



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

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

Trabajo de Fin de Grado

Grado en Derecho

Curso 2021/2022

Alumna: Lucía Salcines Fontán

Tutor: Ricardo Pedro Ron Latas

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3-4
INTRODUCCIÓN	5
ANTECEDENTES DE HECHO Y CUESTIONES	6-7
RESOLUCIÓN DE CUESTIONES	8-38
CUESTIÓN 1	8-23
I. Calificación penal de los hechos.	8-17
I.1. El delito de favorecimiento de la inmigración irregular.	8-12
I.2. Otros delitos.	12-17
II. La responsabilidad criminal.	17-23
II.1. Causas eximentes.	17-19
II.2. Circunstancias modificativas.	19-21
III. La infracción administrativa simultánea.	21-23
CUESTIÓN 2	22-26
I. La competencia territorial.	22-23
II. La legitimación para ser parte.	23-25
III. El procedimiento.	25-26
CUESTIÓN 3	27-31
I. La autorización de residencia y trabajo.	27-31
I.1. Requisitos.	27-28
I.2. Procedimiento.	28-30
I.3. Eficacia legal.	30-31
CUESTIÓN 4	31-37
I. Calificación de los hechos.	31-34
II. El rango probatorio de la acta de infracción de la inspección de trabajo.	34-35
III. La indemnización por daños y perjuicios.	36-37
CUESTIÓN 5	37-39
I. La eficacia del contrato de trabajo.	37-38
II. El derecho a indemnización por despido.	38-39
CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	41-43
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	44-48
APÉNDICE LEGISLATIVO	49-50

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CIS	Centro de Investigaciones Sociológicas
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, nº281
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ET	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. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, nº255
FD	Fundamento de derecho
FGE	Fiscalía General del Estado
LECrim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Gaceta de Madrid, 17 de septiembre de 1882, nº260
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Boletín Oficial del Estado, 8 de agosto de 2000, nº189
LO	Ley Orgánica
LOEX	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Boletín Oficial del Estado, 12 de enero de 2000, nº10
LOITSS	Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, 22 de julio de 2015, nº174
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 1985, nº157
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado, de 2 de octubre de 2015, nº236
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. Boletín Oficial del Estado, 10 de noviembre de 1995, nº269.
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Boletín Oficial del Estado, 11 de octubre de 2011, nº245
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
RD	Real Decreto
RISOS	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 liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, 3 de junio de 1998, nº132
RLOEX	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, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Boletín Oficial del Estado, 30 de abril de 2011, nº103
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial

SJP	Sentencia del Juzgado de lo Penal
SS	Seguridad Social
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

El fenómeno migratorio, en tanto que responde a la necesidad de la persona de mejorar sus condiciones de vida a causa de las diferencias económicas, políticas y sociales existentes entre los distintos países, ha sido una realidad constante a lo largo de toda la historia de la humanidad. En este sentido, España se configuraba tradicionalmente como un país emisor de emigrantes -especialmente en el S.XX-, pero con la entrada en la CEE -que derivaría en la actual UE¹- cambiaron las tornas y pasó a convertirse, según informes de la OIM², en uno de los veinte países que más inmigrantes reciben cada año. Esta realidad provocó que la cuestión de la inmigración se convirtiera en uno de los problemas que más preocupa a la sociedad española, tal y como revelan los datos del CIS³, llegando a ser, incluso, el principal en septiembre de 2006, tras la “crisis de los cayucos”. Esta problemática continúa muy presente entre la ciudadanía aún a día de hoy, circunstancia que se refleja en el auge de ciertos partidos que, situándose en extremos contrarios del espectro político, mantienen posturas radicalmente opuestas acerca de la inmigración.

Los poderes públicos también reaccionaron desde un primer momento a esta nueva realidad, y así, en 1985, tras la firma del Tratado de Adhesión del Reino de España a la CEE⁴, fue promulgada la primera ley de extranjería de la historia de nuestro país, la cual sería modificada posteriormente en sucesivas ocasiones. La actual LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), junto con su reglamento -contenido en el RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009 (RLOEX)-, recogen una serie de requisitos y procedimientos que han de cumplir aquellos extranjeros que quieran entrar, residir o ejercer una actividad laboral en territorio español.

La anterior normativa podría parecer contraria a lo dispuesto por el art.13 de la DUDH, al decir que “*toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir residencia en el territorio de un estado*” y “*(...) a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país*”. Sin embargo, tal y como indica el TC, lo anterior sólo garantiza el derecho a entrar en el país del que uno es nacional⁵. También a este respecto nuestro alto tribunal declaró que regular los flujos migratorios estableciendo normas que impidan la entrada en España no atenta contra la persona⁶.

Como consecuencia de las dificultades que, por tanto, pueden encontrar los extranjeros para acceder o permanecer en territorio español, aparece el fenómeno de la inmigración irregular, llevada a cabo “*al margen de las normas de los Estados de partida, de tránsito o receptor*”⁷. Nuestro legislador, consciente de esta realidad, sancionó estas conductas tanto por vía administrativa como por vía penal, pudiendo destacar de esta última el delito de favorecimiento de la inmigración irregular. Asimismo, protegió también a los inmigrantes como trabajadores, en tanto que, siendo la actividad laboral la finalidad con la que la gran mayoría de ellos vienen a nuestro país, hay quienes aprovechan su situación de necesidad para imponerles condiciones laborales que atentan contra sus derechos.

El presente trabajo gira, precisamente, entorno a estas dos últimas cuestiones, las cuales, junto a otras conexas, pasarán a analizarse con más detenimiento a través del supuesto que a continuación se expone.

¹ Unión Europea. Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Diario Oficial de la Unión Europea L 191, 29 de julio de 1992, págs. 1-112 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/treaty/teu/sign>)

² MCAULIFFE, MARIE y TRIANDAFYLLIDOU, ANNA., *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022*. Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Ginebra, 2021, págs. 26, 30, 42, 92 y 211. [Localizado en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/WMR-2022-ES_0.pdf]

³ CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS, *Tres problemas principales que existen en España*, 2020. [Localizado en: https://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html]

⁴ Unión Europea. Tratado relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad europea de la Energía Atómica, firmado en Lisboa y Madrid el 12 de junio de 1985. Diario Oficial de la Unión Europea L 302, 11 de noviembre de 1985, págs.9-497 (ELI: http://data.europa.eu/eli/treaty/acc_1985/sign).

⁵ STC 72/2005, de 4 de abril (ECLI:ES:TC:2005:72).

⁶ STC 94/1993, de 22 de marzo (ECLI:ES:TC:1993:94).

⁷ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *La inmigración en España: Efectos y oportunidades*, Colección Informes, nº02/2019, Madrid, 2019. [Localizado en: <http://www.ces.es/documents/10180/5209150/Inf0219.pdf>]

ANTECEDENTES 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 podría 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 ésta 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 a 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?

RESOLUCIÓN DE CUESTIONES

CUESTIÓN 1

I. CALIFICACIÓN PENAL DE LOS HECHOS.

Los hechos anteriormente descritos son constitutivos del delito de favorecimiento de la inmigración irregular recogido en el art.318 bis del Código Penal (CP). No obstante, las conductas expuestas podrían parecer encajar en otros tipos delictivos como la trata de personas -art.177 bis CP-, la estafa -art.248 CP-, el tráfico ilegal de mano de obra -art.312 CP-, la emigración fraudulenta -art.313 CP- o la falsificación de documentos privados -art.395 CP-, razón por la que en el presente apartado se analizará, primero, el delito de favorecimiento de la inmigración irregular, a fin de fundamentar su mejor adecuación con el supuesto descrito, para, seguidamente, tratar de forma sucinta las restantes figuras, puntualizando sus diferencias con el anterior y los motivos por los que se ajustan o no a los acontecimientos contemplados.

I.1. El delito de favorecimiento de la inmigración irregular.

El delito de favorecimiento de la inmigración irregular se encuentra previsto en el art.318 bis CP, siendo el único integrante del Título XV Bis “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” del Libro II “Delitos y sus penas”. Éste fue introducido en nuestra ley penal a través de la Disposición Final Segunda de la LOEX, la cual también sanciona la inmigración irregular por vía administrativa -como se verá en el punto III de esta misma cuestión-.

Desde su redacción original dicho artículo ha sufrido un total de cuatro modificaciones que reformaron elementos muy diversos de su contenido, como las conductas típicas, las agravantes, las atenuantes, las penas principales o las penas accesorias. Dado que no todas ellas afectaron de forma significativa a los aspectos que, para este trabajo, resultan relevantes, no se profundizará aquí sobre estas, sino que será a lo largo de la presente sección donde se irán mencionando aquellas que sí sean de interés en atención al caso descrito.

En la actualidad, el tipo básico de este delito aparece configurado en el primer apartado del art.318 bis, según el cual *“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 del mismo 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.”*

La primera nota que se extrae de lo anterior es que se trata de un delito común, al no exigir ninguna condición en particular relativa al sujeto activo. De esta forma, cualquiera puede cometer este delito, incluso una persona jurídica, pues así lo prevé el apartado quinto del mismo artículo.

También de su literalidad se desprende que éste es un delito esencialmente doloso. Así lo quiso evidenciar el legislador al incorporar el término “intencionadamente” al precepto mediante la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP. De este modo lo venía entendiendo también la FGE, quien ya había precisado en sus Circulares 2/2006⁸ y 5/2011⁹ que no es admisible el dolo eventual ni la comisión por imprudencia en este delito. Por lo tanto, *“el sujeto activo ha de conocer que las personas que introduce en España carecen de los requisitos para hacerlo y que, al ayudarles, está desobedeciendo la normativa administrativa que regula dicha entrada”*¹⁰. Al margen de esto, no se precisa que concurra ningún otro elemento subjetivo de lo injusto.

⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular nº2/2006, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España. (FIS-C-2006-00002) [Localizado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2006-00002>]

⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular nº5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración. (FIS-C-2011-00005) [Localizado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2011-00005>]

¹⁰ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág.430.

Siguiendo con la lectura del artículo se concluye, asimismo, que la conducta típica puede ser cometida mediante unos medios e instrumentos ilimitados, dada la amplitud de acciones que admite el verbo empleado “ayudar”. Esta imprecisa y superficial descripción “conduce a la adopción de un concepto unitario de autor”¹¹, “siendo suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplirse la previsión normativa”¹². Como consecuencia, “se equiparan a la autoría conductas que materialmente son de participación”¹³, siendo “difícil de admitir otro grado de participación distinto”¹⁴.

Dentro de esta extensa variedad de acciones que pueden integrar la ayuda tipificada, son numerosas las sentencias que han considerado la aportación de un contrato de trabajo falso en favor de extranjero como constitutiva del delito de favorecimiento de la inmigración irregular¹⁵. En todo caso, lo determinante aquí no es tanto el comportamiento en que la contribución se materialice, sino el que éste se oriente a conseguir la entrada o el tránsito del extranjero en territorio nacional de un modo que vulnere la legislación vigente al efecto.

En relación a dicho modo, el art.318 bis CP no concreta cuándo la entrada o el tránsito se vuelve ilegal, sino que para conocer tal extremo y terminar de configurar los límites del comportamiento ilícito, realiza una remisión a “*la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros*”, que actualmente se materializa en la LOEX. El presente precepto se configura, por consiguiente, como una ley penal en blanco, en tanto que, para poder conocer todos los elementos del supuesto de hecho, obliga a acudir a normativa extrapenal.

Los requisitos para la entrada en territorio español se contemplan en el art.25 LOEX, el cual dispone, en resumen, que el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados, con pasaporte o documento de viaje y visado, y sin estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo deberá presentar los documentos que justifiquen su estancia y acreditar o medios de vida suficientes para permanecer en el país o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

Sobre este particular la jurisprudencia ha reiterado que si bien “la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades (...) deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, (...) bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas”¹⁶. Asimismo, y de forma más específica para el caso que se ocupa, reputaron como “entrada clandestina o ilegal (...) la que se hace a través de medios fraudulentos como ofertas de trabajo no ajustadas a la realidad”¹⁷.

En cuanto a los inmigrantes introducidos ilegalmente en nuestro país, hay quienes los consideran el sujeto pasivo del delito¹⁸, y otros que los posicionan como objeto del mismo¹⁹. Acorde a este último entendimiento se posicionan varias sentencias del TS, las cuales señalan que “el extranjero es en el tipo penal más que víctima, -como sugiere la citada rúbrica- objeto de la infracción”²⁰, y que “la segunda gran diferencia básica

¹¹ STS 479/2006, de 28 de abril (ECLI:ES:TS:2006:3123).

¹² SSTS 1330/2002, de 16 de julio (ECLI:ES:TS:2002:5382); y 1238/2009, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:7788).

¹³ STS 479/2006, de 28 de abril (ECLI:ES:TS:2006:3123).

¹⁴ STS 1238/2009, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:7788).

¹⁵ V.gr. SAP Teruel 8/2006, de 16 de octubre (ECLI:ES:APTE:2006:90); SAP A Coruña 471/2012, de 9 de octubre (ECLI:ES:APC:2012:2792); SAP Oviedo 178/2017, de 19 de abril (ECLI:ES:APO:2017:1365); SSTS 744/2007, de 21 de septiembre (ECLI:ES:TS:2007:6196) y 188/2016, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:824).

¹⁶ SSTS 284/2006, de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2006:1403); 744/2007, de 21 de septiembre (ECLI:ES:TS:2007:6196); 152/2008, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2008:1319); 1238/2009, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:7788); y 153/2011, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2011:1256).

¹⁷ STS 744/2007, de 21 de septiembre (ECLI:ES:TS:2007:6196).

¹⁸ Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág.949.

¹⁹ Al respecto mírese ALONSO-OLEA GARCÍA, BELÉN et al., *El extranjero en el Derecho español*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2019, pág.359; y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág.430.

²⁰ SSTS 646/2015, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4501); y 656/2017, de 5 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3565).

entre la inmigración ilegal y la trata radica en que la primera siempre tiene un carácter transnacional, teniendo por objeto a un extranjero ajeno a la Unión Europea”²¹. Frente a las dos anteriores, también se encuentra una postura doctrinal intermedia²², que si bien se aproxima a la primera, difiere de ella al entender que los inmigrantes sólo son sujetos pasivos de una forma mediata en las modalidades agravadas. En todo caso, lo que no resulta cuestionable es la necesidad de que el inmigrante sea nacional de un Estado no perteneciente a la UE, pues así lo requiere el propio artículo.

Aquellos que consideran al inmigrante como objeto del delito justifican que éste no es el sujeto pasivo en la razón de que él mismo consiente e incluso busca el traslado ilegal, convirtiéndose así en una suerte de partícipe necesario, que si bien no podrá ser castigado penalmente, sí podría, llegado el caso, ser sancionado a tenor de las infracciones administrativas previstas en LOEX²³. Así, este criterio, al colocar al Estado como sujeto pasivo del delito, entiende también, por consiguiente, que el bien jurídico protegido es el interés de éste en el control de los flujos migratorios. La determinación de esta última cuestión ha suscitado, desde la misma entrada en vigor de la norma, una gran controversia.

Si bien, históricamente, la Sala de lo Penal del TS venía fijando dicho bien tanto en el interés social de controlar los flujos migratorios como en la libertad, la seguridad y la dignidad de los inmigrantes trasladados a España²⁴, la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el CP, puso de manifiesto, en cambio, en su Exposición de Motivos, que en el delito de inmigración clandestina predomina “la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios”.

Ahora bien, la anterior declaración no determinó una absoluta falta de consideración de los bienes individuales por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. En este sentido, el TS, reconociendo, por un lado, que “el art. 318 bis protege ahora el bien jurídico consistente en el interés del Estado -y de la UE- en el control de los flujos migratorios”²⁵ igualmente señaló, sin embargo, que éste “ampara(r) también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral”²⁶, pues el hecho de que el mismo se ubique “bajo la rúbrica relativa a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (...) impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico”²⁷. Así, por tanto, “en el bien jurídico protegido en este delito confluyen dos tipos de intereses, como destaca la doctrina científica y la jurisprudencia: El interés general del Estado de controlar los flujos migratorios (...), y por otro lado, el interés mediato de proteger la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los emigrantes”²⁸.

Las consecuencias del carácter esencialmente supraindividual del bien jurídico protegido por el art.318 bis CP aparecen recogidas en la Circular FGE 5/2011²⁹, la cual dispone que:

- i) Únicamente se producirá un delito de ayuda a la inmigración ilegal aunque sean varios los ciudadanos extranjeros objeto del tráfico.
- ii) No es necesario que concurra una pluralidad de sujetos para apreciar este delito.
- iii) No cabe apreciar la continuidad delictiva del art.74 CP cuando la actividad del acusado se realizase en distintos actos y momentos sin solución de continuidad durante un periodo de tiempo más o menos largo.

²¹ STS 144/2018, de 22 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1020).

²² Mírese CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU y GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR (dirs.), *Derecho Penal Económico y de Empresa. Parte general y parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo II*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág.647.

²³ STS 188/2016, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:824).

²⁴ SSTS 153/2007, de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1464); y 823/2007, de 15 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:7029).

²⁵ STS 144/2018, de 22 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1020).

²⁶ STS 144/2018, de 22 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1020).

²⁷ SSTS 678/2014, de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:4092); y 108/2018, de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:788).

²⁸ SSTS 178/2016, de 4 de marzo; y 400/2018, de 12 de septiembre.

²⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular nº5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración. (FIS-C-2011-00005) [Localizado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2011-00005>]

No obstante, en la jurisprudencia posterior a esta circular encontramos casos donde se aplicó un delito de inmigración ilegal por cada víctima “toda vez que el tipo actual se refiere al que intencionadamente ayude a “una persona”” y en idea de que éste también protege la libertad del inmigrante³⁰; y también otros donde se apreció un delito continuado en el favorecimiento de la inmigración ilegal³¹.

Igualmente vinculado al asunto del bien jurídico protegido aparece el problema de los posibles concursos con otros delitos, existiendo aquí también multiplicidad de opiniones al respecto. De forma resumida, si se considera que el bien jurídico protegido tiene naturaleza supraindividual, el concurso con aquellos delitos que lesionen bienes jurídicos individuales -como la contratación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones laborales perjudiciales del art.312.2 CP³², o la estafa del art.248 y siguientes CP³³-, no plantea mayores problemas. En caso contrario, de estimarse que éste protege derechos de titularidad individual, la apreciación de concursos se restringe. A este respecto, la FGE, también en las circulares mencionadas hasta ahora, señaló su compatibilidad con el delito de falsedad documental, lesiones, u homicidio imprudente.

Como características finales del delito de favorecimiento de la inmigración irregular se indicará que éste se configura como un delito de mera actividad “que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido”³⁴. No obstante, algunos autores opinan que, para su consumación, el ciudadano extracomunitario debe haber entrado efectivamente en territorio nacional³⁵. Sin embargo, existen numerosas sentencias en contra de este parecer³⁶.

Por último, y en vista a las sumas dinerarias exigidas por Carlos e Isak a los extranjeros, resulta imperativo referirse a la modalidad agravada por ánimo lucro prevista en el tercer párrafo del primer apartado del art.318 bis CP. Según este “*si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior*”. Esta variante agravada se diferencia del tipo básico únicamente en dos aspectos: El elemento subjetivo del injusto -requiriéndose aquí el ánimo de lucro además del dolo- y la pena -que pasa a imponerse en su mitad superior-. Por lo demás, todo lo expuesto anteriormente sobre el tipo básico resulta extensible al tipo agravado.

Para concluir el presente apartado se procederá a corroborar, de forma esquemática, la subsunción de los comportamientos reflejados en el supuesto de hecho entorno al que gira este trabajo en la conducta típica del delito de favorecimiento de la inmigración irregular. Así, en observancia de los requisitos y elementos del delito hasta aquí desarrollados, se puede concluir que:

- 1º. Carlos, Isak y Marta pueden ser sujetos activos en tanto que se trata de un delito común.
- 2º. Del relato de los hechos resulta manifiesto el dolo de Carlos e Isak, pues tenían voluntad de cometer el delito y conciencia sobre el mismo, algo que se desprende, de entre otros aspectos, del ánimo de lucro buscado por éstos. Así, ambos cumplen no sólo el elemento subjetivo exigido por el tipo básico -dolo-, sino el requerido para el tipo agravado -ánimo de lucro-. Respecto de Marta, sin embargo, dichos elementos no se infieren de forma tan clara, observación que se desarrollará en el punto II.1.

³⁰ STS 538/2016, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2776); y SAP Vizcaya 50/2019, de 27 de junio (ECLI:ES:APBI:2019:2005).

³¹ STS 23/2015, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:219).

³² STS 1106/2009, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2009:6876).

³³ STS 1735/2003, de 26 de diciembre (ECLI:ES:TS:2003:8482).

³⁴ STS 1238/2009, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:7788); y SAP Murcia 144/2017, de 29 de marzo (ECLI:ES:APMU:2017:725).

³⁵ Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág.952; y CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU y GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR (dirs.), *Derecho Penal Económico y de Empresa. Parte general y parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo II*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág.648.

³⁶ SSTS 284/2006, de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2006:1403); 152/2008, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2008:1319); 1238/2009, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:7788).

- 3º. Las distintas acciones llevadas a cabo por los sujetos -y especialmente la simulación de contratos de trabajo- encajan dentro de la “ayuda” tipificada, en tanto que sirvieron para vulnerar la legislación sobre entrada y tránsito de extranjeros en España, siendo indiferente el menor o mayor grado de relevancia de los actos ejecutados por cada uno de los sujetos a consecuencia del concepto unitario de autor anteriormente apuntado.
- 4º. El objeto -o sujeto pasivo, según se considere- del delito se encuentra conformado por un total de 20 extranjeros no comunitarios, cumpliéndose así la exigencia requerida a este respecto. No obstante, como ya se vio, esta pluralidad de inmigrantes no implica la comisión por parte de los sujetos activos de más de un delito de favorecimiento de la inmigración irregular.
- 5º. Por haberse realizado actos de inmigración ilegal el delito se entiende consumado, cuanto más cuando los extranjeros lograron efectivamente acceder al territorio nacional español.

En conclusión, Carlos e Isak -y no Marta, como se comprobará más adelante- son, cada uno de ellos, autores de un delito de favorecimiento de la inmigración irregular agravado por ánimo de lucro. Adicionalmente, y dado que las personas jurídicas, como se apuntó al inicio de este apartado, pueden ser responsables de este delito, corresponde también sancionar a “CONSTRUCTORAS BASALO S.L.U.”, por cuanto la conducta fue llevada a cabo en su nombre por parte su representante legal -Carlos-³⁷. No ocurre igual, sin embargo, con “LIMPIEZAS A LA CARTA, S.L.U”, que, por ser la empresa de Marta, se hará aquí remisión a lo que próximamente se expondrá en relación a esta última.

I.2. Otros delitos.

I.2.1. La trata de personas.

El primer apartado del art.177 bis CP dispone que *“será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiére, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad; b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía; c) La explotación para realizar actividades delictivas; d) La extracción de sus órganos corporales; e) La celebración de matrimonios forzados.”*

Aun siendo cierto que en el presente caso medió el engaño -las ofertas de trabajo falsas-, y que puede, incluso, llegar a apreciarse un abuso de situación de necesidad, las acciones descritas en los antecedentes de hecho, no obstante, no resultan subsumibles en el delito de trata de personas dado que no se llevaron a cabo con ninguna de las finalidades aquí expuestas, y el traslado, en todo caso, fue consentido por los inmigrantes.

I.2.2. La estafa.

El art.248.1 CP dispone que *“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 el art.250.1.4º y 6º CP se recogen dos modalidades agravadas de la estafa, preceptuando que *“el delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:*

³⁷ En este sentido, el art.318 bis.5 CP condiciona la apreciación de la responsabilidad de la persona jurídica por el delito a la concurrencia en el caso de alguna de las circunstancias del art.31 bis CP, enmarcándose estos hechos en la de su apartado 1.a): *“En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: (...) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales (...).”*

(...) 4.º Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia (...) 6.º Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.”

En tanto que los sujetos marroquíes del presente caso fueron engañados e inducidos a pagar la cantidad de 10.000€ a cambio de un trabajo que luego resultó ser inexistente, cabría estimar la concurrencia de este delito, incluso en alguna de sus modalidades agravadas. En este sentido, por un lado, la entrega de dinero efectuada por los extranjeros pudo suponerles un gran esfuerzo económico³⁸, sobre todo si se contempla la notable diferencia entre el nivel de vida de nuestro país y del suyo; y, por otro lado, para llevar a cabo el delito hubo un aprovechamiento de la condición de empresario y de la mayor credibilidad que esta otorga.

La posibilidad de apreciar la estafa junto al favorecimiento de la inmigración irregular ha sido rechazada, no en pocas ocasiones, por cierta jurisprudencia³⁹, sobre la base de que este último delito ya incorpora el ánimo de lucro en una de sus modalidades agravadas. Tal interpretación cobraba sentido con anterioridad a la reforma del CP, operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, dado que hasta ese momento la misma agravante incluía también, entre otros modos, el empleo de engaño o el abuso de una situación de necesidad, por lo que la conducta engañosa ya quedaba englobada en el mismo delito. Sin embargo, tras la anterior modificación y la exclusión del engaño del tipo, tal negativa parece menos lógica, pues bajo su redacción actual, de sólo apreciarse este delito, el engaño sufrido por los marroquíes quedaría totalmente ignorado. En este sentido no puede pensarse que por haber logrado los extranjeros entrar a territorio nacional no exista engaño, pues la finalidad de las cantidades abonadas por éstos no era ésta última -en cuyo caso la singular apreciación del delito de favorecimiento de la inmigración irregular sí resultaría, en principio, suficiente-, sino la de desarrollar la actividad laboral prometida, que resultó ser inexistente.

A este respecto, un Juzgado de lo Penal de Murcia apreció, recientemente, en un caso similar, tanto un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art.318 bis.2 CP como un delito continuado de estafa de los arts.248 y 249 CP.⁴⁰

Por lo anterior, y en consideración a que el bien jurídico protegido por éstos no es coincidente, parece apropiado penar también a Carlos e Isak por la comisión de un delito continuado de estafa agravada. No se parará aquí a analizar la figura del delito continuado en tanto que se hará en el próximo apartado I.2.6 “La falsedad documental”, al que ahora se hace remisión.

I.2.3. El tráfico ilegal de mano de obra.

El art.312.1 CP dispone que “*serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.*”

Lo que el presente delito sanciona es la contratación y cesión laboral de trabajadores realizada al margen de la normativa reguladora, o dicho de otro modo, el “*comerciar o negociar con la situación de trabajadores por cuenta ajena*”⁴¹.

Para la jurisprudencia, el elemento central de esta conducta es la explotación laboral⁴², siendo preciso acreditar la imposición de condiciones abusivas y lesivas para la dignidad del trabajador⁴³.

³⁸ En este sentido lo entendió la SAP Navarra 51/2014, de 26 de noviembre (ECLI:ES:APNA:2014:877), quien en relación a un caso cuyos hechos se asimilan mucho al presente supuesto condenó por un delito continuado de estafa agravada y un delito de inmigración clandestina.

³⁹ V.gr. SAP Teruel 8/2006, de 16 de octubre (ECLI:ES:APTE:2006:90); y SAP A Coruña 471/2012, de 9 de octubre (ECLI:ES:APC:2012:2792).

⁴⁰ SJP Murcia 52/2020, de 3 de marzo (ECLI:ES:JP:2020:2479).

⁴¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág.867.

⁴² STS 321/2005, de 10 de marzo (ECLI:ES:TS:2005:1503).

⁴³ SAP Barcelona 53/2009, de 3 de febrero (ECLI:ES:APB:2009:1297).

Siguiendo lo anterior resulta evidente la no adecuación de este delito al caso expuesto, en base a tres consideraciones:

- i) La contratación de los extranjeros se llevó a cabo siguiendo los cauces legales establecidos -como se verá en la cuestión 3-;
- ii) Esta no fue realizada para colocar ni ceder a los trabajadores a un tercero;
- iii) No llegándose a establecer la relación laboral, tampoco se pudo dar la explotación exigida por la jurisprudencia para su apreciación.

Sobre este particular, llama la atención la SAP A Coruña 268/2013, de 11 de noviembre⁴⁴, que en relación a un caso similar a este, pero en el cual sí se cumplían los anteriores requisitos -pues los extranjeros sí fueron contratados para trabajar con terceros y sí se llegó a establecer relación laboral con los mismos- aplicó igualmente el art.318 bis CP y no el art.312.1 CP.

Respaldando la anterior conclusión, el TS indicó que “tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 5/2010, la previsión del artículo 318 bis 1, aquí examinada, coexiste (...) con (...) el artículo 312.1, que sanciona a quienes trafiquen de manera ilegal con mano de obra. (...) De esta forma, los derechos de los trabajadores quedan protegidos por esos dos tipos delictivos, mientras que los que corresponden a los ciudadanos extranjeros se contemplan en el artículo 318 bis”⁴⁵.

I.2.4. El reclutamiento fraudulento de trabajadores.

La primera parte del art.312.2 CP recoge que “*en la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas (...)*”.

Este delito sanciona a quienes engañando al trabajador logren su aceptación para desempeñar un trabajo cuyas condiciones reales no se corresponden con las ofertadas o cuya propia existencia es falsa.

A pesar de que la conducta descrita parece encajar en el caso, al ser comparada con la del delito de favorecimiento de la inmigración irregular o con el de emigración fraudulenta -que se verá seguidamente-, esta deviene la más imprecisa de las tres, pues las otras dos contienen en su descripción elementos que las hacen más coincidentes con los comportamientos del supuesto de hecho -en concreto, la referencia a la emigración-, por lo que debe desplazarse en favor de estas.

I.2.5. La emigración fraudulenta.

Este delito se encuentra sancionado en el art.313 CP, al recoger que “*el que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.*”

La conducta aquí tipificada, aunque es muy similar a la anterior, resulta más ajustada al caso dada su referencia a la emigración, circunstancia que determina la exclusión del art.312.2 CP, pues si no se incurriría en un concurso de leyes (art.8 CP).

Este delito podría ser descartado al tomar en cuenta la opinión de cierta doctrina⁴⁶ sobre su exclusiva apreciación en los casos donde la emigración sea exterior, es decir, a otro país fuera de España. En cambio,

⁴⁴ SAP A Coruña 268/2013, de 11 de noviembre (ECLI:ES:APC:2013:2875).

⁴⁵ STS 656/2017, de 5 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3565).

⁴⁶ Véase MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte especial*, 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág.354.

contrarias a tal parecer, algunas sentencias del TS⁴⁷ precisaron que el término “emigración” abarca también los supuestos de llegada a nuestro territorio.

Pareciendo compleja la delimitación entre este delito y el de favorecimiento de la inmigración irregular, es de interés apuntar lo explicado por la STS 656/2017, de 5 de octubre⁴⁸, sobre que “el artículo 313.1 del Código Penal varió su contenido, respecto a su redacción entonces vigente, tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010 . Ésta circunscribió el tipo penal a los supuestos de favorecimiento de emigración, destipificando, a los efectos de ese precepto, la determinación a la inmigración clandestina”. Con esto, los supuestos de inmigración clandestina parecían quedar englobados a una exclusiva apreciación por el art.318 bis CP. A este respecto, esta misma sentencia señaló, además, que “la previsión del artículo 318 bis 1, aquí examinada, coexiste (...) con (...) el artículo 313, que sanciona al que determinare o favoreciere la emigración de una persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante (...) los derechos de los trabajadores quedan protegidos por esos dos tipos delictivos, mientras que los que corresponden a los ciudadanos extranjeros se contemplan en el artículo 318 bis”.

Las consideraciones previas, junto con el hecho de que la jurisprudencia consultada sobre casos muy similares al supuesto actual apreció la comisión del delito de favorecimiento de la inmigración irregular y no la del de emigración fraudulenta, induce a excluir la valoración de este último en la calificación final de los hechos.

I.2.6. El delito de falsedad documental.

Por las fraudulentas ofertas de trabajo presentadas por Carlos y Marta ante la Subdelegación del Gobierno en León, ambos podrían ser juzgados y penados por un delito continuado de falsedad en documento público del art.392.1 CP. Este último dispone que “*el particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses*”. A su vez, los tres primeros apartados del art.390.1 CP al que se remite recogen: “*1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial; 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad; 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho*”.

La STS 188/2016, de 4 de marzo, conociendo de un caso de favorecimiento de la inmigración irregular mediante la presentación de ofertas de empleo falsas a extranjeros, recogió que “para aplicar la doctrina de la calificación del documento falsificado como documento oficial por destino o incorporación a un expediente administrativo público, es necesario que se cumplan dos condiciones diferentes: 1º) En primer lugar que el particular cometa alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1º del art 390 (...) 2º).- Que la confección del documento privado simulado tenga como única razón de ser la de su inmediata incorporación a un expediente público, y por tanto la de producir efectos en el orden oficial, provocando una resolución con incidencia o trascendencia en el tráfico jurídico, que puede calificarse de falsedad mediata en documento oficial, pues al funcionario competente se le ha engañado con un documento falso para que altere un registro o expediente oficial”.

Sobre el primero de estos requisitos, la misma sentencia aclara “que en el apartado 2º del art. 390.1 resulta razonable incardinar aquellos supuestos en que la falsedad no se refiere exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente.”

⁴⁷ SSTS 1056/2005, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2005:1152); y 385/2012, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2012:3293).

⁴⁸ STS 656/2017, de 5 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3565).

Ya con anterioridad a la sentencia previa, la SAP Las Palmas 63/2013, de 17 de octubre⁴⁹, había condenado a quien simuló contratos de trabajo con extranjeros por un delito continuado de falsedad documental. Esta última figura, recogida en el art.74 CP, “agrupa en un solo delito una serie de acciones homogéneas ejecutadas en distintos momentos temporales pero obedeciendo a una unidad de resolución delictiva”⁵⁰, tal y como indica la, sentencia que asimismo expone las condiciones necesarias para su apreciación, que son:

- i) Pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales.
- ii) Concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebra y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de los mismos.
- iii) Realización de las diversas acciones en unas coordinadas espaciotemporales próximas, indicador de su falta de autonomía.
- iv) Concurrencia del elemento normativo de identidad o semejanza del precepto penal infringido, esto es, que todos ellos se dirijan a tutelar el mismo bien jurídico y tengan como sustrato una identidad de normas.
- v) Unidad de sujeto activo.
- vi) Homogeneidad en el «modus operandi» por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines.

Por todo lo anterior se concluye que Carlos y Marta son, cada uno de ellos, autores de un delito continuado de falsedad en documento público. En el caso de Carlos, en tanto que la comisión de este delito era necesaria para poder perpetrar el de favorecimiento de la inmigración irregular, sus correspondientes penas entrarían en concurso medial (art.77.3 CP).

Al mismo tiempo, en la descripción de los hechos se precisa que los trabajadores extranjeros, al poco tiempo de llegar a España y de realizar los trámites administrativos oportunos para la expedición de la tarjeta de residencia, eran dados de baja de la SS alegando baja voluntaria. Cabe desconfiar de la veracidad de las anteriores, pues en tanto que los extranjeros llegaban al país con expectativas de trabajo, carece de lógica que las llevaran a cabo, y aún menos a los pocos días de su ingreso. De lo anterior se deduce que fue Carlos quien realizaba tales trámites, incurriendo así en falsedad de documento privado.

Este delito se tipifica en el art.395 CP, diciendo que “*el que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*” Dichas falsedades son: “1.º *Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial; 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad; y 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.*”

La SAP A Coruña 471/2012, de 9 de octubre⁵¹, juzgando unos hechos prácticamente idénticos a los del presente caso, condenó al procesado como autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y de otro continuado de falsedad en documento privado.

Como resultado de todo lo previo, Carlos ha de ser también sancionado por un delito continuado de falsedad en documento privado.

⁴⁹ SAP Las Palmas 63/2013, de 17 de octubre (ES:APGC:2013:2525).

⁵⁰ STS 367/2006, de 22 de marzo (ECLI:ES:TS:2006:1740).

⁵¹ SAP A Coruña 471/2012, de 9 de octubre (ECLI:ES:APC:2012:2792).

II. LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

Si bien la cuestión planteada únicamente hace referencia a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en vista a los hechos del caso -y más específicamente en lo que refiere a Marta- parece conveniente aprovechar este apartado para abordar también las causas excluyentes de la misma.

Se comenzará el presente punto señalando los fundamentos de la responsabilidad criminal, que, atendiendo a la Teoría del Delito, son: La tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad. De esta forma, para que nazca la responsabilidad criminal del sujeto es preciso que la conducta llevada a cabo por éste:

- i) Tenga encaje en un tipo penal (tipicidad).
- ii) Resulte contraria al ordenamiento jurídico, sin concurrir en causa que la haga lícita (antijuridicidad).
- iii) Sea reprochable, por conocer éste la ilicitud y actuar conforme a tal comprensión (culpabilidad).
- iv) Resulte posible la imposición de la pena (punibilidad).

Será la concurrencia de todos estos requisitos lo que permitirá, en última instancia, imponer una pena al sujeto.

Sin embargo, nuestra ley penal recoge una serie de supuestos en los que se impide la imposición de la pena por entender que no concurre alguno de los elementos anteriores. Estas son las causas eximentes.

Adicionalmente, por otro lado, la misma también dispone un elenco de situaciones que, si bien no excluyen la responsabilidad criminal, sí la “gradúan”. Estas son las circunstancias modificativas.

II.1. Causas eximentes.

Como se acaba de apuntar, las causas excluyentes o eximentes son un conjunto de circunstancias que, si bien no niegan el delito, exoneran al sujeto de la responsabilidad criminal por no concurrir alguno de los elementos señalados, impidiendo así la imposición de una pena.

El art.20 CP recoge un importante listado de las mismas, las cuales únicamente se mencionarán, sin darles mayor atención, por no ser apreciables ninguna de ellas en la descripción de los hechos. Estas se pueden agrupar del modo siguiente:

- i) Causas de inimputabilidad: Excluyen la culpabilidad del autor por no tener el sujeto la capacidad necesaria para comprender o querer el ilícito. Aquí se encuentra la anomalía o alteración psíquica (apdo. 1º), el estado de intoxicación o el síndrome de abstinencia (apdo. 2º) y las alteraciones en la percepción (apdo. 3º). A esta categoría se suma también la eximente de minoría de edad (art.19 CP).
- ii) Causas de inexigibilidad: Excluyen también la culpabilidad del autor al no poder exigírsele que actuara de otro modo, aunque tuviera tal posibilidad. Son el estado de necesidad disculpante o absolutorio (apdo. 5º) y el miedo insuperable (apdo.6º).
- iii) Causas de justificación: Excluyen la antijuridicidad e ilicitud en ponderación de los intereses en conflicto. En este grupo se encuentran la legítima defensa (apdo. 4º), el estado de necesidad justificante (apdo. 5º) y el cumplimiento de un deber o del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (apdo. 7º).

Además de los anteriores, también el art.14 CP recoge causas de exclusión de la responsabilidad criminal, a saber: El error de tipo y el error de prohibición. Eso sí, ambos han de ser invencibles, pues de lo contrario la infracción sería castigada como imprudente, si el error fuera de tipo, y con la pena inferior en uno o dos grados,

si el error fuera de prohibición. Es el primero de estos dos, el error de tipo, el que parece apreciable en Marta, tal y como se mostrará a continuación.

Dicen Orts Berenguer y González Cussac que *“el error sobre el tipo supone el conocimiento equivocado acerca de cualquier requisito integrante del tipo de acción. Y en consecuencia excluye el dolo, pues entonces el sujeto no sabía o no pudo calcular exactamente las consecuencias de su acción, de modo que también existe una ausencia de compromiso con la acción (o con alguno de sus componentes)”*⁵².

Como ya se señaló al final del anterior punto I.1, a diferencia de lo que ocurre con el dolo de Carlos e Isak, este no se desprende de una forma tan evidente respecto de la pareja del empresario. En este sentido, Marta fue engañada por Carlos, quien le hizo creer que en efecto necesitaba a estos trabajadores para un proyecto en su constructora y que, con su ayuda, mediante la tramitación de las correspondientes autorizaciones a través de la empresa de esta, los podría conseguir más rápido.

De tal forma, por haberse prestado a tal gestión con conocimiento de que los extranjeros no trabajarían en su empresa, puede confirmarse que ésta sabía que su comportamiento no era totalmente acorde a la ley -motivo por el que se le sancionó en el anterior apartado I.2.6 por un delito continuado de falsedad en documento público-. Sin embargo, no puede afirmarse con la misma rotundidad que también conociese que sus actos eran constitutivos de un delito de favorecimiento de la inmigración ilegal, lo que impide deducir una existencia de dolo por su parte.

Una vez apreciado el error de tipo es preciso conocer si éste era vencible o no para poder determinar si procede la exclusión de la responsabilidad y por tanto de la pena. En este sentido, *“invencible será aquel error que el sujeto no pudo superar, es decir, que en las circunstancias concretas del supuesto resultó inevitable, en el sentido de que el Derecho no podía exigirle que tuviera un conocimiento exacto de la realidad”*⁵³.

En los antecedentes se concreta que la empresa de Carlos apenas tenía volumen de trabajo, razón por lo que no tenía empleado alguno y contaba con una facturación mercantil muy escasa. El hecho de que “de repente” solicitase tan considerable número de trabajadores extranjeros debería parecer, cuanto menos, sospechoso, sobre todo para Marta, pues su condición de empresaria la colocaba en posición de poder apreciar y valorar las anteriores circunstancias. Por ello debe concluirse que su error era vencible.

Como consecuencia de lo anterior, y siguiendo lo dispuesto en el art.14 CP, Marta debería ser castigada por imprudencia. Sin embargo, considerando la puntualización ya expuesta de la FGE sobre la imposibilidad de apreciar la comisión por imprudencia en este delito, no parece procedente penarla, cuanto más cuando el propio precepto, como ya se vio, exige de forma tan explícita la concurrencia de dolo. Así, no pudiendo determinarse el conocimiento y la voluntad de Marta, su absolución se presenta como la decisión más acertada conforme al principio *in dubio pro reo*.

Por último, en consonancia con esta idea, y en un caso prácticamente idéntico al supuesto aquí descrito, la SAP de A Coruña 471/2012, de 9 de octubre⁵⁴, absolvió del delito de favorecimiento de la inmigración irregular a una mujer que trabajaba en la empresa de su marido, quien sí fue condenado, al contemplar que, aunque “todo permite considerar la posibilidad de que la acusada podía tener conocimiento de la actividad realizada (...) no consta la realización por su parte de acto alguno que pudiera ser encuadrado en cualquiera de los verbos integradores de las conductas que enmarca el tipo, ni siquiera en su modalidad más extensiva. Estamos ante un caso de insuficiencia de prueba que hace que subsista una duda razonable y real que nunca puede ser resuelta en favor de la pena, sino conforme al principio *in dubio pro reo*”.

⁵² ORTS BERENGUER, ENRIQUE y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág.385.

⁵³ ORTS BERENGUER, ENRIQUE y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág.386.

⁵⁴ SAP A Coruña 471/2012, de 9 de octubre (ECLI:ES:APC:2012:2792).

II.2. Circunstancias modificativas.

Por su parte, tal y como también se ha señalado, las circunstancias modificativas son elementos accidentales del delito que, a diferencia de las anteriores, no excluyen la responsabilidad criminal, sino que la reducen (atenuante) o aumentan (agravante): “*Son instrumentos legales de medición de la pena*”⁵⁵.

II.2.1. Circunstancias atenuantes.

Aparecen recogidas en el art.21 CP, y son: Las eximentes incompletas (apdo. 1º), la adicción grave a sustancias (apdo. 2º), el arrebató, obcecación u otros estados pasionales (apdo. 3º), la confesión (apdo. 4º), las dilaciones indebidas (apdo. 6º) y las circunstancias de análoga significación a las anteriores (apdo. 7º).

Ninguna de ellas resulta perceptible al tenor de los hechos descritos, razón por la que no se les dará mayor tratamiento en este trabajo.

II.2.2. Circunstancias agravantes.

Vienen recogidas en el art.22 CP, y son: La alevosía (apdo. 1º), el disfraz, el abuso de superioridad y el aprovechamiento de otras circunstancias (apdo. 2º), el precio, recompensa o promesa (apdo. 3º), los motivos discriminatorios (apdo. 4º), el ensañamiento (apdo. 5º), el abuso de confianza (apdo. 6º), la prevalencia de carácter público (apdo. 7º) y la reincidencia (apdo. 8º). Seguidamente se tratarán las de los apartados 2º, 3º y 4º por ser las que mayor relación guardan, o al menos en apariencia, con el presente caso.

II.2.2.A. El disfraz, el abuso de superioridad y el aprovechamiento de otras circunstancias.

Las diferencias formativas y culturales entre los autores y los inmigrantes, así como las diferencias económicas y sociales entre España y Marruecos, y la condición de empresario de Carlos, podrían hacer pensar que en el presente supuesto cabe apreciar el abuso de superioridad, aunque esto sólo tiene sentido de considerarse que el bien jurídico protegido del art.318 bis defiende también los intereses individuales de los extranjeros.

Señaló el TS que “el abuso de superioridad concurre cuando una eventual defensa de la víctima queda ostensiblemente debilitada por la superioridad personal, instrumental o medial del agresor, que se ve por ello asistido de una mayor facilidad para la comisión del delito”⁵⁶.

La STS 922/2012, de 4 de diciembre, expone los requisitos de esta agravante, a saber:

- i) Que haya una situación de superioridad, un importante desequilibrio de fuerzas a favor del agresor derivada de cualquier circunstancia.
- ii) Que se produzca una notable disminución de las posibilidades de defensa del ofendido.
- iii) Que el agresor o agresores conozcan la situación de desequilibrio y se aprovechen de para la realización del delito.
- iv) Que la superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por ser uno de sus elementos típicos, bien porque el delito tuviera que realizarse así necesariamente.

⁵⁵ ORTS BERENGUER, ENRIQUE y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág.509.

⁵⁶ STS 16/2012, de 20 de enero (ECLI:ES:TS:2012:409).

Cabe mencionar que antes de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP, el art.318 bis recogía en su segundo apartado una modalidad agravada por abuso de situación de superioridad, que resultaba incompatible con la presente agravante, tal y como aclaró la FGE en su Circular 2/2006⁵⁷.

Pues bien, la aplicación de esta agravante no parece procedente por varias razones:

- i) Resulta extraño afirmar la existencia de un abuso de superioridad respecto del Estado, sujeto pasivo primordial de este delito en consideración al carácter esencialmente supraindividual del bien jurídico protegido por la norma.
- ii) Aun planteando la protección colateral brindada a los extranjeros, el hecho de que éstos consintieran parece incompatible con su apreciación.
- iii) Como consecuencia de dicho consentimiento cuesta concluir que existiera un desequilibrio de fuerzas de tal magnitud, o que las posibilidades de defensa se vieran tan aminoradas.
- iv) La jurisprudencia en casos muy similares al actual no apreció esta agravante, cuya aplicación mayormente se circunscribe a los delitos contra las personas.
- v) Se hace complejo pensar en situaciones donde el favorecimiento de la inmigración irregular se cometa con abuso de superioridad, por cuanto tales circunstancias conducirían, más bien, no tanto a la apreciación de esta agravante, sino a la valoración de los hechos conforme al delito de trata de seres humanos previsto en el art.177 bis.

II.2.2.B.El precio, recompensa o promesa (apdo. 3º).

Esta agravante podría ser considerada en el presente caso desde una comprensión por la cual se sitúe a Carlos como un mandatario que, ofreciendo a Isak precio o recompensa por la comisión del delito, determinó a este último a su ejecución.

Así, la presente figura no agrava la pena del autor que por sí mismo decide perpetrar un delito en consideración del lucro que la propia comisión le reportará (p.ej.: Carlos, teniendo voluntad de por sí de realizar el delito llevó a cabo el favorecimiento de la inmigración irregular buscando lucrarse con las cantidades que los extranjeros le entregaban a cambio de los contratos de trabajo falsos), sino a la mayor antijuridicidad que entraña el hecho de que el autor material se haya decidido a ejecutar el delito a causa de la contraprestación ofrecida por el inductor, siendo esta la razón y el motor principal de la comisión delictiva (p.ej.: Isak, quien no tendría convicción propia de cometer el delito, decidiría llevarlo a cabo con motivo del dinero que Carlos le daría a cambio).

El fundamento de esta agravación se encuentra *“en la dificultad para la persecución del delito, ya que impide establecer relaciones del autor con la víctima”*⁵⁸.

Para poder aplicar esta agravante es necesario el recibimiento de una merced de tipo económico por parte de la persona que ejecuta la acción, y que la merced influya como iniciador o como impulsor del delito, de lo que resulta que el precio se convierte en instrumento de la inducción⁵⁹.

En observancia a lo anterior, la valoración de esta agravante resulta dudosa dada la necesidad de situar a Carlos como inductor, circunstancia que no se extrae de los hechos, y aún menos cuando él mismo también

⁵⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular nº2/2006, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España (FIS-C-2006-00002). [Localizado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2006-00002>]

⁵⁸ MORENO-TORRES HERRERA, MARÍA ROSA (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág.257.

⁵⁹ STS 1832/2002, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2002:7251).

llevó a cabo el delito de un modo personal y directo. En todo caso, aunque así se entendiera, la agravante seguiría sin ser procedente en tanto que dicho ánimo de lucro ya resulta inherente a la estafa y a la modalidad agravada del delito de favorecimiento de la inmigración irregular⁶⁰.

II.2.2.C. Los motivos discriminatorios (apdo. 4º).

Para ser aplicada esta agravante es necesario que el delito se cometa, precisamente, por motivos de discriminación, sin que la sola circunstancia de que la víctima sea de otra raza, nación o religión, como puede ser aquí el caso, resulte suficiente para su apreciación. En este sentido, de la descripción de los hechos no se desprenden motivos discriminatorios, pues lo que movía a los sujetos era únicamente el ánimo de lucro.

II.2.3. Circunstancia mixta.

Esta se contiene en el art.23 CP, y atendiendo a las relaciones de afectividad entre autor y víctima puede atenuar o agravar la pena. Tampoco se verifica en el caso expuesto.

III. LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA SIMULTÁNEA.

La LOEX y su reglamento contienen un específico régimen para la entrada y la salida del territorio español por parte de extranjeros, siendo ilícita toda aquella que sea llevada a cabo al margen de dichas previsiones. El Estado, sirviéndose de su *ius puniendi*, sancionó estas conductas tanto por vía penal como por vía administrativa, y en tanto que en el anterior punto I.1 ya se realizó una minuciosa exposición del delito de favorecimiento de la inmigración irregular, en este apartado se procederá a hablar de la infracción administrativa prevista para la misma conducta.

La inmigración clandestina se recoge como infracción muy grave en el art.54.1.b) LOEX, siendo la acción sancionada la de *“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”*.

En vista de que la conducta contemplada por el anterior es prácticamente idéntica a la del art.318 bis CP, surge la pregunta de si un mismo hecho puede ser sancionado simultáneamente por ambas vías, cuya respuesta es negativa en virtud del principio *non bis in idem*.

Si bien el principio *non bis in idem* no está reconocido expresamente en la CE, el TC ha entendido que está implícito en el principio de legalidad recogido en el art.25 de la misma. La más conocida de sus manifestaciones consiste en *“que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento”*⁶¹.

En el ámbito del procedimiento administrativo sancionador este principio aparece consagrado en el art.31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al disponer que *“no podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”*.

No obstante lo que precede, este principio se exceptúa en aquellos casos donde el interés jurídico protegido por las distintas normas sea distinto, siendo constitucionalmente admisible la dualidad de sanciones⁶². Así ocurre con la medida prevista en el art.57 LOEX de expulsión del territorio del infractor extranjero.

⁶⁰ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU y GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR (dirs.), *Derecho Penal Económico y de Empresa. Parte general y parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo II*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág.652.

⁶¹ STC 2/1981, de 30 de enero (ES:TC:1981:2).

⁶² SSTC 234/1991, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TC:1991:234); y 236/2007, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TC:2007:236).

En todo caso, quedando determinada la imposibilidad de sancionar doblemente una misma conducta, subsiste el problema de la delimitación entre ambas figuras. A este respecto ha señalado el TS que “no es posible elevar a la categoría de delito (...) conductas que en la legislación de extranjería vienen configuradas como una mera infracción administrativa (artículo 54 de la LO 4/2000), de manera que el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, solo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable”⁶³. En esta línea indicaron también las SSTS 1465/2005, de 22 de noviembre, 646/2015, de 20 de octubre y 188/2016, de 4 de marzo, que *“la conducta típica del artículo 318 bis no se corresponde mecánicamente con el mero incumplimiento de la normativa administrativa en materia de extranjería. El referido precepto exige una afectación negativa relevante, actual o seriamente probable, de los derechos del ciudadano extranjero.”*

Surge aquí, de nuevo, la cuestión del bien jurídico protegido previamente referida, siendo ahora la consideración jurisprudencial mayoritaria entorno a su naturaleza tanto supraindividual como individual lo que permitiría deslindar el ilícito penal de la infracción administrativa, al adoptar la afectación de los derechos de los ciudadanos extranjeros como criterio distintivo entre ambas. En este sentido apuntó la STS 1087/2006, de 10 de noviembre que *“es preciso que de alguna forma se afecte a la dignidad humana (...) resulta más concorde con el principio de intervención mínima reduciendo el ámbito penal (...) y además permite una diferenciación más clara con la infracción administrativa prevista en la Ley de Extranjería.”*

Por todo lo anterior se concluye que en el presente supuesto lo idóneo es proceder por vía penal en tanto que los derechos de los ciudadanos extranjeros resultaron dañados no sólo por el engaño empleado para su traslado y la pérdida de importantes cantidades dinerarias, sino por la situación de vulnerabilidad en que quedaron tras su llegada.

En cualquier caso, y ya para concluir este apartado, respecto de aquellos supuestos que presenten dificultad para determinar si la conducta es constitutiva de delito penal o de infracción administrativa, es la jurisdicción penal quien tiene prioridad para conocer de los hechos, hasta el punto de que, de haberse iniciado un procedimiento administrativo sancionador, este se paralizaría, pudiendo continuar solamente en caso de dictarse auto de archivo o sobreseimiento. En este sentido, la STC 77/1983, de 3 de octubre, declaró que *“la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control a posteriori por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito (...) mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada.”* Esta última consecuencia se recoge expresamente en el art.77 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), al vincular a las Administraciones Públicas en sus procedimientos sancionadores a los hechos declarados probados en sede judicial.

CUESTIÓN 2

I. LA COMPETENCIA TERRITORIAL.

Para determinar cuál es el órgano territorialmente competente para conocer de los hechos delictivos relatados habrá que estar a las normas que a este respecto establece el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), por ser ésta la reguladora del orden penal, que es quien tiene *“atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales”* a tenor del art.9.3 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

⁶³ SSTS 1087/2006, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:6968); y 656/2017, de 5 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3565).

El criterio de atribución de competencia territorial que con carácter general recoge la anterior norma es el *forum delicti comissi*, por el cual es competente el juez o tribunal del lugar de comisión del hecho (art.14 LECrim). Ahora bien, esta regla parece encontrar un problema respecto al presente caso a causa de los actos delictivos desarrollados fuera del territorio nacional, que llegan a poner en tela de juicio la propia potestad de la jurisdicción española para conocer de los mismos, pues el principio esencial para la atribución de jurisdicción en materia penal es el de territorialidad, consagrado en el art.23.1 LOPJ.

La anterior cuestión, sin embargo, en consideración a las siguientes razones, no planteará aquí, en verdad, mayor dificultad, pues:

- i) El delito de favorecimiento de la inmigración irregular, como se vio anteriormente, “se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido”⁶⁴. De tal forma, la captación de extranjeros llevada a cabo por Isak en Marruecos no se configura como “acción nuclear” del delito, determinante de la jurisdicción o la competencia, pues los demás actos que con la misma intención fueron realizados en España resultan igual de concluyentes.
- ii) Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros -en el que se enmarca el de favorecimiento de la inmigración irregular del art.318 bis CP- son nombrados en el apartado d) del art.23.4 LOPJ -que recoge el principio de universalidad⁶⁵- como uno de los que resultan perseguibles por la jurisdicción española aun cuando los hechos fueran cometidos por extranjeros y realizados fuera del territorio nacional. En este caso sería competente la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art.65.1º.e) LOPJ). No obstante, dado lo expuesto en el previo inciso, no es preciso en el presente caso acudir a tal principio.

Por lo anterior, y en vista al relato de los hechos, se concluye que es el juez o tribunal competente en León al que corresponde conocer de los mismos, por ser éste el lugar en donde se llevaron a cabo los demás actos señalados. En este sentido, las autorizaciones de residencia y trabajo que resultaron de vital importancia para la comisión del delito fueron tramitadas ante la Subdelegación del Gobierno de esta última ciudad.

Pese a lo que pudiera parecer, la anterior determinación no resulta suficiente para atribuir al juez o tribunal competente en León el conocimiento de los hechos, pues en éstos no sólo fue apreciado el delito de favorecimiento de la inmigración irregular, sino también otros tres, de estafa, falsedad en documento público y falsedad en documento privado, que guardan relación con éste.

En este sentido, siguiendo la regla general recogida del art.17.1 LECrim, cada delito daría lugar a la formación de una única causa. Sin embargo, el mismo precepto posibilita el enjuiciamiento conjunto de todos ellos en consideración a lo siguiente:

- i) Los actos de favorecimiento de la inmigración irregular y de estafa que Carlos e Isak llevaron a cabo de forma separada respondían a un previo concierto entre ambos (art.17.2.2º LECrim).
- ii) Los delitos de falsedad en documento público cometidos por Carlos y Marta también respondían a un acuerdo entre ellos (art.17.2.2º LECrim). Además, en el caso de Carlos, su comisión fue un medio para facilitar la ejecución del delito anterior (art.17.2.3º LECrim).

⁶⁴ STS 1238/2009, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:7788); y SAP Murcia 144/2017, de 29 de marzo (ECLI:ES:APMU:2017:725).

⁶⁵ Véase a este respecto la detallada exposición y análisis que sobre este principio realizaron la STS 296/2015, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:2046) y la SAN 1/2017, de 15 de diciembre (ECLI:ES:AN:2017:5619), a causa de impugnaciones contra sendos autos de sobreseimiento e inadmisión a trámite por falta de jurisdicción. A este respecto también realizó numerosas consideraciones la STC 140/2018, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TC:2018:140), de gran relevancia, pues declaró la constitucionalidad de la reforma del art. 23 LOPJ, sobre competencia de la jurisdicción española para la represión penal extraterritorial de ciertos delitos mediante el principio de jurisdicción universal.

iii) El delito de falsedad de documento privado es análogo al de falsedad en documento público, guarda relación con los anteriores y fue cometido por el mismo sujeto (art.17.3 LECrim).

Por tanto, todos los delitos apreciados en los hechos serían enjuiciados en un mismo proceso, y la determinación del órgano territorialmente competente para conocer del mismo no resultaría problemática en tanto que todos fueron llevados a cabo en León. Asimismo, si las autorizaciones de residencia y trabajo hubieran sido tramitadas ante la Subdelegación del Gobierno en Valladolid -lugar donde entonces se habría cometido la falsificación de documento público-, seguiría siendo el juez o tribunal de León el competente para conocer de los demás delitos, pues el de mayor pena de todos no es el anterior, sino la estafa, y según el art.18 LECrim “*son Jueces y Tribunales competentes, por su orden, para conocer de las causas por delitos conexos: 1.º El del territorio en que se haya cometido el delito a que esté señalada pena mayor*”.

En conclusión, el órgano competente para conocer de los hechos del presente supuesto es la Audiencia Provincial de León, pues la mayor de las penas privativas de libertad de los delitos por los que se acusa supera los 5 años (art.14.3 y 4 LECrim).

II. LA LEGITIMACIÓN PARA SER PARTE.

“Parte es quién actúa en el proceso pidiendo al órgano jurisdiccional una resolución jurisdiccional, quien aporta alegaciones, pruebas y el material, así como participa de la contradicción”⁶⁶.

De la inclusión en la definición anterior del término “contradicción” se desprende de que “*todo proceso penal habrá de estar conformado, al menos, por dos partes: una parte acusadora, que pretende, pide o procura la tutela penal, en el entendimiento de que el ius puniendi tan sólo corresponde al Estado; y una parte acusada, que se defiende, resiste o hace frente a esa petición, en pro de su absolución.*”⁶⁷ Dentro de cada una de estas dos categorías existen, a su vez, distintas figuras. A continuación se señalarán las que, en vista al caso, podrían ser parte en el correspondiente proceso.

En primer lugar podría actuar, bien como parte acusadora o bien como acusada, el Ministerio Fiscal, a quien corresponde “*ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos u oponerse a las ejercitadas por otros cuando proceda*”, a tenor del art.3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En línea con éste, también señala la LECrim, por un lado, en el art.105, que sus funcionarios “*tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el CP reserva exclusivamente a la querrela privada*”⁶⁸; y, por otro lado, en el art.108, que “*la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular*”. Asimismo, las anteriores normas también le asignan a la Fiscalía la realización de otras actividades dentro del proceso, como inspeccionar la instrucción o solicitar diligencias u otras medidas.

Asimismo, también en este proceso, podría ejercer la acción penal y actuar como parte acusadora cualquier ciudadano español, pues así lo permiten los arts.125 CE y 101 y 270 LECrim. Esta es la figura del acusador popular⁶⁹, que “*se identifica con las personas no ofendidas ni perjudicadas, de manera directa, en su propia esfera vital, por los delitos perseguibles de oficio, que instan, ello no obstante, ante los Tribunales, el proceso penal, por un especial compromiso con la sociedad*”⁷⁰. Ahora bien, los arts.102 y 103 LECrim excluyen de

⁶⁶ ARMENTA DEU, TERESA, *Lecciones de Derecho procesal penal*, 13ªed., Marcial Pons, Madrid, 2021, pág.94.

⁶⁷ GIMENO SENDRA, VICENTE, DÍAZ MARTÍNEZ, MANUEL y CALAZA LÓPEZ, SONIA, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág.109.

⁶⁸ A día de hoy nuestro ordenamiento sólo recoge dos delitos privados, los de calumnia e injuria, que pueden ser perseguidos únicamente previa querrela del ofendido (arts.104 LECrim y 215 CP).

⁶⁹ Entorno a esta figura véase PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN-JESÚS, “La acción popular en el sistema procesal penal español”, *CAP Jurídica Central*, vol.4, nº7, 2020, págs.85-102 [Localizado en: <https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/CAP/article/view/2899/3466>]

⁷⁰ GIMENO SENDRA, VICENTE, DÍAZ MARTÍNEZ, MANUEL y CALAZA LÓPEZ, SONIA, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág.113.

esta posibilidad a quien no goce de la plenitud de los derechos civiles, al que hubiera sido condenado dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querrela calumniosas, al Juez o Magistrado, y, entre sí, a los cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos. No obstante, los propios preceptos recogen una serie de excepciones donde todos ellos sí podrían ejercitar la acción penal, si bien ninguna de ellas resulta apreciable en la información que se tiene del caso.

También ejerciendo la acción penal podría intervenir la acusación particular, que *“se identifica con las personas concretamente lesionadas, dañadas o de cualquier modo afectadas, por la comisión delictiva”*⁷¹. Así, será acusador particular el titular del bien jurídico lesionado, sea persona física o jurídica -incluso el Estado y las Administraciones públicas-, nacional o extranjera (art.270 LECrim). Al acusador particular que ha sufrido una afectación directa en su propia persona a causa del delito se le denomina “ofendido”, diferenciándose así del “perjudicado”, cuya afectación no es directa, sino colateral⁷².

Por último, dentro de las posiciones activas en el proceso penal, está la figura del actor civil. Pues bien, el art.100 LECrim dispone que *“de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”*, y sobre esto aclara el art.112 LECrim que *“ejercitada la acción penal, se entenderá utilizada también la civil”*. Sin embargo, esta última disposición igualmente permite ejercitar en el proceso penal la acción civil sin la penal correspondiente, que se consideraría extinguida. Aquí es donde se enmarca la presente figura, siendo el actor civil *“la persona perjudicada, en su propia persona y/o bienes, por el hecho delictivo, cuando limita su actuación, en el marco del proceso penal, a sostener exclusivamente la pretensión civil”*⁷³.

Pasando ahora a la parte acusada o partes acusadas en el proceso penal, estas son *“las personas -físicas o jurídicas- que cometieron, en hipótesis (...) el hecho delictivo, susceptible de ser enjuiciado”*⁷⁴. El término empleado para referirse a éstas es el de “investigado” o “encausado”⁷⁵.

En relación a la anterior figura se encuentra el responsable civil, que es la persona frente a la que se dirige la pretensión civil por razón del delito. Esta puede ser directa, cuando sea posible dirigirla contra los autores o los cómplices (arts.100 LECrim y 116 CP), o subsidiaria, cuando en defecto de los criminalmente responsables deban responder civilmente las personas que señalan los arts.120 y 121 CP, pudiendo destacar aquí, en vista a los hechos del caso, a la persona jurídica que responde por los delitos cometidos por sus representantes (art.120.4 CP). Asimismo, y ya por último, nuestro ordenamiento recoge también una serie de supuestos donde personas que tampoco son responsables criminalmente, sí lo son civilmente, y además, a diferencia del anterior, de una forma directa (arts.117 y 118 CP), no observándose ninguna de éstas en el presente supuesto.

Visto todo lo anterior, y circunscribiéndonos a los sujetos citados en los antecedentes, las partes legitimadas en este proceso serían:

- i) El Ministerio Fiscal, como acusación pública -lo más probable-.

⁷¹ GIMENO SENDRA, VICENTE, DÍAZ MARTÍNEZ, MANUEL y CALAZA LÓPEZ, SONIA, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág.116.

⁷² Sobre estos conceptos véase DÍAZ CABIALE, JOSÉ ANTONIO y CUETO MORENO, CRISTINA, “Víctimas, ofendidos y perjudicados: concepto tras la LO 8/21”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº24, 2022 [Localizado en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/24/recpc24-04.pdf>]

⁷³ GIMENO SENDRA, VICENTE, DÍAZ MARTÍNEZ, MANUEL y CALAZA LÓPEZ, SONIA, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág.120.

⁷⁴ *Ídem*, pág.122.

⁷⁵ En torno al vocablo empleado para hacer referencia a la parte acusada del proceso penal mírese GIMENO SENDRA, VICENTE, DÍAZ MARTÍNEZ, MANUEL y CALAZA LÓPEZ, SONIA, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág.123-126.

- ii) Los ciudadanos marroquíes, como acusación particular, siendo ofendidos respecto de los delitos continuados de estafa, y perjudicados respecto de los delitos de favorecimiento de la inmigración irregular.
- iii) Carlos, como investigado o encausado por el delito continuado de estafa, el delito de favorecimiento de la inmigración irregular, el delito continuado de falsedad en documento público, y el delito continuado de falsedad en documento privado.
- iv) Isak, como investigado o encausado por el delito continuado de estafa y el delito de favorecimiento de la inmigración irregular.
- v) Marta, como investigada o encausada por el delito continuado de falsedad en documento público.
- vi) Constructoras Basalo SLU, como investigada o encausada por el delito continuado de estafa y el delito de favorecimiento de la inmigración irregular.

Sin embargo, en atención a otros procesos penales originados por hechos muy similares al actual⁷⁶, se puede vislumbrar que las partes que finalmente intervendrían serían, como acusación, el Ministerio Fiscal, y como acusados, Carlos, Isak y Marta.

III. EL PROCEDIMIENTO.

Nuestro ordenamiento jurídico no prevé un único procedimiento para enjuiciar todos los hechos constitutivos de delito, sino que la LECrim y otras leyes especiales regulan diferentes clases de procesos penales, por lo que se debe determinar, en atención a los criterios que éstas recogen, cuál de todos ellos corresponde para sustanciar el presente caso.

La mayoría de los distintos procedimientos tienen un ámbito de aplicación muy limitado puesto que precisan de la concurrencia de unas concretas circunstancias relativas al delito, al sujeto al que se acusa o a alguna otra causa para poder proceder por los mismos, no observándose ninguna de ellas en este supuesto. Así, se descarta aquí el procedimiento por delitos leves, el juicio rápido o el proceso ante el Tribunal del Jurado, entre otros.

Para estos casos que no contienen especiales condiciones que los adecúen a algún procedimiento específico, la fijación del que entonces corresponda se realiza en atención a la pena prevista para el delito, y así se encuentra:

- i) Proceso ordinario: Para el enjuiciamiento de delitos con pena atribuida superior a nueve años de privación de libertad (art.757 LECrim)
- ii) Procedimiento abreviado: Para el enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad inferior a nueve años o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza cualquiera que sea su cuantía o duración (art.757 LECrim).

Siguiendo lo anterior, y en tanto que ninguno de los delitos por los que aquí se acusa tiene una pena privativa de libertad superior a nueve años, corresponde sustanciar el presente caso por la vía del procedimiento abreviado, cuyo íter, de modo resumido y genérico, comienza con las actuaciones de la Policía Judicial y del Ministerio Fiscal, sigue con las diligencias preliminares, continúa con la preparación del juicio oral, y tras la celebración del mismo, termina con la sentencia (arts.769-789 LECrim).

⁷⁶ Véase la SAP Teruel 8/2006, de 16 de octubre (ECLI:ES:APTE:2006:90); SAP A Coruña 471/2012, de 9 de octubre (ECLI:ES:APC:2012:2792); SAP Navarra 51/2014, de 26 de noviembre (ECLI:ES:APNA:2014:877); STS 188/2016, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:824); SJP Murcia 52/2020, de 3 de marzo (ECLI:ES:JP:2020:2479).

CUESTIÓN 3

I. LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO.

Del mismo modo que no es libre la entrada de los extranjeros en España, tampoco lo es el desarrollo de una actividad laboral en territorio nacional por parte de los mismos. Así, éstos no pueden venir a trabajar a nuestro país cuándo quieran ni de lo que quieran, sino que precisan de una autorización administrativa previa para ello, la de residencia y trabajo, a la cual se dedicará el presente punto.

Tal y como apuntó nuestro alto tribunal⁷⁷, la exigencia de una autorización a los extranjeros para poder trabajar en España es constitucional en tanto que el derecho al trabajo consagrado en el art.35 CE, por no considerarse inherente a la dignidad humana, pertenece exclusivamente a los nacionales españoles. No obstante, esta sentencia también señaló que, una vez producida la contratación, sí existe igualdad de trato entre unos y otros para la titularidad y el ejercicio de los derechos laborales.

Así pues, el derecho de los ciudadanos extranjeros al trabajo es un derecho de configuración legal que les pertenecerá según así lo prevea la ley, circunstancia que refleja el art.7.c) del RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) al disponer que *“podrán contratar la prestación de su trabajo: (...) los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia”*.

La normativa encargada de regular el derecho de los extranjeros a trabajar en España -y a la que la precedente disposición se remite- es la LOEX, pues su art.10 condiciona el ejercicio de una actividad remunerada en territorio nacional por parte de éstos al cumplimiento de los requisitos que esta misma ley y su reglamento fijen al respecto. Sin embargo, es necesario aclarar que dichas normas únicamente resultan aplicables a los extranjeros no comunitarios, pues el régimen de los trabajadores nacionales de estados miembros de la UE o de Estados Parte del Espacio Económico Europeo se halla en distinta normativa, no procediendo hacer aquí una mayor referencia a ella en tanto que el presente supuesto versa sobre ciudadanos de origen marroquí.

Volviendo a la LOEX, ésta establece en su art.36.1 que *“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”*. Las condiciones necesarias para su expedición varían en función de la actividad que el extranjero fuera a desarrollar, distinguiéndose así las modalidades de autorización de residencia y trabajo por cuenta propia (art.37 LOEX), por cuenta ajena (art.38 LOEX) y la de profesionales altamente cualificados (art.38 ter LOEX). En tanto que los extranjeros del supuesto analizado prestarían sus servicios a un empresario del que dependerían laboralmente, los requisitos y el procedimiento que se expondrán a continuación serán los necesarios para la concesión de la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, por ser la que se corresponde al presente al caso.

I.1. Requisitos.

I.1.1. La situación nacional de empleo.

Los arts.38 LOEX y 64 RLOEX establecen como requisito para la concesión de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena la acreditación de *“la insuficiencia de demandantes de empleo, adecuados y disponibles, para cubrir el puesto de trabajo que oferta el empresario a un trabajador extranjero”*⁷⁸. Esta circunstancia puede probarse por dos vías (arts.64 y 65 RLOEX):

⁷⁷ STC 107/1984, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TC:1984:107).

⁷⁸ IMBRODA ORTIZ, BLAS JESÚS y RUIZ SUTIL, CARMEN. (coords.), *Extranjería: Memento experto*, 3ª ed., Francis Lefebvre, Madrid, 2017, pág.99.

- i) La inclusión del empleo de que se trate en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura que elabora trimestralmente el Servicio Público de Empleo Estatal en colaboración con otros servicios y organismos públicos.
- ii) La certificación de insuficiencia de demandantes que emite el Servicio Público de Empleo cuando no logra cubrir la oferta presentada ante éste a pesar de su intermediación. No obstante, ésta no es vinculante para la Oficina de Extranjería.

La justificación de este extremo no es necesaria en los supuestos de exención que recoge el art.40 LOEX, a los cuales no se hará alusión por no ajustarse las circunstancias del caso a ninguno de ellos.

I.1.2. El empleador.

El empleador que solicite una autorización de residencia y trabajo para que un extranjero cubra el puesto que ha ofertado debe (art.64 RLOEX):

- i) Haber formalizado su inscripción en el correspondiente régimen de la SS.
- ii) Encontrarse al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la SS.
- iii) Haber abonado la tasa para la tramitación de la autorización.
- iv) Presentar el contrato de trabajo firmado por él mismo y por el trabajador que garantice la actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización y que se ajuste a la normativa vigente y al convenio colectivo de aplicación.
- v) Contar con medios económicos, materiales o personales, suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato.

I.1.2. El trabajador extranjero.

Para que el trabajador extranjero pueda ser contratado es necesario que éste, además de contar con la mayoría de edad laboral (art.36.1 LOEX), cumpla una serie de requisitos en relación tanto a la residencia como al propio trabajo. Estos se recogen en el art.64 RLOEX, y son los siguientes:

- i) No encontrarse en territorio español de forma irregular.
- ii) No tener antecedentes penales ni en España ni en los países en los que haya residido durante los cinco últimos años por delitos previstos en el ordenamiento español.
- iii) No tener una prohibición de entrada por figurar en la lista de personas no admisibles.
- iv) Haber transcurrido el plazo de compromiso de no regreso a España en caso de haberse acogido anteriormente a un programa de retorno voluntario.
- v) Haber abonado la tasa por la tramitación de la autorización de residencia temporal.
- vi) Contar con la capacitación y, de ser el caso, la cualificación profesional legalmente exigida.

I.2. Procedimiento.

El procedimiento administrativo para la concesión de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena se inicia con la solicitud de cobertura de un puesto vacante presentada por un empleador ante la autoridad competente de la provincia donde se vaya a ejercer la actividad laboral, tratándose

normalmente de la Delegación o Subdelegación del Gobierno (arts. 38.3 LOEX y 67.1 RLOEX). Esta solicitud debe ir presentada en modelo normalizado (modelo EX03) y acompañada de la documentación listada en el art.67.2 RLOEX, a saber:

- i) NIF, y documento público que acredite su representación legal en caso de ser persona jurídica.
- ii) Original y copia del contrato de trabajo.
- iii) Certificado de insuficiencia de demandantes expedido por el Servicio Público de Empleo en caso de no haber sido incluida la oferta en el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura, o documentación acreditativa de la concurrencia de alguno de los supuestos exentos de consideración de la situación nacional de empleo.
- iv) Documentos acreditativos de medios económicos, materiales o personales suficientes.
- v) Copia del pasaporte completo o documento de viaje en vigor del trabajador extranjero.
- vi) Copia de la documentación que acredite la capacitación y la cualificación, en su caso, del trabajador extranjero.

Al respecto de esta documentación cabe señalar, primero, que no es necesaria la aportación de documentos que ya se encuentren o hayan sido elaborados por la Administración (art.28.2 LPAC); y, segundo, que la documentación extranjera debe estar traducida al español, así como legalizada en caso de ser documento público⁷⁹.

Para la admisión a trámite de la solicitud el órgano competente comprobaría la concurrencia de alguna de las causas de inadmisión recogidas en la disposición adicional cuarta de la LOEX (art.67.4 RLOEX). En caso de ser admitida, se iniciaría la instrucción del procedimiento, fase en la que el órgano competente comprueba el cumplimiento de los requisitos necesarios y examina la documentación aportada, requiriéndosele al solicitante su subsanación en el plazo de diez días si ésta resultase incompleta (art.67.5 RLOEX).

El órgano competente ha de resolver en el plazo máximo de tres meses desde la solicitud (art.66.6 RLOEX), sino la solicitud se entendería desestimada por silencio administrativo (Disposición adicional 13ª RLOEX). Su resolución puede ser favorable y conceder, por tanto, la autorización, o desfavorable si se apreciase alguno de los supuestos de denegación tasados en el art.68 RLOEX. En todo caso, independientemente de su sentido, deberá estar motivada (art.67.6 RLOEX). De ser concedida la autorización, su eficacia quedaría suspendida hasta la obtención del visado y el alta del trabajador en la SS (arts.38.3 LOEX y 67.7 RLOEX). Asimismo, ésta se encontraría limitada al territorio de la provincia del órgano competente que la otorgó, a una ocupación determinada (arts.38.5 LOEX y 63.5 RLOEX), y a una duración de un año (art.63.5 RLOEX).

Una vez obtenida la autorización, y en el plazo de un mes desde la notificación al empleador, el extranjero deberá tramitar el correspondiente visado de residencia y trabajo ante la misión diplomática o consular española de su país de origen o última residencia (arts.27.1 LOEX y 70.2 RLOEX), que le habilitará a entrar y estar en España por un máximo de tres meses para comenzar la actividad laboral previamente autorizada y ser dado de alta en la SS (art.25.bis.2.d) LOEX).

⁷⁹ DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIONES, Instrucción DGI/SGRJ/06/2008 sobre aportación de documentos públicos extranjeros para la tramitación de procedimientos en materia de extranjería e inmigración. [Localizado en: https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2008/DGI-SGRJ-06-2008.pdf]; Instrucción DGM 2/2019 sobre la aportación de documentos en lengua extranjera en los procedimientos de extranjería. [Localizado en: https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2019/report_INSTRUCCION_DGM_2-2019 SOBRE APORTACION DOCUMENTOS ENLENGUA EXTRA.pdf]

A parte de los requisitos señalados anteriormente, al trabajador también se le requiere para la concesión del visado correspondiente el cumplimiento de las condiciones siguientes (art.70.1 y disposición adicional 10ª RLOEX):

- i) Ser titular de una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.
- ii) No padecer ninguna enfermedad que pueda tener repercusiones de salud pública graves.
- iii) Haber abonado la tasa por tramitación del procedimiento.

Asimismo, su solicitud deberá ir acompañada de la documentación que sigue (art.70.3 RLOEX):

- i) Pasaporte o título de viaje válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses.
- ii) Certificado de antecedentes penales.
- iii) Certificado médico.
- iv) Copia del contrato de trabajo firmado y sellado por la Oficina de Extranjería.

La instrucción iniciada a causa de la solicitud debe concluir en el plazo máximo de un mes (art.70.5 RLOEX), transcurrido el cual se entendería denegada por silencio administrativo (disposición adicional 13ª RLOEX). En esta fase se verifica el cumplimiento de los requisitos así como la validez y la veracidad de lo aportado y alegado (art.70.4 y disposición adicional 10ª RLOEX). De no concurrir ninguno de los supuestos de denegación del art.70.4 RLOEX, el visado de residencia y trabajo sería expedido, debiendo recogerlo personalmente el trabajador en el plazo de un mes (art.70.5 RLOEX).

Tras la concesión del visado, el trabajador debería entrar en España durante el plazo de vigencia del mismo (art.70.6 RLOEX), momento a partir del cual cuenta con tres meses para iniciar la actividad laboral y que se produzca su alta en la SS, instante al que se supedita la eficacia de la autorización (arts. 25 bis.2.d) LOEX y 70.7 RLOEX). De la misma forma, en el plazo de un mes tras el alta, el extranjero debería solicitar personalmente la Tarjeta de Identidad del Extranjero ante la Oficina de Extranjería o ante la comisaría de policía correspondiente, que se expediría por el mismo tiempo de vigencia de la autorización (art.70.8 RLOEX). Si durante esos tres meses no se produjese el alta del trabajador extranjero en la SS, éste debería salir del territorio nacional (art.70.9 RLOEX).

I.3. Eficacia legal.

Como se acaba ver, la eficacia de la autorización de residencia temporal y trabajo se encuentra condicionada al alta del trabajador extranjero en la SS dentro de los tres meses siguientes a su entrada en España (arts. 25.bis.2.d), 36.2 y 38.3 LOEX y 70.7 RLOEX).

En los antecedentes de hecho del presente caso se refleja que Carlos, a fin de cumplimentar el paso final para la expedición de las tarjetas de residencia, dió de alta en la SS a los extranjeros marroquíes. Por tanto, considerando lo anterior, se concluye que las autorizaciones obtenidas eran eficaces, aún a pesar del corto período de tiempo por el que estuvieron dados de alta, ya que la ley nada dice a este respecto.

No obstante su eficacia, en consideración a la limitación territorial y ocupacional de las autorizaciones (arts.38.5 LOEX y 63.5 RLOEX), se deduce una cierta irregularidad en las mismas en tanto que, como también se apunta en los antecedentes, la mayoría de los extranjeros fueron dados de alta por parte de otras empresas en provincias distintas.

La consecuencia de lo anterior no es, sin embargo, que la situación del extranjero devenga irregular, pues, siempre que su autorización todavía no haya expirado, éste puede residir y trabajar de forma legal en España,

sino la de que tanto él como su empleador incurrirán en infracción administrativa leve, el primero por trabajar (art.52.d) LOEX) y el segundo por contratar (art.52.e) LOEX) excediendo los límites de la autorización.

Ahora bien, no todo trabajo ni toda contratación que vaya más allá del ámbito territorial o del sector de actividad para los que fue en principio solicitada la autorización implican necesariamente la comisión de las anteriores infracciones, pues el art.203 RLOEX permite modificar tales extremos, por lo que, de haberse procedido de tal modo, no se hubiera impuesto sanción alguna. Con todo, se desconoce si los titulares de las autorizaciones del presente caso se acogieron a la anterior previsión.

CUESTIÓN 4

I. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.

Los hechos relatados en los antecedentes son constitutivos de una serie de infracciones administrativas -las cuales se señalarán a continuación- y de un delito de imposición de condiciones de trabajo perjudiciales, recogido en el art.311 CP. Este último tipifica una conducta muy similar a una de las infracciones que se verá, por lo que en el presente apartado se analizarán las características y los requisitos necesarios para la apreciación del tipo penal, a fin de, por un lado, distinguirlo del ilícito administrativo, y, por otro, fundamentar su adecuación al caso expuesto.

En primer lugar, en el propio relato de los hechos se descubre la comisión de una serie de infracciones administrativas en materia laboral, aquellas por las que la inspectora de trabajo levantó acta de infracción, y que son:

- *“No llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y, en su caso, sus actualizaciones y revisiones, así como los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores que procedan, o no realizar aquellas actividades de prevención que hicieran necesarias los resultados de las evaluaciones, con el alcance y contenido establecidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales”* (art.12.1.b) LISOS).
- *“No realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores que procedan conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, o no comunicar su resultado a los trabajadores afectados”* (art.12.2 LISOS).
- *“La falta de limpieza del centro o lugar de trabajo, cuando sea habitual o cuando de ello se deriven riesgos para la integridad física y salud de los trabajadores”* (art.12.17 LISOS).
- *“La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores”* (art.7.5 LISOS).

Todas estas infracciones son calificadas como graves en la ley, y por ellas la inspectora hizo propuesta de sanción económica en grado medio, salvo por la última, para la que planteó sanción máxima, lo que refleja la especial gravedad que ésta revestía. Tal consideración, unida al hecho de que es esta infracción, precisamente, la que resulta similar al delito señalado, plantea el que el ilícito quizá fuera de una entidad tal como para ser sancionado por la vía penal⁸⁰.

⁸⁰ En relación a esta posibilidad establece el art.3 LISOS que *“en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador (...) De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.”*

El delito de imposición de condiciones de trabajo perjudiciales aparece recogido en el art.311 CP, disponiendo que “*serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses: 1.º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.*”

El bien jurídico protegido en este delito es, según la mayoría de la doctrina⁸¹ y de la jurisprudencia⁸², los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores desde una perspectiva supraindividual. Como consecuencia, el sujeto pasivo se encuentra aquí conformado por una colectividad difusa de trabajadores, de forma que se apreciará un único delito aunque el comportamiento afecte a varios de ellos, en tanto que existe una sola lesión al bien jurídico protegido⁸³. No obstante, el trabajador sobre el que recaiga la acción de forma directa podrá tener la condición de perjudicado civil⁸⁴, resultando indiferente para la apreciación de este delito la validez del contrato de trabajo y la situación administrativa en que se encuentre la persona que presta sus servicios, tal como tiene señalado el TS⁸⁵.

En cuanto al sujeto activo, la presente conducta sólo puede ser llevada a cabo por un empresario -sea persona física o jurídica, pública o privada-, por lo que se trata de un delito especial propio⁸⁶.

Respecto a la conducta típica, la misma consiste en la imposición de condiciones laborales que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que los trabajadores tengan reconocidos. Por tanto, “*no se trata de que el empresario no respete lo acordado entre las partes, sino que el propio acuerdo haya sido impuesto por el empresario sin respetar los derechos mínimos y esenciales reconocidos al trabajador*”⁸⁷.

En relación a la acción, el TS ha venido entendiendo por “imponer” la “existencia de una situación que suprima la capacidad de reacción indispensable para que el perjudicado reaccione en defensa de sus derechos que ve perjudicados”⁸⁸, sin que ello entrañe el empleo de intimidación o violencia, pues de concurrir integrarían el subtipo agravado del art.311.4º CP. Además, para que la imposición sea penalmente relevante, ha de hacerse por alguna de las dos vías que exige el tipo penal: el engaño o el abuso de situación de necesidad -se trata, por tanto, de un delito de medios determinados-. De esta forma, la concurrencia de tales modos de comisión se convierte en una de las claves que permite distinguir el ilícito penal del administrativo, correspondiendo sancionar por esta última vía aquellos supuestos donde no haya engaño ni abuso de situación de necesidad.

De los dos modos anteriores, no cabe valorar en el presente caso la concurrencia de engaño dado que Hamid era conecedor de las condiciones laborales desde el mismo momento de la contratación. Sin embargo, sí resulta apreciable, como ahora se verá, el abuso de situación de necesidad, entendido por el TS como “cualquier clase de aprovechamiento, o el uso indebido de la especial posición de fuerza en el ámbito de las relaciones laborales, imponiendo el empresario, en su propio beneficio, condiciones laborales ilegales”, si bien, para que

⁸¹ GÓMEZ PAVÓN, PILAR et al, *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015, págs.224-227.

⁸² V.gr. SSTS 247/2017, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1303) y 639/2017, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3389).

⁸³ DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, *Derecho penal del trabajo: los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág.183.

⁸⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág.844.

⁸⁵ La STS 438/2004, de 29 de marzo (ECLI:ES:TS:2004:2141) afirma que “(...) ciertamente el inmigrante ilegal, aquel que carece de permiso de trabajo y de residencia en España, aunque no está incluido en el art. 35 de la Constitución, que reconoce a todos los españoles el deber de trabajar y el derecho al trabajo, tal derecho se ejercita frente a los poderes públicos, y sólo frente a ellos, no pudiendo constituir tal condición una patente de impunidad frente a quienes contratan a tales emigrantes conscientes de su situación ilegal. Por tanto, cuando un particular, de forma consciente y voluntaria contrata a un inmigrante ilegal, no por ello, puede imponerle condiciones claramente atentatorias contra la dignidad humana.”

⁸⁶ SSTS 247/2017, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1303) y 639/2017, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3389).

⁸⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, *Derecho penal del trabajo: los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág.139.

⁸⁸ SSTS 247/2017, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1303) y 639/2017, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3389).

tal comportamiento tenga acceso a la respuesta penal, ha de comportar “un plus diferente a la mera desigualdad intrínseca que existe en las relaciones laborales”⁸⁹.

La referida situación de necesidad existe “cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso (...). En abstracto siempre existirá otra (...) pero se trata de valorar en concreto si podía exigirse razonablemente a la víctima seguir un camino distinto a la aceptación resignada de las injustas condiciones que se le imponen”⁹⁰. En este sentido, el TS, conociendo de un caso muy similar al que aquí se ocupa, consideró como situación de vulnerabilidad la de unos inmigrantes marroquíes con un bajo nivel cultural, que carecían de arraigo, desconocían el idioma y no tenían otras relaciones en las que ampararse para subsistir⁹¹.

Con respecto a la restricción de derechos del trabajador que exige el tipo, es preciso acudir a la normativa laboral para identificarlos. Por tanto, este delito se configura como una ley penal en blanco, en la medida en que, para conocer todos sus elementos, necesita ser completado por normas extrapenales.

De acuerdo al ordenamiento laboral, el trabajador cuenta con una serie de derechos indisponibles (art.3.5 ET) que marcan unas condiciones mínimas a las que no se puede renunciar. Es la vulneración de estas últimas, en consideración a los principios de legalidad y mínima intervención, la única que debe resultar típicamente relevante⁹². Precisamente a este respecto, la jurisprudencia ha identificado al descanso semanal como uno de los derechos básicos y elementales de todo trabajador⁹³.

Como consecuencia de la anterior irrenunciabilidad, un eventual consentimiento del trabajador a las condiciones ilegales resultaría totalmente irrelevante, primero, por su propio carácter indisponible, y segundo porque, tal y como tiene señalado el TS, el consentimiento sólo puede enervar la imposición cuando se es libre de consentir y de decidir, y en estos casos no hay consentimiento válido por encontrarse viciado a causa del engaño o de la necesidad⁹⁴.

En lo que concierne al tipo subjetivo, éste es un delito de doloso, “en el sentido, no tanto de que el sujeto activo quiera directa y exclusivamente la privación de los derechos de sus trabajadores, sino que para la consecución de sus propósitos acepta el camino que supone necesariamente la privación de tales derechos a sus trabajadores y con tal conocimiento y consentimiento, continúa su ilícito actuar”⁹⁵. El TS, también en el caso que se mencionó más arriba como similar al actual, consideró que el conocimiento de la condición precaria de los trabajadores y de la ilegalidad de la ausencia de descanso, junto a su aprovechamiento para obtener un rendimiento mayor, conformaba el dolo exigido por el tipo del art. 311 CP.

En cuanto a su consumación, ésta ocurre en el mismo momento en que se imponen las condiciones ilegales, sin ser necesaria la producción de un efectivo perjuicio en los derechos del trabajador; se trata de un delito de resultado cortado⁹⁶.

Por último, en relación a los concursos, el delito de imposición de condiciones laborales perjudiciales suele concurrir en la práctica con los delitos contra la propiedad, contra la libertad, contra la SS, contra la Administración Pública, de lesiones y de falsedades⁹⁷.

⁸⁹ SSTS 270/2016, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1553); 247/2017, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1303); y 639/2017, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3389).

⁹⁰ STS 639/2017, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3389).

⁹¹ *Ídem*.

⁹² *Ídem*.

⁹³ *Ídem*.

⁹⁴ STS 247/2017, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1303).

⁹⁵ SSTS 247/2017, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1303) y 639/2017, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3389).

⁹⁶ *Ídem*.

⁹⁷ Véase SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE, “El delito laboral (art.311.1ºCP) y la STS 247/2017”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº9, 2017, págs.13-24.

En vista a todo lo anterior resulta clara la adecuación de la conducta expuesta con los hechos descritos en los antecedentes, por lo que “FINCA RAMÍREZ, S.L.U.”, como empleadora y, por tanto, sujeto activo, debe ser condenada por el delito de imposición de condiciones laborales perjudiciales del art.311.1º CP. Sin embargo, a tenor del art.318 CP -ubicado en el mismo título que el anterior-, “*cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores*”. Por tanto, siendo Antonio Ramírez el titular y administrador único de la anterior sociedad, será quien finalmente sea sancionado con la pena prevista para dicho delito, que es, como ya se vio, la de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses.

Asimismo, y ya por último, no hay que olvidar las sanciones correspondientes a las infracciones administrativas graves en materia de prevención de riesgos laborales señaladas al principio de este apartado, las cuales darán lugar, cada una de ellas -a excepción de la última, en tanto que la conducta ya ha sido apreciada por vía penal- a una multa de entre 9.831 y 24.585 €, conforme al art.40.2.b) LISOS.

II. EL RANGO PROBATORIO DE LA ACTA DE INFRACCIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO.

La Inspección de Trabajo y SS es definida por el art.1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LOITSS), como el “*servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes*”. Para realizar estas funciones los inspectores llevan a cabo una serie de actividades comprobatorias (arts.20 y 21 LOITSS) que, una vez finalizadas, les permiten iniciar los correspondientes procedimientos sancionadores mediante la extensión de actas de infracción (art.22.5 LOITSS).

Estas últimas tienen naturaleza jurídica de documento público, tal y como señala, entre otros⁹⁸, el art.15 del RD 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 liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (RISOS). Como consecuencia de dicho carácter, las actas de inspección son admitidas por nuestro ordenamiento como medio de prueba, en la medida en que todo documento público hace prueba en derecho.⁹⁹

A este respecto, la ley atribuye presunción de certeza¹⁰⁰ a los hechos constatados en dichas actas, salvo prueba en contrario -tratándose, por tanto, de una presunción *iuris tantum*-, y siempre que se hayan observado los requisitos exigidos legalmente para su expedición.¹⁰¹ Así lo recogen el art.23 LOITSS, el art.15 RISOS, el art.53.2 LISOS, y el art.151.8 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS).

Ahora bien, dado que la actuación administrativa está sometida a control jurisdiccional (art.106 CE), para poder terminar de delimitar el valor probatorio de las actas de la inspección de trabajo es necesario atender a

⁹⁸ El art.1216 del RD de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (CC) dice que “*son documentos públicos los autorizados por un (...) empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley*”, y el art.317.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) dispone que “*se consideran documentos públicos: Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.*”

⁹⁹ Dice el art.77.5 LPAC que “*los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad (como los inspectores, a tenor del art.13 LOITSS) y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario.*” También señala el art.1218 CC que “*los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.*” Y la LEC indica en su art.299.1.2º que “*los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: (...) documentos públicos*”, y en su art.319.1 que “*con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1.º a 6.º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella.*”

¹⁰⁰ Sobre la naturaleza de esta presunción véase GÓMEZ GARRIDO, LUISA MARÍA, “La fijación de los hechos en las actas de la inspección de trabajo y seguridad social”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol.4, nº7, 2011, págs.123-148.

¹⁰¹ Los requisitos materiales del acta de infracción se establecen en el art.14 RISOS, y los procedimentales en el art.52.1 LISOS. Asimismo, el Criterio Técnico 6/1997, de 11 de junio, expone cómo han de ser consignados los hechos.

las consideraciones que a este respecto han venido realizando los tribunales. Así, existiendo un importante número de sentencias sobre este particular, se ha ido conformando un criterio jurisprudencial uniforme entorno al alcance de las actas de la inspección de trabajo como medio de prueba, cuyos principales razonamientos, de forma esquemática, son:

- i) Las actas son medios de prueba de eficacia condicionada suficientes para lograr el convencimiento del Tribunal sobre los hechos a que se refiere la documentación de la actuación inspectora¹⁰².
- ii) La presunción de veracidad se basa en la imparcialidad, especialización y objetividad del funcionario público actuante¹⁰³.
- iii) El valor probatorio del acta se circunscribe a los hechos comprobados directamente por el inspector, o bien a aquellos que de éstos resulten inmediatamente deducibles, o estén acreditados por medios de prueba consignados en el propia acta, quedando fuera meras estimaciones, apreciaciones globales, calificaciones jurídicas, deducciones lógicas, juicios de valor u opiniones¹⁰⁴.
- iv) Las actas no tienen en el ámbito jurisdiccional mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos, ni prevalecen frente a aquellos que conduzcan a conclusiones distintas¹⁰⁵.
- v) La presunción de certeza es compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia en la medida que ésta cede por su insuficiencia o por pruebas suficientes de contrario¹⁰⁶.
- vi) La presunción de veracidad no significa que se invierta la carga de la prueba en el sentido de que el ciudadano sancionado deba de probar su inocencia, que constitucionalmente se presume, sino la necesidad de actuar contra el medio de prueba aportado por la Administración siempre y cuando éste reúna los requisitos que permitan otorgarle la presunción de veracidad¹⁰⁷.
- vii) Las actas no tienen otorgada una veracidad absoluta e indiscutible, sino que por tratarse de una presunción iuris tantum, el valor probatorio que de ellas puede deducirse puede ser enervado por otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas¹⁰⁸.

¹⁰² Cfr. STS de 18 de marzo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:1623); 24 de septiembre de 1996 (rec.nº339/1992) (ECLI:ES:TS:1996:5020); 22 de octubre de 2001 (rec.nº281/1999) (ECLI:ES:TS:2001:8135); y 2644/2016, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5600).

¹⁰³ Cfr. STS de 18 de marzo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:1623); 24 de septiembre de 1996 (rec.nº339/1992) (ECLI:ES:TS:1996:5020); 8 de mayo de 2000 (rec.nº287/1995) (ECLI:ES:TS:2000:3746); 4 de diciembre de 2009 (rec.nº292/2008) (ECLI:ES:TS:2009:7396); STSJ País Vasco 2539/2017, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TSJPV:2017:3998); STSJ Cataluña 13/2018, de 23 de abril (ECLI:ES:TSJCAT:2018:2823); STSJ Madrid 1109/2019, de 15 de noviembre (ES:TSJM:2019:12789); STSJ Galicia de 9 de junio de 2021 (rec.nº4779/2020) (ECLI:ES:TSJGAL:2021:4530); STSJ Gran Canaria 918/2021, de 7 de octubre (ECLI:ES:TSJCAN:2021:2511); STSJ Cantabria 62/2022, de 1 de febrero (ES:TSJCANT:2022:68).

¹⁰⁴ Cfr. STC 76/1990, de 26 de abril (ECLI:ES:TC:1990:76); SSTs de 8 de mayo de 2000 (rec.nº287/1995) (ECLI:ES:TS:2000:3746); 22 de octubre de 2001 (rec.nº281/1999) (ECLI:ES:TS:2001:8135); 4 de diciembre de 2009 (rec.nº292/2008) (ECLI:ES:TS:2009:7396); 2644/2016, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5600); STSJ País Vasco 2539/2017, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TSJPV:2017:3998); STSJ Cataluña 13/2018, de 23 de abril (ECLI:ES:TSJCAT:2018:2823); STSJ Galicia de 9 de junio de 2021 (rec.nº4779/2020) (ECLI:ES:TSJGAL:2021:4530); STSJ Gran Canaria 918/2021, de 7 de octubre (ECLI:ES:TSJCAN:2021:2511); STSJ Cantabria 62/2022, de 1 de febrero (ES:TSJCANT:2022:68).

¹⁰⁵ Cfr. STC 76/1990, de 26 de abril (ECLI:ES:TC:1990:76); y 82/2009, de 23 de marzo (ECLI:ES:TC:2009:82); STS de 18 de marzo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:1623); 24 de septiembre de 1996 (rec.nº339/1992) (ECLI:ES:TS:1996:5020); 22 de octubre de 2001 (rec.nº281/1999) (ECLI:ES:TS:2001:8135); y 2644/2016, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5600).

¹⁰⁶ Cfr. STS de 18 de marzo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:1623); y 24 de septiembre de 1996 (rec.nº339/1992) (ECLI:ES:TS:1996:5020); 8 de mayo de 2000 (rec.nº287/1995) (ECLI:ES:TS:2000:3746); STSJ Madrid 1109/2019, de 15 de noviembre (ES:TSJM:2019:12789); STSJ Gran Canaria 918/2021, de 7 de octubre (ECLI:ES:TSJCAN:2021:2511); STSJ Extremadura 757/2021, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TSJEXT:2021:1477).

¹⁰⁷ Cfr. STS de 22 de octubre de 2001 (rec.nº281/1999) (ECLI:ES:TS:2001:8135); y 2644/2016, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5600).

¹⁰⁸ Cfr. STS de 18 de marzo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:1623); 24 de septiembre de 1996 (rec.nº339/1992) (ECLI:ES:TS:1996:5020); y 8 de mayo de 2000 (rec.nº287/1995); STSJ Extremadura 757/2021, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TSJEXT:2021:1477).

III. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

En el anterior apartado I de esta misma cuestión, al hablar del delito de imposición de condiciones laborales perjudiciales del art.311.1º CP -y más concretamente del sujeto pasivo del mismo- se señaló que el trabajador sobre el que recaiga la acción de forma directa podrá tener la condición de perjudicado civil, lo que trasladado al presente supuesto supone que Hamid, como tal, tiene derecho a una indemnización por los daños y perjuicios derivados de dicho delito.

La responsabilidad civil *ex delicto* aparece recogida en el art.109 CP, al disponer que *“la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”*. Esta previsión se completa con la del art.116 CP, según el cual *“toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.”*

La jurisprudencia, de conformidad con lo anterior, estimó, en casos muy similares al actual¹⁰⁹, que por cuanto el delito había producido un daño a los trabajadores al no poder disfrutar estos del preceptivo descanso semanal, cabía reclamar la reparación de dicho perjuicio a sus autores por medio de la responsabilidad civil, y en caso de haber actuado una persona jurídica, ésta también respondería subsidiariamente, a tenor del art.120.4º CP¹¹⁰. En todos estos supuestos la responsabilidad civil se concretó en indemnizaciones económicas¹¹¹ a los perjudicados.

Cabe concluir, siguiendo lo anterior, que en el presente caso Antonio ha de indemnizar a Hamid por el daño causado con la imposición de las condiciones ilegales -concretamente por la falta del descanso semanal obligatorio- en la cuantía que el órgano judicial competente estableciese razonadamente¹¹², y “FINCA RAMÍREZ, S.L.U.” sería declarada como responsable subsidiaria.

Por otra parte, y en relación a las diversas infracciones administrativas graves en materia de prevención de riesgos laborales apreciadas anteriormente, el art.42 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL) dispone que *“el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades (...) civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.”* Se plantea, así, el que Hamid también tenga derecho a una indemnización por incumplimiento contractual, en tanto que la obligación de garantizar la seguridad y salud de los empleados -contenida en el art.14 LPRL- es asumida por el empleador en el contrato de trabajo, por lo que la inobservancia por su parte de las normas garantizadoras de las anteriores constituye un incumplimiento del propio contrato¹¹³.

La responsabilidad civil en la que incurre el empleador es, por tanto, de naturaleza contractual, y no extracontractual, que debe ser descartada en el presente supuesto, pues tal y como ha venido señalando la jurisprudencia¹¹⁴, siempre que el daño sea consecuencia del incumplimiento de un contrato, la exigencia de

¹⁰⁹ SAP Zaragoza 214/2016, de 11 de julio (ECLI:ES:APZ:2016:1059); STS 639/2017, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3389); y SAP Bilbao 2/2021, de 22 de enero (ECLI:ES:APBI:2021:31).

¹¹⁰ Tal artículo dispone que *“son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: (...) 4.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.”*

¹¹¹ Respecto a la cuantía de la indemnización, la SAP Zaragoza 214/2016, de 11 de julio (ECLI:ES:APZ:2016:1059) utilizó como pauta para su determinación los días de descanso no disfrutados por el precio por hora de trabajo, proceder que respaldó la STS 639/2017, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3389), señalando que no se trata de un abono de salarios no percibidos, sino de una forma razonable de cuantificar los perjuicios producidos por el delito.

¹¹² Art.115 CP: *“Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.”*

¹¹³ STS de 22 junio de 2005 (rec.nº786/2004) (ECLI:ES:TS:2005:4087); y STSJ Galicia de 20 de octubre de 2020 (rec.nº975/2020) (ECLI:ES:TSJGAL:2020:5964).

¹¹⁴ STS de 30 de junio de 2010 (rec.nº4123/2008) (ECLI:ES:TS:2010:4801); y STSJ Galicia 3716/2020, de 24 de septiembre (ECLI:ES:TSJGAL:2020:5446).

responsabilidad necesariamente ha de calificarse como contractual, y únicamente se considerará extracontractual cuando el contrato se trate tan sólo del antecedente causal del daño y la obligación de evitarlo exceda de la estricta órbita contractual, hasta el punto de que los perjuicios causados serían igualmente indemnizables sin la existencia del contrato.

En consecuencia, para regular la acción de indemnización procedente del incumplimiento de la obligación del empleador de garantizar la seguridad y salud en el trabajo, ha de acudirse al art.1101 CC, que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados a los que “*en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas*”. No obstante, esta indemnización sólo procederá si se logra probar la culpa o negligencia del empleador, así como la realidad misma de los perjuicios y el nexo entre éstos y la conducta, requisitos exigidos por la jurisprudencia¹¹⁵ para la apreciación de la responsabilidad contractual.

Por último, cabe señalar, que las anteriores responsabilidades civiles, una contractual y otra derivada del delito, no resultan incompatibles entre sí en tanto que su fundamento no es el mismo, pues los daños que resarcen provienen, como se ha visto, de conductas distintas¹¹⁶.

CUESTIÓN 5

I. LA EFICACIA DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Son dos las cuestiones que parecen poner en tela de juicio la eficacia del contrato de trabajo existente entre Hamid Meznie y Antonio Ramírez: por un lado, la autorización de residencia y trabajo de Hamid, que no le habilitaba para trabajar en ese territorio y sector de actividad, y, por otro lado, las condiciones ilegales pactadas, pues no se respetaba el preceptivo descanso semanal ni el salario mínimo interprofesional.

Respecto a la primera de las cuestiones, y como ya se razonó en el punto I.3 “Eficacia legal” de la tercera pregunta -relativa a la autorización de residencia y trabajo-, las autorizaciones obtenidas en el presente caso por los inmigrantes marroquíes eran válidas en tanto que al ser dados de alta en la SS se dio cumplimiento al requisito legal que dota de eficacia a las mismas. Además, como también se apuntó, el hecho de que posteriormente se desarrollase la actividad laboral fuera del territorio y sector para los cuales éstas fueron solicitadas y expedidas no causa la pérdida de vigencia de las mismas, si bien dicha irregularidad podría ser sancionada por no haberse tramitado la correspondiente modificación de la autorización en relación a estos puntos. Por tanto, se concluye que, a este respecto, el contrato de trabajo resultaba perfectamente válido.

Además, aun en el caso de que los trabajadores no contasen con la anterior autorización, el art.36.5 LOEX recoge que “*la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar (...) no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero(...)*”. En esta línea se ha pronunciado también la jurisprudencia, señalando que, “si bien el contrato de trabajo está afectado de la sanción de nulidad que establece la ley (art.7.c ET en relación con art.36.1 LOEX) (...), la misma ley salva la sanción de nulidad proclamando su validez respecto de los derechos del trabajador afectado”¹¹⁷. Por tanto, la relación laboral existente entre empresario y trabajador extranjero tiene plena eficacia jurídica pese a la carencia de permisos pertinentes, siendo perfectamente válido y eficaz el contrato de trabajo celebrado, sin perjuicio de las responsabilidades penales y administrativas en las que se pueda incurrir¹¹⁸.

¹¹⁵ V.gr. en la STS 436/2020, de 15 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2508).

¹¹⁶ Véase PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL-CARLOS, “La protección del trabajador frente a los riesgos laborales”, *DS: Derecho y salud*, vol.4, nº1, 1996, págs.28-42 [Localizado en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3178674.pdf>]

¹¹⁷ STS de 21 de junio de 2011 (rec.nº3428/2010) (ECLI:ES:TS:2011:5439); de 17 de septiembre de 2013 (rec.nº2398/2012) (ECLI:ES:TS:2013:4894); STSJ Madrid 105/2014, de 17 de febrero (ECLI:ES:TSJM:2014:2080); STSJ Cataluña 736/2018, de 5 de octubre (ECLI:ES:TSJCAT:2018:8755).

¹¹⁸ STSJ Cantabria 1061/2007, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TSJCANT:2007:1987); STSJ Andalucía 702/2010, de 25 de marzo (ECLI:ES:TSJAND:2010:18250); STSJ Cataluña 736/2018, de 5 de octubre (ECLI:ES:TSJCAT:2018:8755).

En cuanto a la segunda cuestión, en la medida en que el art.37 ET dispone que “*los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal (...) de día y medio ininterrumpido*”, la cláusula aceptada por Hamid es manifiestamente contraria a la ley, sin que el consentimiento de éste le otorgue validez alguna, pues, siguiendo el art.3.5 ET, “*los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario*”. A este respecto indica también el art.3.1.c) ET que “*los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: (...) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo (...) sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos (...)*”. Como consecuencia, la cláusula relativa a la falta del preceptivo descanso semanal es, a pesar del consentimiento de Hamid, ilegal, pero esto no implica, sin embargo, la nulidad total del contrato de trabajo, pues a tenor del art.9.1 ET, “*si resultase nula solo una parte del contrato de trabajo, este permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados.*”

La anterior lógica resulta extensible al acuerdo sobre el salario a percibir por Hamid, pues siendo éste de 800€/mes, se encontraba por debajo del salario mínimo interprofesional (art.27 ET) que para el año 2020 estaba fijado en 950€/mes¹¹⁹. En este sentido, no puede entenderse que el alojamiento prestado -dejando a un lado el que fuese una paridera sin condiciones de habitabilidad- cubra como pago en especie los 150€ de diferencia entre las anteriores cantidades, en tanto que en el salario mínimo se computa únicamente la retribución en dinero, sin que el salario en especie pueda aminorar su cuantía¹²⁰.

Por todo lo anterior se concluye que el contrato de trabajo celebrado entre Hamid y Antonio no es válido en lo que respecta a las dos cláusulas anteriores, si bien éstas no comportan la nulidad radical del mismo. No obstante, llegada la cuestión a los tribunales, no obsta para que éstos pudieran declararla, en cuyo caso “*el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido*” (art.9.2 ET).

II. EL DERECHO A INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO.

En primer lugar, y siguiendo lo recién expuesto, si el contrato de trabajo llegase a ser totalmente nulo no procedería indemnización por la terminación de la relación laboral, en tanto que “*la nulidad declarada se entiende (...) no como una simple derogación o pérdida sobrevenida de vigencia del contrato, sino como una falta de eficacia "ex tunc" del mismo*”¹²¹. Así, no habiendo existido relación laboral, no cabe indemnización por su finalización. No obstante, la ley hace una salvedad a lo anterior, y “*a efectos de que no se produzca un enriquecimiento injusto de quien se ha beneficiado de la prestación de servicios*”¹²² dispone, en el ya citado art.9.2 ET, que “*en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido*”¹²³.

Por otro lado, desde la comprensión de que el contrato de trabajo entre Antonio y Hamid es, efectivamente, válido -a excepción de las dos cláusulas nulas señaladas en el anterior apartado- resulta totalmente incongruente el que se procediera a su despido por la formalización de un Expediente de Regulación de Empleo, pues en los antecedentes de hecho se apunta que éste era el único empleado, y la ley exige para poder llevar a cabo el despido colectivo que resulten afectados por el mismo un número mínimo de trabajadores, que varía dependiendo del supuesto, pero que de cualquier modo nunca es inferior a 5, si afecta a toda la plantilla, o a 10, en los demás casos (art.51 ET). Podría pensarse en una tramitación errónea, intencional o no, del ERE, pero tal idea parece inconsistente dado el significativo papel que la autoridad laboral juega en su tramitación¹²⁴.

¹¹⁹ Art.1 RD 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2020.

¹²⁰ *Ídem*.

¹²¹ STSJ Aragón 478/2000, de 8 de mayo (ECLI:ES:TSJAR:2000:1125).

¹²² STSJ Cantabria 525/2011, de 22 de junio (ECLI:ES:TSJCANT:2011:1001).

¹²³ STSJ Andalucía 1345/2015, de 19 de mayo (ES:TSJAND:2015:4613).

¹²⁴ Sobre el procedimiento de los ERE véase SAN MARTÍN MAZZUCCONI, CAROLINA, *El nuevo reglamento de los despidos colectivos*, Aranzadi, 2012.

En todo caso, adoptando una perspectiva por la cual el ERE se hubiera formalizado con arreglo a la ley por concurrir todas las condiciones¹²⁵ para ello, Hamid tendría derecho a la correspondiente indemnización de, mínimo, veinte días por año trabajado (art.53.1.b) ET), en tanto que una vez obtenida la autorización de residencia y trabajo se equipara el régimen laboral del extranjero al de cualquier nacional, tal y como apunta el propio TC¹²⁶.

No obstante, la anterior equiparación sólo resultaría válida en caso de que se hubiera renovado la autorización de Hamid, pues, como se vio, la misma tiene una duración inicial de un año, el cual ya había expirado en la fecha en la que éste fue despedido. Sin embargo, el que no contase con ella tampoco determinaría la pérdida de su derecho a indemnización, en tanto que la carencia de la autorización de residencia y trabajo no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador, cuestión en la que no se profundizará más aquí por haberse abordado ya en el apartado inmediatamente anterior. En este sentido, el TS¹²⁷ resolvió que el trabajador extranjero sin autorización de residencia y trabajo tiene derecho a la protección que el ET otorga en relación a la extinción de la relación laboral, con la única peculiaridad de que desaparece la posibilidad de readmisión por la situación de ilegalidad en la que el trabajador se encuentra. A este respecto, también el TSJ de Andalucía, hablando del art.36.5 LOEX, señaló que “se han querido dejar de esta forma a salvo y en toda su plenitud los derechos laborales del trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, para que pueda exigir al empresario el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de cualquier relación laboral conforme a lo que dispone el Estatuto de los Trabajadores, incluida una eventual reclamación por despido”¹²⁸. Asimismo, también el TS determinó que el “marco de protección a los trabajadores cuyo contrato se extingue por la concurrencia de una causa legal (...) debe garantizarse también a los trabajadores extranjeros aun cuando carezcan de autorización para prestar servicios en España pero, pese a ello, los han venido prestando efectivamente”¹²⁹.

En todo caso, volviendo a la cuestión del ERE por el que Hamid fue despedido, cabe desconfiar de la procedencia y validez del mismo, pues más bien parece que éste fue llevado a cabo como consecuencia de la inspección de trabajo. Desde este punto de vista, cabe señalar que, si bien hasta ahora se venía entendiendo por el TS¹³⁰, en estricta consideración de la ley, que el despido colectivo únicamente podía ser impugnado mediante el procedimiento colectivo previsto en el art.124 LRJS, por el cual corresponde a los representantes legales de los trabajadores llevar a cabo la impugnación, pudiendo tan sólo proceder a ella cuando se fundara en los motivos tasados en el mismo artículo, tras una reciente sentencia del TC¹³¹ se entiende que el trabajador tiene derecho a impugnar de forma individual las causas del ERE aun cuando éste se hubiera cerrado con acuerdo con los representantes de los trabajadores, pues lo contrario vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art.24 CE. Así, en el caso de que la empresa no lograra acreditar como causa del ERE una de las previstas en la ley, el órgano competente, siguiendo el art.124.11 LRJS, declararía tal decisión extintiva como no ajustada a Derecho, afirmando el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a sus puestos de trabajo. Sin embargo, no hay que olvidar la idea expuesta en el anterior párrafo sobre la importancia que en esta cuestión tiene el que Hamid haya procedido o no a renovar su autorización de residencia y trabajo, pues si finalmente resultara que no cuenta con ella, no parece posible su readmisión.

¹²⁵ El art.51 ET precisa para proceder al despido colectivo que éste se justifique en una de las causas previstas por el mismo (económicas, técnicas, organizativas o de producción), que afecte a un número mínimo de trabajadores (10 empleados en empresas de menos de 100, el 10% del total en las de entre 100 y 300, y 30 en las de más de 300), y que la rescisión de todos los contratos se ejecute en un plazo máximo de 90 días. Además, habrá de seguirse el procedimiento recogido en este mismo artículo.

¹²⁶ STC 107/1984, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TC:1984:107).

¹²⁷ STS de 29 de septiembre de 2003 (rec.nº3003/2002) (ECLI:ES:TS:2003:5820).

¹²⁸ STSJ Andalucía 702/2010, de 25 de marzo (ECLI:ES:TSJAND:2010:18250).

¹²⁹ STS 955/2016, de 16 de noviembre (ECLI:ES:TS:2016:5350).

¹³⁰ STS 699/2018, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2018:3153).

¹³¹ STC 140/2021, de 12 de julio (ECLI:ES:TC:2021:140).

CONCLUSIONES

I.

- Los hechos descritos son constitutivos de dos delitos de favorecimiento de la inmigración irregular agravados por ánimo de lucro (art.318 bis.2 CP), cuyos autores son Carlos e Isak; dos delitos continuados de estafa agravada (arts.249 y 250.1.4º CP), también cometidos por los anteriores; dos delitos continuados de falsedad en documento público (art.392.1 CP), llevados a cabo por Carlos y Marta; y un delito continuado de falsedad en documento privado (art.395 CP), del que Carlos es autor único.
- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, si bien en Marta se observa un error vencible respecto del primero de los anteriores delitos, por el que no cabe penarla al no ser posible apreciar la comisión por imprudencia del mismo.
- No es posible sancionar estos hechos con las infracciones administrativas que recogen esta misma conducta en virtud del principio *non bis in idem*, siendo la vía penal la que tiene preferencia para conocer de los mismos.

II.

- Pese al elemento extranjero, es competente para conocer de los anteriores delitos la Audiencia Provincial de León, por ser en este lugar donde se cometió el que mayor pena tiene de todos ellos -la estafa-.
- Tienen legitimación para ser parte el Ministerio Fiscal, quien previsiblemente actuaría como acusación pública; los inmigrantes marroquíes, como acusación particular; y Carlos, Isak y Marta como encausados.
- El procedimiento adecuado para enjuiciar estos hechos delictivos es el procedimiento abreviado.

III.

- Las personas extranjeras que quieran trabajar en España precisan de una autorización administrativa previa para ello, concretamente la de residencia y trabajo, cuya obtención comienza con la solicitud por parte del empleador y, de concederse, el inmigrante habría de tramitar el correspondiente visado para entrar en España y ser dado de alta en la SS en los tres meses siguientes, momento hasta el cual no adquiere eficacia la autorización.
- La autorización se encuentra limitada a un año, un sector de actividad, y un territorio. De excederse estas dos últimas cuestiones, la autorización no deviene irregular, pero daría lugar a sanciones administrativas.

IV.

- Los hechos relatados constituyen diferentes infracciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales, y un delito de imposición de condiciones de trabajo perjudiciales (art.311.1º CP) por apreciarse un abuso de situación de necesidad, por los que Antonio, en última instancia, sería sancionado.
- Las actas de inspección de trabajo tienen una presunción de certeza *iuris tantum*.
- Hamid tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios, tanto por responsabilidad civil *ex delicto* como por responsabilidad civil contractual.

V.

- El contrato de trabajo es válido a excepción de las cláusulas relativas al salario y al descanso semanal, que son nulas.
- Hamid tiene derecho a indemnización por despido y podría también impugnar de forma individual las causas del ERE.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO-OLEA GARCÍA, BELÉN et al., *El extranjero en el Derecho español*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2019.

ARMENTA DEU, TERESA, *Lecciones de Derecho procesal penal*, 13ªed., Marcial Pons, Madrid, 2021.

CERVILLA GARZÓN, MARÍA JOSÉ y JOVER RAMÍREZ, MARÍA CARMEN, *Manual básico de Derecho administrativo sancionador del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2019.

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS (CIS), Tres problemas principales que existen en España (Multirrespuesta %), 2020. https://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *La inmigración en España: Efectos y oportunidades*, Colección Informes, nº02/2019, Madrid, 2019. <http://www.ces.es/documents/10180/5209150/Inf0219.pdf>

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU y GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR (dirs.), *Derecho Penal Económico y de Empresa. Parte general y parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo II*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO JAVIER, “Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal, dos conductas de muy distinto desvalor”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº23, 2021. <http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-08.pdf>

DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, *Derecho penal del trabajo: los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

DÍAZ CABIALE, JOSÉ ANTONIO y CUETO MORENO, CRISTINA, “Víctimas, ofendidos y perjudicados: concepto tras la LO 8/21”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº24, 2022. <http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-04.pdf>

DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIONES, Instrucción DGI/SGRJ/06/2008 sobre aportación de documentos públicos extranjeros para la tramitación de procedimientos en materia de extranjería e inmigración. https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2008/DGI-SGRJ-06-2008.pdf

DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIONES, Instrucción DGM 2/2019 sobre la aportación de documentos en lengua extranjera en los procedimientos de extranjería. https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2019/report_INSTRUCCION_DGM_2-2019 SOBRE APORTACION DOCUMENTOS ENLENGUA EXTRA.pdf

FANJUL SUÁREZ, GONZALO y GÁLVEZ INIESTA, ISMAEL, *Extranjeros, sin papeles e imprescindibles: Una fotografía de la inmigración irregular en España*, Fundación Por Causa, 2020. <https://porcausa.org/wp-content/uploads/2020/07/RetratodelairregularidadporCausa.pdf>

FERNÁNDEZ ORRICO, FRANCISCO JAVIER, “La consolidación de la autorización para trabajar del extranjero mediante el alta en la Seguridad Social”, *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº19, 2015, págs.69-84. <https://revistabarataria.es/web/index.php/rb/article/view/26/37>

FERNÁNDEZ PÉREZ, ANA, *Procedimientos administrativos en materia de extranjería*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2021.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular nº2/2006, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España (FIS-C-2006-00002). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2006-00002>

- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular nº5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración (FIS-C-2011-00005). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2011-00005>
- GIMENO SENDRA, VICENTE, DÍAZ MARTÍNEZ, MANUEL y CALAZA LÓPEZ, SONIA, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GÓMEZ GARRIDO, LUISA MARÍA, “La fijación de los hechos en las actas de la inspección de trabajo y seguridad social (I)”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol.4, nº7, 2011, págs.123-148.
- GÓMEZ GARRIDO, LUISA MARÍA, “La fijación de los hechos en las actas de la inspección de trabajo y seguridad social (II)”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol.4, nº8, 2011, págs.165-196.
- GÓMEZ PAVÓN, PILAR et al, *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015.
- IMBRODA ORTIZ, BLAS JESÚS y RUIZ SUTIL, CARMEN. (coords.), *Extranjería: Memento experto*, 3ª ed., Francis Lefebvre, Madrid, 2017.
- JIMÉNEZ MOSTAZO, ANTONIO y ALVARADO RODRÍGUEZ, PEDRO, “Ne bis in idem, un principio constitucional de creación jurisprudencial (I)”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, nº23, 2005, págs.331-347. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1390191.pdf>
- JIMÉNEZ MOSTAZO, ANTONIO y ALVARADO RODRÍGUEZ, PEDRO, “Ne bis in idem, un principio constitucional de creación jurisprudencial (II)”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, nº23, 2005, págs.349-363. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1390191.pdf>
- LAURENZO COPELLO, PATRICIA, *La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 12, 2003, págs. 63-93. <http://62.204.194.45/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2003-12-5030/Documento.pdf>
- MAGALLANES, CATALINA y DOMÉNECH GOMIS, MARTA, *Todos los procesos de extranjería y sus actuaciones administrativas en España*, Atelier, Barcelona, 2018.
- MAGRO SERVET, VICENTE, *Manual práctico sobre agravantes y subtipos agravados en el Código Penal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.
- MAGRO SERVET, VICENTE, *Manual práctico sobre eximentes y atenuantes de la responsabilidad criminal y determinación de la pena*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MARTÍNEZ PARDO, VICENTE JOSÉ, “Derecho sancionador en materia de extranjería: Consideraciones generales”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, nº18, 2006. https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num18/Art.18_PDF/18derechoSancionador.pdf
- MAYORDOMO RODRIGO, VIRGINIA, *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*, Iustel, Madrid, 2008.
- MAYORDOMO RODRIGO, VIRGINIA, “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 31, 2011, págs.325-390. <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/download/143/77/0>
- MCAULIFFE, MARIE y TRIANDAFYLLIDOU, ANNA, *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022*. Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Ginebra, 2021. https://publications.iom.int/system/files/pdf/WMR-2022-ES_0.pdf

- MIR PUIG, SANTIAGO y CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (dirs.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Edisofer, Madrid-Buenos Aires, 2009.
- MORARU, GABRIELA FLORENTINA, *Los derechos y libertades de los trabajadores extranjeros inmigrantes*, Bomarzo, Albacete, 2021.
- MORENO-TORRES HERRERA, MARÍA ROSA (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte especial*, 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL-CARLOS, “La protección del trabajador frente a los riesgos laborales”, *DS: Derecho y salud*, vol.4, nº1, 1996, págs.28-42. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3178674.pdf>
- PEREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS (coord.), *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS, “La acción popular en el sistema procesal penal español”, *CAP Jurídica Central*, vol.4, nº7, 2020, págs.85-102. <https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/CAP/article/view/2899/3466>
- POMARES CINTAS, ESTHER, “Reforma del Código Penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, vol. 19, nº29, 2015. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5526348.pdf>
- RAYÓN BALLESTEROS, MARÍA CONCEPCIÓN, “Responsabilidades por incumplimiento de la regulación sobre prevención de riesgos laborales”, *Anuario Jurídico y Económico Escuarialense*, nº53, 2020, págs.109-138. <https://publicaciones.rcumariacristina.net/AJEE/article/view/435/pdf>
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ). <https://dpej.rae.es/>
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, CAROLINA, *El nuevo reglamento de los despidos colectivos*, Civitas, Pamplona, 2012.
- SALVADOR DE LA FUENTE CARDONA, FRANCISCO, “¿Los derechos de los extranjeros o la política migratoria? Aproximación jurisprudencial al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº18, 2019, págs.172-181. <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30423/31140>
- SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE, “El delito laboral (art.311.1ºCP) y la STS 247/2017”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº9, 2017, págs.13-24.
- SERRANO GÓMEZ, ALFONSO et al, *Curso de Derecho penal. Parte especial*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2019.
- SICRE GILABERT, FERNANDO, *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la actuación inspectora y el procedimiento sancionador*, Sepín, Madrid, 2018.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, “Reflexiones y propuestas sobre inmigración. En torno al Proyecto de reforma del Código penal de 2009”, *InDret*, nº1, 2010. <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/225332/306643>

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 2/1981, de 30 de enero de 1981. (ES:TC:1981:2) Boletín Oficial del Estado, 24 de febrero de 1981, nº47, págs.1-4.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia 77/1983, de 3 de octubre de 1983. (ECLI:ES:TC:1983:77) Boletín Oficial del Estado, 7 de noviembre de 1983, nº266, págs.1-3.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre de 1984. (ECLI:ES:TC:1984:107) Boletín Oficial del Estado, 21 de diciembre de 1984, nº305, págs.4-7.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 76/1990, de 26 de abril de 1990. (ECLI:ES:TC:1990:76) Boletín Oficial del Estado, 30 de mayo de 1990, nº129, págs.13-28.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia 234/1991, de 10 de diciembre de 1991. (ECLI:ES:TC:1991:234) Boletín Oficial del Estado, 5 de agosto de 2005, nº186, págs.79-87.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia de 18 de marzo de 1991. (ECLI:ES:TS:1991:1623)

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 94/1993, de 22 de marzo de 1993. (ECLI:ES:TC:1993:94) Boletín Oficial del Estado, 27 de abril de 1993, nº100, págs.5-10.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia de 24 de septiembre de 1996, rec.nº339/1992. (ECLI:ES:TS:1996:5020)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia de 8 de mayo de 2000, rec.nº287/1995. (ECLI:ES:TS:2000:3746)

España. Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Social). Sentencia 478/2000, de 8 de mayo de 2000. (ECLI:ES:TSJAR:2000:1125)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia de 22 de octubre de 2001, rec.nº281/1999. (ECLI:ES:TS:2001:8135)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 1330/2002, de 16 de julio de 2002. (ECLI:ES:TS:2002:5382)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 1832/2002, de 31 de octubre de 2002. (ECLI:ES:TS:2002:7251)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 29 de septiembre de 2003, rec.nº3003/2002. (ECLI:ES:TS:2003:5820)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 1735/2003, de 26 de diciembre de 2003. (ECLI:ES:TS:2003:8482)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 438/2004, de 29 de marzo de 2004. (ECLI:ES:TS:2004:2141)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 1056/2005, de 24 de febrero de 2005. (ECLI:ES:TS:2005:1152)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 321/2005, de 10 de marzo de 2005. (ECLI:ES:TS:2005:1503)

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 72/2005, de 4 de abril de 2005. (ECLI:ES:TC:2005:72) Boletín Oficial del Estado, 10 de mayo de 2005, nº111, págs.17-23.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 22 de junio de 2005, rec.nº786/2004. (ECLI:ES:TS:2005:4087)

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 188/2005, de 4 de julio de 2005. (ECLI:ES:TC:2005:188) Boletín Oficial del Estado, 5 de agosto de 2005, nº186, págs.79 a 87.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 1465/2005, de 22 de noviembre de 2005. (ECLI:ES:TS:2005:7378)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 284/2006, de 6 de marzo de 2006. (ECLI:ES:TS:2006:1403)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 367/2006, de 22 de marzo de 2006. (ECLI:ES:TS:2006:1740)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 479/2006, de 28 de abril de 2006. (ECLI:ES:TS:2006:3123)

España. Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1ª). Sentencia 8/2006, de 16 de octubre de 2006. (ECLI:ES:APTE:2006:90)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 1087/2006, de 10 de noviembre de 2006. (ECLI:ES:TS:2006:6968)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 153/2007, de 28 de febrero de 2007. (ECLI:ES:TS:2007:1464)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 823/2007, de 15 de octubre de 2007. (ECLI:ES:TS:2007:7029)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 744/2007, de 21 de septiembre de 2007. (ECLI:ES:TS:2007:6196)

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. (ECLI:ES:TC:2007:236) Boletín Oficial del Estado, 20 de diciembre de 2007, nº295, págs.59-83.

España. Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social). Sentencia 1061/2007, de 5 de diciembre de 2007. (ECLI:ES:TSJCANT:2007:1987)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 152/2008, de 8 de abril de 2008. (ECLI:ES:TS:2008:1319)

España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 9ª). Sentencia 53/2009, de 3 de febrero de 2009. (ECLI:ES:APB:2009:1297)

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 82/2009, de 23 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TC:2009:82). Boletín Oficial del Estado, 27 de abril de 2009, nº102, págs.110 a 121.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 1106/2009, de 10 de noviembre de 2009. (ECLI:ES:TS:2009:6876)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia de 4 de diciembre de 2009, rec.nº292/2008. (ECLI:ES:TS:2009:7396)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 1238/2009, de 11 de diciembre de 2009. (ECLI:ES:TS:2009:7788)

España. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social). Sentencia 702/2010, de 25 de marzo de 2010. (ECLI:ES:TSJAND:2010:18250)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 153/2011, de 25 de febrero de 2011. (ECLI:ES:TS:2011:1256)

España. Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social). Sentencia 525/2011, de 22 de junio de 2011. (ECLI:ES:TSJCANT:2011:1001)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 21 de junio de 2011, rec.nº3428/2010. (ECLI:ES:TS:2011:5439)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 30 de junio de 2010, rec.nº4123/2008. (ECLI:ES:TS:2010:4801).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 16/2012, de 20 de enero de 2012. (ECLI:ES:TS:2012:409)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 385/2012, de 10 de mayo de 2012. (ECLI:ES:TS:2012:3293)

España. Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 1ª). Sentencia 471/2012, de 9 de octubre de 2012. (ECLI:ES:APC:2012:2792)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 922/2012, de 4 de diciembre de 2012. (ECLI:ES:TS:2012:7840)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 17 de septiembre de 2013, rec.nº2398/2012. (ECLI:ES:TS:2013:4894)

España. Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 1ª). Sentencia 63/2013, de 17 de octubre de 2013. (ES:APGC:2013:2525)

España. Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6ª). Sentencia 268/2013 de 11 de noviembre de 2013. (ECLI:ES:APC:2013:2875)

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia 105/2014, de 17 de febrero de 2014. (ECLI:ES:TSJM:2014:2080)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 678/2014, de 23 de octubre de 2014. (ECLI:ES:TS:2014:4092)

España. Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª). Sentencia 51/2014, de 26 de noviembre de 2014. (ECLI:ES:APNA:2014:877)

España. Audiencia Provincial de Asturias (Sección 3ª). Sentencia 497/2014, de 4 de diciembre de 2014. (ECLI:ES:APO:2014:3332)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 23/2015, de 4 de febrero de 2015. (ECLI:ES:TS:2015:219)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 296/2015, de 6 de mayo de 2015. (ECLI:ES:TS:2015:2046)

España. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social). Sentencia 1346/2015, de 19 de mayo de 2015. (ECLI:ES:TSJAND:2015:4613).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 646/2015, de 20 de octubre de 2015. (ECLI:ES:TS:2015:4501)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 178/2016, de 3 de marzo de 2016. (ECLI:ES:TS:2016:1275)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 188/2016, de 4 de marzo de 2016. (ECLI:ES:TS:2016:824)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 270/2016, de 5 de abril de 2016. (ECLI:ES:TS:2016:1553)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 538/2016, de 17 de junio de 2016. (ECLI:ES:TS:2016:2776)

España. Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1ª). Sentencia 214/2016, de 11 de julio de 2016. (ECLI:ES:APZ:2016:1059)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 807/2016, de 27 de octubre de 2016. (ECLI:ES:TS:2016:4668)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia 955/2016, de 16 de noviembre de 2016. (ECLI:ES:TS:2016:5350)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia 2644/2016, de 15 de diciembre de 2016. (ECLI:ES:TS:2016:5600)

España. Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª). Sentencia 144/2017, de 29 de marzo de 2017. (ECLI:ES:APMU:2017:725)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 247/2017, de 5 de abril de 2017. (ECLI:ES:TS:2017:1303)

España. Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 3ª). Sentencia 178/2017, de 19 de abril de 2017. (ECLI:ES:APO:2017:1365)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 639/2017, de 28 de septiembre de 2017. (ECLI:ES:TS:2017:3389)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 656/2017, de 5 de octubre de 2017. (ECLI:ES:TS:2017:3565)

España. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal). Sentencia 1/2017, de 15 de diciembre de 2017. (ECLI:ES:AN:2017:5619)

España. Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social). Sentencia 2539/2017, de 19 de diciembre de 2017. (ECLI:ES:TSJPV:2017:3998)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 108/2018, de 6 de marzo de 2018. (ECLI:ES:TS:2018:788)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 144/2018, de 22 de marzo de 2018. (ECLI:ES:TS:2018:1020)

España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia 13/2018, de 23 de abril de 2018. (ECLI:ES:TSJCAT:2018:2823)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia 699/2018, de 2 de julio de 2018. (ECLI:ES:TS:2018:3153)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 400/2018, de 12 de septiembre de 2018. (ECLI:ES:TS:2018:3160)

España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso). Sentencia 736/2018, de 5 de octubre de 2018. (ECLI:ES:TSJCAT:2018:8755)

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 140/2018, de 20 de diciembre de 2018. (ECLI:ES:TC:2018:140) Boletín Oficial del Estado, 25 de enero de 2019, nº22, págs.7034-7079.

España. Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1ª). Sentencia 50/2019, de 27 de junio de 2019. (ECLI:ES:APBI:2019:2005)

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia 1109/2019, de 15 de noviembre de 2019. (ES:TSJM:2019:12789)

España. Juzgado de lo Penal de Murcia (Sección 3ª). Sentencia 52/2020, de 3 de marzo de 2020. (ECLI:ES:JP:2020:2479)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia 436/2020, de 15 de julio de 2020. (ECLI:ES:TS:2020:2508)

España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social). Sentencia 3716/2020, de 24 de septiembre de 2020. (ECLI:ES:TSJGAL:2020:5446)

España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social). Sentencia de 20 de octubre de 2020, rec.nº975/2020. (ECLI:ES:TSJGAL:2020:5964)

España. Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 1ª). Sentencia 2/2021, de 22 de enero de 2021. (ECLI:ES:APBI:2021:31).

España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social). Sentencia de 9 de junio de 2021, rec.nº4779/2020. (ECLI:ES:TSJGAL:2021:4530)

España. Tribunal Constitucional. Sentencia 140/2021, de 12 de julio de 2021. (ECLI:ES:TC:2021:140) Boletín Oficial del Estado, 31 de julio de 2021, nº182, págs.93466-93495.

España. Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Social). Sentencia 918/2021, de 7 de octubre de 2021. (ECLI:ES:TSJICAN:2021:2511)

España. Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Social). Sentencia 757/2021, de 9 de diciembre de 2021. (ECLI:ES:TSJEXT:2021:1477)

España. Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social). Sentencia 62/2022, de 1 de febrero de 2022. (ES:TSJCANT:2022:68)

APÉNDICE LEGISLATIVO

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Gaceta de Madrid, 17 de septiembre de 1882, nº260. (ELI:[https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con))

Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, nº311. (ELI:[https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con))

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Boletín Oficial del Estado, de 13 de enero de 1982, nº11. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1981/12/30/50/con>)

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 1985, nº157. (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>)

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. Boletín Oficial del Estado, 10 de noviembre de 1995, nº269. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1995/11/08/31/con>)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, nº281. (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>)

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 liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, 3 de junio de 1998, nº132. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1998/05/14/928/con>)

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Boletín Oficial del Estado, 12 de enero de 2000, nº10. (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/lo/2000/01/11/4/con>)

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. Boletín Oficial del Estado, 8 de agosto de 2000, nº189. (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2000/08/04/5/con>)

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 23 de junio de 2010, nº152. (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/06/22/5>)

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, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Boletín Oficial del Estado, 30 de abril de 2011, nº103. (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/rd/2011/04/20/557/con>)

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Boletín Oficial del Estado, 11 de octubre de 2011, nº245. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/10/36/con>)

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 31 de marzo de 2015, nº77. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1/con>)

Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, 22 de julio de 2015, nº174. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/21/23/con>)

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado, de 2 de octubre de 2015, nº236. (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/39/con>)

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Boletín Oficial del Estado, 2 de octubre de 2015, nº236. (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/40/con>)

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. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, nº255. (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>)

Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2020. Boletín Oficial del Estado, 5 de febrero de 2020, nº31. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/02/04/231/con>)