16. Julio/diciembre 2011. Págs. 215-257. (https://www.ugr.es/~redce/REDCE16pdf/06_scuto.pdf).

SICRE GILABERT. F. “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la actuación inspectora y el procedimiento sancionador.” Editorial Jurídica Sepin, S.L., 1ª Edición, Madrid 2018. Pp. 143 y ss.

VAZQUÉZ IRUZUBIETA. C. “Comentario al Código Penal”. Atelier, Madrid 2015.
Pp. 213 y ss.

VII APÉNDICE LEGISLATIVO.

Constitución española de 1978. – (ELI: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. – (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>).

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. – (<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. – (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>).

Ley Orgánica 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. – (<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8168>).

Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. – (<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>).

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. – (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23708>).

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. – (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>).

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. – (<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>).

Real Decreto del 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. – (<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>).

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. – (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7703>).

Real Decreto 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. – (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>).

Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social. – (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-15060>).

Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. Protocolos. Anexos. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa. – (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70002>).

VIII APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

STC 77/1983, de 3 de octubre. (ECLI:ES:TC: 1983:77).

STC 90/1994, de 17 de marzo. (BOE-T-1994-8339).

STC 38/1998, Fecha: 17 de febrero de 1998. (ECLI:ES:TS: 1998:38).

STC 182/2002, Fecha: 14 de octubre de 2002. (ECLI:ES:TS: 2002:182).

STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. (BOE-T-2007-211162).

TRIBUNAL SUPREMO.

STS de lo Contencioso-Administrativo de 21 de diciembre de 1994. (ECLI:ES:TS: 1994:21398).

STS de lo Contencioso-Administrativo, Fecha: 21/03/1997. (ECLI:ES:TS: 1997:2120).

STS 5820/2003 de 29 de septiembre de 2003. (ECLI:ES:TS: 2003:5820).

STS 1056/2005, de 24 de febrero. (ECLI:ES:TS: 2005:1152).

STS 1045/2007, Sala de lo Penal, Fecha: 17 de diciembre de 2007. (ECLI:ES:TS: 2007:1045).

STS 54/2008, Sala de lo Penal, de 8 de abril de 2008. (ECLI:ES:TS: 2008:54).

STS 302/2008, de 27 de mayo. (ECLI:ES:TS: 2008:2451).

STS 1387/ 2009, de 30 de diciembre. (ECLI:ES:TS: 2009:8415).

STS 2398/2012 de 17 de septiembre de 2013. (ECLI:ES:TS: 2012:2398).

STS 613/2016, de 29 de febrero. (ECLI:ES:TS: 2016:613).

STS 181/2016, de 3 de marzo. (ECLI:ES:TS: 2016:825).

STS 221/2016, de 16 de marzo. (ECLI:ES:TS: 2016:221).

STS 2613/2016, de 9 de abril. (ECLI:ES:TS: 2016:2613).

STS 3389/2017 de 28 de septiembre de 2017. (ECLI:ES:TS: 2017:3389).

STS 2918/2021, de 8 de julio. (ECLI:ES:TS: 2021:2918).

Pleno no Jurisdiccional, Sala 2ª del Tribunal Supremo, Fecha: 03/02/2005.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA.

STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, Núm. de Recurso: 121/2022 de 05 de abril. (ECLI: ES: TSJM: 2022:4652).

AUDIENCIA PROVINCIAL.

SAP de Barcelona 132/2006, de 10 de febrero. (ECLI:ES: APB: 2006:1363).

SAP de Barcelona, Sección 7ª, Fecha: 7/02/2018. (ECLI:ES: APB: 2018:4072).

Auto Penal N. °328/2021 de la AP de Barcelona, Sección 21, Fecha: 4 de febrero de 2021.
(ECLI:ES: APB:2623A).