



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

INMIGRACIÓN ILEGAL.ART.318 BIS CP

OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES
EXTRANJEROS.ART.311 BIS

Enero a junio de 2017

INDICE

I.NOTA PRELIMINAR.....	p.4.
II.INMIGRACIÓN ILEGAL.....	p.7.
A. COMPETENCIA.....	p.7.
A.BIS.TIPO BASICO.....	p.11.

A.1.AYUDA A LA ENTRADA CLADESTINA DE
INMIGRANTES POR MAR O TIERRA O AL TRANSITO

A.2.AYUDA A LA ENTRADA FRAUDULENTA DE
INMIGRANTES O AL TRANSITO.....p.11.

A.2.1. COMO TURISTA CON EL PROPOSITO DE
PERMANECER.....p.11.

A.2.2.CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN DE
PARENTESCO.....p.12.

a. MATRIMONIO DE CONVENIENCIA.p.12.

b.OTRO VINCULO FAMILIAR

A.2.3.CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN LABORAL

A.3.AYUDA A LA PERMANENCIA.....p.25.

**a. CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN DE
PARENTESCO**

a.1.MATRIMONIO DE CONVENIENCIA

*a.2.SIMULACIÓN DE OTRO VINCULO
FAMILIAR*

b. CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN LABORAL

B. SUBTIPOS AGRAVADOS.....p.26.

B.1.PUESTA EN PELIGRO.....p.26.

**a. En embarcación.....p.26.
ven vehículo a motor**

B.2. ANIMO DE LUCRO

C.SUBTIPO ATENUADO.....p.27.

D.PARTICIPACIÓN

E. ÁNIMO SUBJETIVO

**III.OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES
EXTRANJEROS...p.29.**

A. TIPO BASICO.....P.29.

B. TIPOS CUALIFICADOS

IV. PRUEBA

A. DECLARACIÓN DEL ACUSADO

B.TESTIFICAL.ART.318 BIS..... p.31

B.1.TESTIFICAL DEL INMIGRANTE...p.31.

B.2.TESTIFICAL DE POLICIA O GUARDIA CIVIL...p.32,

B.2.BIS.TESTIFICAL DE TERCEROS

B.3.PRUEBA PRECONSTITUIDA O ANTICIPADA

B.4.OTRAS CUESTIONES

B.BIS. TESTIFICAL.ART.311CP.....p.33.

C.RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO O EN RUEDA

D.INTERPRETE

E. VIDEOCONFERENCIA

F. ESCUCHAS TELEFONICAS

F.1.INDICIOS VALIDOS PARA AUTORIZAR LA ESCUCHA

F.2.EFICACIA PROBATORIA

F.3.OTRAS CUESTIONES

G. ENTRADAS Y REGISTROS

G.1. MOTIVACIÓN DE LA SOLICITUD POLICIAL O DEL
AUTO JUDICIAL

G.2.EFICACIA PROBATORIA

G.3. OTRAS CUESTIONES

H. OTRASPRUEBAS.....p.37.

V.PENA APLICABLE.....p.39.

A. INMIGRACIÓN ILEGAL

B. OCUPACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS.p.39.

VI.RESPONSABILIDAD CIVIL.....p.42.

A. INMIGRACIÓN ILEGAL

B. OCUPACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS.p.42.

VII.OTRAS CUESTIONES.....p.43.

VIII.OTROS DELITOS RELACIONADOS

A. BLANQUEO

I.NOTA PRELIMINAR

La Instrucción 1/2015 de la FGE, sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados, en su Apdo.10 establece que: *los Fiscales de Sala Coordinadores habrán de elaborar al menos semestralmente resúmenes jurisprudenciales de la materia que le es propia, sistematizados por medio de un índice de materias. Tales resúmenes serán remitidos a todos los Delegados de la especialidad por correo electrónico. En cuanto a la publicidad de tales recopilaciones, la Instrucción añade a continuación que los resúmenes jurisprudenciales se publicarán igualmente en la página fiscal.es a disposición de todos los Fiscales, sean o no especialistas.*

En cumplimiento de tales cometidos hemos elaborado un nuevo resumen con extractos de las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Supremo y de algunas resoluciones de Audiencias Provinciales en materia de inmigración ilegal y ocupación ilegal de trabajadores extranjeros.

Algunas de las cuestiones más interesantes que se analizan son:

318 BIS

La competencia territorial corresponde al territorio en el que se falsifica el documento y no a aquel en que se emplea fraudulentamente para obtener la autorización de residencia. ATS de 18 de mayo (recurso nº 20227/2017).

La competencia territorial no es del Juzgado donde se inicia la instrucción por el matrimonio de complacencia sino el órgano judicial del lugar donde un despacho profesional realiza fraudes documentales para que se conceda la autorización de residencia. ATSJ de Andalucía con sede Granada nº78/2016, de 10 de octubre.

Las manifestaciones de un policía a los inmigrantes que si colaboran la ley les puede resultar más favorable no afecta a la credibilidad de los testigos. SAP de Málaga, secc.3ª, de 19 de octubre de 2016, Rollo de Sala nº 86/2016 confirmada por ATS nº 730/2017, de 30 de marzo.

En materia de matrimonios simulados no se puede acudir a la jurisdicción penal si previamente no se ha obtenido la nulidad del matrimonio en el orden civil.STS nº 649/2017, de 6 de abril

Los matrimonios de complacencia sólo tienen transcendencia penal

cuando haya usurpación del estado civil o generen falsedad documental, lo que ocurre cuando el documento provenga de un autor distinto, contenga una falsa expresión de la fecha cuando sea esencialmente relevante o cuando estemos ante un documento completamente falso que recoja un acto o relación jurídica inexistente, un documento que no se corresponda con la verdad. STS nº 649/2017, de 6 de abril.

En el matrimonio de complacencia una cosa es que la mentira sea el documento inauténtico cuando se confecciona deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una realidad inexistente y otra la mentira declarada en un documento auténtico. Esta última es una falsedad ideológica atípica. En el matrimonio simulado, existen las nupcias en la que dos personas se unen en matrimonio, también la voluntad de adquirir el estado matrimonial; no es preciso que concurra el requisito de integrar un consorcio de vida en común. STS nº 649/2017, de 6 de abril

Aunque se hubiera declarado la nulidad civil del matrimonio, dado que el mismo se concertó con la finalidad de lograr la reagrupación familiar de una niña de corta edad, concurre una excusa absolutoria de ayuda humanitaria que excluye la punibilidad. STS nº 649/2017, de 6 de abril.

Reservar una habitación para inmigrantes irregulares no es ayuda a la permanencia por cuanto no se pretende favorecer la inmigración sino auxiliarle en sus necesidades primarias. SAP de Murcia nº 144/2017, de 29 de marzo.

Se descarta la aplicación del tipo atenuado. Los testigos protegidos acceden al acusado a través de una tercera persona que les da el contacto por lo que se acredita que se dedicaban con anterioridad a la actividad delictiva. ATS nº 730/2017, de 30 de marzo.

El testimonio de los agentes no es de referencia en cuanto al número de ocupantes de la patera, estado de la embarcación y de los inmigrantes tras ser rescatados. Lo han presenciado directamente. ATS nº 730/2017, de 30 de marzo.

311 BIS

El alta de oficio por parte de la Inspección de Trabajo corrobora la laboralidad de la relación. STS nº 121/2017, de 23 de febrero.

Es irrelevante que las trabajadoras no quieran ser dadas de alta en la Seguridad Social. El Derecho Laboral opera como complemento del Penal en cuanto al carácter irrenunciable de los derechos laborales de los

trabajadores. ATS de 1 de junio de 2017 (Recurso nº497/2017)

Lo esencial para apreciar el delito es que se prestan servicios y no la legalidad del contrato de trabajo. ATS de 1 de junio de 2017 (Recurso 497/2017).

La declaración de los policías y del Inspector o Subinspector de Trabajo estableciendo tras la inspección del club que hay una relación de alterne prevalece frente a la de los testigos que se retractan y niegan haber ejercido el alterne. STS nº 121/2017, de 23 de febrero

Es conveniente que las trabajadoras de alterne declaren en instrucción, pero no es fundamental. ATSJ de Asturias (Sala de lo Civil y Penal) nº 2/2017, de 19 de junio.

Para que el acta de la Inspección de Trabajo sea válida el inspector debe declarar en juicio. ATSJ de Asturias (Sala de lo Civil y Penal) nº 2/2017, de 19 de junio

La ausencia de tickets, taquillas, huellas, fotografías no determina que no haya un delito contra los derechos de los trabajadores. La aportación de fotos y grabaciones atentaría los derechos humanos de las mujeres. Las mujeres, por sus circunstancias, entre ellas las de estar en situación de irregularidad, buscan proteger al empresario. ATSJ de Asturias (Sala de lo Civil y Penal) nº 2/2017, de 19 de junio

El historial previo de infracciones de infracciones administrativas determina que no nos encontremos ante una forma de proceder aislada lo cual tiene relevancia en cuanto a la pena. También se valora para graduar la pena el elevado número de trabajadores no dados de alta. STS nº 121/2017, de 23 de febrero.

Para graduar la pena se atiende al número de trabajadoras, así como el tiempo que han estado las mujeres en esta situación de no estar dada de alta. ATS de 1 de junio de 2017 (Recurso 497/2017)

La responsabilidad civil se integra por las cuotas defraudadas a la Seguridad Social hasta el momento de la Inspección. El abono por el acusado de la cuota defraudada del día de la Inspección no integra una atenuante de reparación del daño. STS nº 121/2017, de 23 de febrero.

II.INMIGRACIÓN ILEGAL

A. COMPETENCIA

Tribunal Supremo

1.ATS de 18 de mayo (recurso nº 20227/2017)

La competencia territorial corresponde al Juzgado en cuyo territorio se falsifica el documento y no a aquel en que se emplea fraudulentamente para obtener la autorización de residencia

PRIMERO. - De la exposición y testimonios recibidos se desprende que el Juzgado de Madrid incoó diligencias a raíz de atestado policial que informaba sobre una supuesta organización dedicada a facilitar mediante precio, documentación que simulaba relaciones de parentesco con ciudadanos de Bangladesh con residencia legal en la Unión Europea con la finalidad de conseguir autorización para residir en España. Ezequiel habría realizado un total de catorce solicitudes. Once de los beneficiarios obtuvieron así la autorización de residencia. Se gestionaron ante las subdelegaciones del Gobierno de Valladolid, Sevilla, Granada, Barcelona y Alicante. La policía localizó y detuvo a una de las personas que había presentado la solicitud en Alicante. Reconoció en su declaración policial haber obtenido un Permiso de residencia Comunitario en España en el año 2010 a nombre de Marcos, pagando por un Pasaporte de Bangladesh y por el permiso de residencia con esa identidad 7.000 €; a un ciudadano llamado Vidal que se encargó de obtener el Pasaporte en la embajada de Bangladesh utilizando datos falsos con su foto. Posteriormente se desplazó con Vidal hasta Alicante donde obtuvo el permiso de residencia. Solo puede indicar que Vidal vive en la zona de Lavapiés y que hay dos personas más que trabajan para él ofreciendo permisos de residencia a cambio de dinero, Arcadio y Evaristo también originarios de Bangladesh. Sólo estuvo en Alicante dos veces: una para empadronarse y otra para recoger la tarjeta de residencia.

El Juzgado de Madrid se cuestionó su competencia discrepando del Ministerio Fiscal, que entendía que al no estar acreditado el lugar de confección del documento falso debía asumirla. El juzgado por auto de 22 de noviembre de 2016 acordó inhibirse en favor de Alicante, considerando que, pese a no constar en los autos el documento presuntamente falseado, esto es, la certificación de partida de nacimiento obtenida en Bangladesh alterando datos, dichos documentos fueron presentados en Alicante, lugar

por tanto de la comisión.

El nº 4 de Alicante al que correspondió por reparto, por auto de 13 de febrero de 2017 rechazó la inhibición. El presunto delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del *art. 318 bis 2 CP* consistente en la entrega al detenido de documentos oficiales falsos (pasaporte, permiso de residencia) ocurre en Madrid. Por otra parte, se desconoce el lugar de la falsificación. Sería tangencial el hecho de que tales documentos se presentaran ante la subdelegación del Gobierno de Alicante. Ello no altera a la competencia pues no estamos en presencia de documentos oficiales por incorporación, sino ante unos documentos que son falsos *ab origine*.

SEGUNDO. - La cuestión de competencia negativa debe ser resuelta como ha defendido el Ministerio Fiscal tanto en la instancia como ante esta Sala a favor de los Juzgados de Madrid. Es en esta ciudad donde se realizaron algunas de las conductas incardinables *prima facie* en el *art. 318 bis CP*. En relación con la falsedad la única persona investigada afirma haber aportado su fotografía, acto de cooperación, en Madrid. En Alicante solamente se hace uso de lo ya falsificado en otro lugar. Por lo expuesto a Madrid corresponde la competencia. Conviene recordar, en cualquier caso, que, en este estado embrionario de la investigación, las decisiones sobre la competencia territorial tienen un carácter provisional: se acuerdan sin perjuicio de lo que pueda resolverse en momentos posteriores según avance de la investigación y se recaben datos que podrían obligar a revisar el criterio (ver auto de 13/04/16 c de c 2006/16, o de 27/01/17, c de c 20856/16).

Tribunal Superior de Justicia

1.ATSJ de Andalucía con sede Granada nº78/2016, de 10 de octubre

La competencia no es del Juzgado de Córdoba donde se inicia la instrucción por un matrimonio de conveniencia sino del Juzgado de Granada ya que es en esta localidad donde tras avanzar en la investigación se descubren una serie de contratos supuestamente fraudulentos en los que aparece la figura de un gestor con despacho profesional que se utilizan para obtener autorizaciones de residencia

TERCERO. - A la luz de los datos anteriormente expuestos, la cuestión a dilucidar radica en determinar que órgano es el competente para la instrucción de las Diligencias Previas en las que se investiga los supuestos delitos que se están investigando y que serían los siguientes; un delito continuado de falsedad documental cometido por particular, otro contra la

Seguridad Social y otro contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

El Juzgado de Instrucción de Granada entiende que la competencia territorial corresponde al Juzgado de Córdoba en atención al principio de ubicuidad conforme al cual, el delito se comete en todas las jurisdicciones en que se haya realizado algún elemento del tipo y, en consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será competente para la instrucción de la causa, máxime cuando el Juzgado conocedor de las actuaciones desde el principio ha llevado a cabo una intensa actividad investigadora, con decisiones incluso afectantes a derechos fundamentales. Por el contrario, el Juzgado de Córdoba entiende que la competencia en aplicación de los *arts. 15, último párrafo y 18 LECrim*, corresponde al Juzgado de Granada que es donde se realizan la mayor parte del tipo además de ser el lugar donde se han llevado a cabo actuaciones falsarias.

Pues bien, tal como han quedado expuestas las vicisitudes procesales ocurridas en el presente caso, como han sido relatadas anteriormente, consideramos que asiste la razón al Juzgado de Córdoba y ello por lo siguiente.

a) Ciertamente el punto de conexión de los hechos investigados con el partido judicial de Córdoba, fueron la celebración de un supuesto matrimonio de "conveniencia" con la finalidad de tramitar un permiso de residencia en favor de uno de los contrayentes de nacionalidad nigeriana y ello mediante la previa falsificación de un contrato de trabajo a favor de esa persona nigeriana, contrato ficticio concertado con una heladería situada en Salobreña (Granada).

El Juzgado de Córdoba, al que se remiten las primeras actuaciones policiales, como no podía ser de otra manera dado que aquella primera actuación se descubre en Córdoba, inicia la la investigación de los hechos de conformidad con lo establecido en el *art. 15.1 LECrim*, al ser el lugar donde se descubren pruebas materiales de un posible hecho delictivo.

b) En el curso de la investigación, esa primera atribución de competencia territorial se ve desvanecida, cuando se descubre un nexo común de toda una serie de contratos supuestamente fraudulentos en los que aparece la figura de un gestor con despacho profesional en la ciudad de Granada y desde el que, en apariencia, se había venido organizando y perpetrando las operaciones ficticias anteriormente expuestas, con la finalidad aparente de conseguir permisos de residencia y trabajo o la obtención de días de cotización suficientes para poder tener algún tipo de

prestaciones de la Seguridad Social y todo ello a cambio de un precio.

c) Esa persona que aparece como gestor gracias a la supuesta utilización fraudulenta de la firma electrónica reconocida en la Tesorería General de la Seguridad Social, es la del letrado Sr. Jose Antonio, como se ha dicho, con despacho abierto en Granada, en cuya Subdelegación del Gobierno se habrían presentado la mayor parte de aquellos contrato falsos.

Es evidente, por tanto, que aquella atribución provisional de competencia territorial al Juzgado de Córdoba (art. 15.1 *LECrim.*) dejó de ser relevante en base a lo investigado hasta ese momento, actuando correctamente cuando decide remitir las actuaciones practicadas al Juzgado competente de Granada. Y ello es así, porque al constar el lugar donde se habían cometido supuestamente el/los delitos, el Juzgado de Córdoba, que había venido conociendo de la causa hasta entonces, debía, como así hizo, inhibirse en favor del órgano competente de conformidad con lo establecido en el art. 15, *último párrafo de LECrim.*

d) Por último, la regla general prevista en el *artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* de que cada delito da lugar a un sumario, resulta alterada para los delitos conexos. No cabe duda que en el presente caso estaríamos ante un supuesto de conexidad mixta que comprende los diversos delitos que se imputan a una misma persona al incoarse contra ella causa por cualquiera de ellos si tuvieran analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados. Con carácter general el Tribunal Supremo (entre otras, *STS de 15 de febrero de 1.996*) ha mantenido que la conexión obedece al principio de economía procesal y evitación del rompimiento de la continencia de la causa, y puede definirse como la existencia de un nexo o enlace entre diversos hechos que puede derivar de plurales circunstancias de tiempo, lugar, bien jurídico lesionado, precepto infringido, "modus operandi" del agente y otras, debiendo huirse de posturas eminentemente restrictivas, alentando a este respecto criterios beneficiosos para el reo (*STS 16-12-1987*).

Pues bien de acuerdo con lo razonado, entendemos que en el presente caso, nos encontraríamos presuntamente ante la presencia de una serie de delitos de falsedad y ante otros contra la Seguridad Social, existiendo una clara conexidad entre ellos, habrá de acudir al *art. 18 LECrim* , cuya primera regla determina la competencia del Juzgado donde se haya cometido el delito que lleve aparejada pena mayor, en el presente caso el Juzgado de Instrucción de Granada, sin que a ello obste lo que pueda determinarse en el curso de la investigación, todo ello conforme al carácter provisional que en estos momentos mantiene la cuestión, tal como se indicó al principio de esta

resolución.

A .BIS.TIPO BASICO

A.2.AYUDA A LA ENTRADA FRAUDULENTA DE INMIGRANTES O AL TRANSITO

A.2.1. COMO TURISTA CON EL PROPOSITO DE PERMANECER

Audiencia Provincial

1.SAP de Murcia nº 144/2017, de 29 de marzo

Reservar os billetes de avión a quien entra en España bajo identidad ficticia integra una conducta de ayuda a la entrada incardinable dentro del delito del art.318 bis. El acusado reconoce haber tramitado las reservas de avión rumbo a Dublín de ciudadanos ucranianos que contactaron con él. Le facilitaron sus datos y él reservó los billetes previo pago de 30 euros.

Acudiendo al presente caso los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de inmigración ilegal previsto y penado en el artículo 318 bis del Código Penal, al concurrir los elementos definidores del tipo legal; es decir, un delito de mera actividad, que se consuma por la realización de los actos favorecimiento o promoción, sin exigir que se consiga la llegada efectiva a territorio español. De este modo, la conducta típica se integra por cualquier acto que promueva o favorezca la inmigración clandestina, lo que significa que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción de la inmigración ilegal, entre las que se encuentra en el caso presente la ayuda a su tránsito por España a dos súbditos ucranianos, quienes le solicitan en su idioma, la reserva y compra de los billetes de avión, para su destino en Dublín, a nombre de súbditos checos, sobrepasar los controles administrativos adecuados del país, conducta en la que tiene perfecto encuadre la actuación enjuiciada, el propio acusado Ovidio reconoce haber facilitado a los súbditos ucranianos dichos billetes con destino Dublín, si bien aduce en su descargo que él solo se limitó a contratar por internet lo que le solicitaban, por desconocimiento del idioma español, hace que asume los servicios de traducción y ayuda a los súbditos ucranianos al conocer el idioma español, reconoce haber tramitado la reserva y los billetes de avión

para los súbditos ucranianos que contactaron con ellos por teléfono le suministraron los datos y el efectuó la reserva y los billetes, y por este servicio les pidió treinta euros a cada uno, si bien a la vista de lo expuesto se considera conforme a las máximas de la experiencia la conclusión de que el acusado Ovidio colaboraba como autor material del hecho delictivo mediante la adquisición y reserva de los billetes de avión a nombre de otras identidades que usaban los súbditos ucranianos para su desplazamiento y tránsito por España y la Unión Europea, pues le informan en su lenguaje de la supuesta identidad de súbditos extranjeros checos, cuando sabe que son ucranianos, pues se dirigen en dicho idioma, y aun así consiente y lo tramita, dicha acción realizada voluntariamente por el acusado, con anterioridad a que los súbditos ucranianos acudieran a España, el acusado está desplegando con dicha gestión de la reserva y compra de los billetes de avión, con el pago de dicha mediación del precio del viaje con entrega a los mismos de dichos billetes, se puede pues afirmar que el acusado Ovidio desplegara dicho acto para facilitar la entrada de dichos súbditos ucranianos en territorio español con tránsito a Dublín por lo que procede acreditada dicha actuación de favorecimiento a la inmigración y declarar el delito.

A.2.2.CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN DE PARENTESCO.

a. MATRIMONIO DE CONVENIENCIA

Tribunal Supremo

1.STS nº 649/2017, de 6 de abril

En el presente caso no ha mediado declaración de nulidad de un juez civil. La celebración del matrimonio se acomodó a una de las formas legales reconocida, celebración que otorgaba un nuevo estado civil, que es el dato probatorio que obra en el Registro Civil. Dicha inscripción hace fe del acto del matrimonio, de su “celebración”

En el caso de autos, no ha mediado declaración previa por juez civil; y abstracción hecha ahora, sobre la consideración del orden jurisdiccional competente, ni tan siquiera ha sido solicitada por el Ministerio Fiscal; obviamente, tampoco por los cónyuges.

'Inexistencia' por tanto, que aunque sea categoría civil en los términos expresados, le falta el hecho constitutivo ontológico (valga la paradoja), de la sentencia que anule el matrimonio, que integraría a su vez prueba de esa nulidad o inexistencia; pero que tampoco puede afirmarse en términos vulgares, pues en autos, no implica que el matrimonio no se hubiera efectivamente celebrado y que los cónyuges no hubieran manifestado su

voluntad de adquirir el estado matrimonial, aunque mantengan reservas sobre la asunción de todos o algunos de los derechos, obligaciones y deberes de la institución del matrimonio.

La celebración se acomodó a una de las formas legales reconocidas, celebración que otorgaba el nuevo estado civil, que es el dato probatorio que obra en el Registro Civil y no la finalidad propia o impropia de los contrayentes. Así el *art. 258 del Reglamento del Registro Civil: en la inscripción de matrimonio constarán la hora, fecha y sitio en que se celebre, las menciones de identidad de los contrayentes, nombre, apellidos y cualidad del autorizante y, en su caso, la certificación religiosa o el acta civil de celebración.*

La inscripción hace fe del **acto del matrimonio**, de su "celebración" y de la fecha, hora y lugar en que se contrae. Y otorga título del estado civil correspondiente: casado.

Por tanto, la celebración matrimonial fue 'existente', el matrimonio *in fieri* se celebró, se contrajo y en su curso se emitió declaración de voluntad de adquirir estado matrimonial, que efectivamente se deseaba y otorga la ceremonia en forma reconocida, al margen de la diferenciada voluntad de asumir las obligaciones del matrimonio *in facto esse*, cuya carencia eventualmente, al menos en la doctrina tradicional, no excesivamente pacífica en la actualidad, ocasionaría su declaración de nulidad en el ámbito civil.

De igual modo que si mediara en un inicio, en el momento de la celebración, la asunción de las obligaciones y derechos inherentes a una comunidad de vida, su desaparición ulterior y cese de esa comunidad sin solicitar su disolución, no convierte ese estado familiar matrimonial en inexistente o falso, ni la solicitud de un certificado de matrimonio o libro de familia tras esa crisis, convierte en falso, el documento ahora obtenido. En ambos casos, el vínculo, mientras no medie declaración judicial, a instancia de parte legitimada, ya de nulidad, ya de divorcio, persiste; y no existe específica obligación de instar la nulidad o el divorcio, tal omisión no es sancionable.

Incluso en este segundo supuesto, cuando sin simulación en su celebración, haya cesado cualquier resquicio de consorcio y el matrimonio se mantenga aparentemente con el exclusivo fin de facilitar la residencia al cónyuge, ni siquiera debe calificarse de conveniencia conforme a los criterios de la Comisión europea [*Manual para la detección de posibles matrimonios de conveniencia entre ciudadanos de la UE y nacionales de*

terceros países en el contexto de la legislación de la UE en materia de libre circulación -SWD(2014) 284 final, de 26 de septiembre-].

De otra parte, tras la redacción que resulta del *art. 2 del Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero*, sobre *entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*, tras la *sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección 5ª), de 1 de junio de 2010*, que suprime las alusiones que dicha norma hacía a la "separación legal", es viable la solicitud y eventual aplicación de este régimen al cónyuge del ciudadano 'comunitario' separado legalmente, así como a los descendientes del cónyuge con el que se encuentre separado legalmente.

De otra, las obligaciones y deberes que la ley impone a los cónyuges (convivencia, fidelidad, etc.) hace tiempo que no son exigibles ni coercibles, no son propiamente jurídicos, sino que integran deberes de naturaleza ética o social, con algunas excepciones, como la obligación de socorro, que en los matrimonios de complacencia donde no ha mediado precio, sino algún motivo de humanidad, amistad o solidaridad, resulta difícil predicar su carencia y en todo caso es cuestión de mayor dificultad probatoria. De modo que, con el objeto matrimonial en continua evolución, resulta necesario el actualizado pronunciamiento del juez civil.

En definitiva, la declaración de nulidad matrimonial, debe ser afirmada en sentencia, tras proceso destinado a este fin, por lo que no resulta viable su invocación mientras tal sentencia, constitutiva, en cuanto afecta al estado civil y por tanto acreditativa de tal hecho, no se pronuncie y devenga firme.

La Circular de la FGE 1/2002 sólo contempla la actuación del Fiscal ante los matrimonios simulados en el ámbito civil, en forma preventiva, y si está inscrito, a través del ejercicio de la acción de nulidad ante la jurisdicción civil. Si concurre un delito de inmigración ilegal, la Circular señala que una vez declarada la nulidad del matrimonio por simulación solicitará la deducción del correspondiente testimonio del procedimiento civil y su remisión al Juzgado de Instrucción competente.

Así, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2002, de 19 de febrero, *sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería*, solo contemplaba actuación del Ministerio Fiscal ante los matrimonios simulados en el ámbito civil, en forma preventiva y si ya se hubiese inscrito el matrimonio, a través

del ejercicio de la acción de nulidad ante la jurisdicción civil; y si la actuación de quienes conciertan estos matrimonios pudiera ser tipificada en ciertos casos como un acto de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración ilegal (en alusión a la redacción en esa fecha del art. 318 bis), lo procedente indica la Circular, será, una vez haya sido declarada la nulidad del matrimonio por simulación, solicitar la deducción del correspondiente testimonio del procedimiento civil y su remisión al Juzgado de Instrucción competente, al efecto de incoar las oportunas diligencias penales.

Con similar criterio, resulta pertinente la cita que realiza el recurrente de la *sentencia de 20 de septiembre de 1935*, dictada por el Tribunal de Garantías Constitucionales, donde la recurrente, ciudadana alemana de origen, casada con español optando por la ciudadanía española al contraer matrimonio y que actuaba como corresponsal del periódicos extranjeros, interesaba la revocación de la orden de expulsión del territorio nacional acordada (el Ministerio de la Gobernación "la reputaba indeseable por los borradores de los artículos que se le ocuparon, de carácter político informativo marcadamente extremistas"-sic-), y el Tribunal, en su fundamento quinto establece: ***aunque el matrimonio de Doña Consuelo hubiera sido celebrado en fraude de la ley, debe de surtir todos sus efectos legales hasta que sea invalidado por una vía jurisdiccional***, que no es, desde luego, el del Tribunal de Garantías.

Esta Sala Segunda, igualmente en la sentencia 60/2005, de 17 de enero, en supuesto donde el Tribunal del Jurado, declaró probada la simulación y las amenazas de muerte del "novio" inmigrante a la "novia" para que ésta emitiera la declaración de voluntad de contraer matrimonio, con el objeto de obtener la nacionalidad española, o el permiso oficial de residencia, donde además la sentencia de la Audiencia de Córdoba declaró la nulidad del matrimonio, resolución confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, estima el recurso de casación y deja sin efecto la declaración de nulidad matrimonial, porque ***"el Tribunal penal se ha excedido en el ejercicio de su Jurisdicción cuando ha declarado la nulidad del matrimonio como consecuencia del delito, decisión que corresponde a la Jurisdicción Civil, a la que deberá acudir la parte legitimada para ello"***.

Argumenta dicha resolución: *Obsta a lo anterior* (la declaración de nulidad matrimonial por la jurisdicción penal) *la norma contenida en el artículo 5 LECr*, en materia de cuestiones prejudiciales, que establece, frente a la regla general del artículo 3º, que las cuestiones civiles prejudiciales, referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil, se deferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de

*las mismas, criterio diáfano del Legislador en relación con las cuestiones mencionadas y su atribución exclusiva a la Jurisdicción Civil, como no puede ser de otra forma, teniendo en cuenta su propia naturaleza (no debemos olvidar al respecto que **se trata de acciones constitutivas que producen una sentencia de igual clase, sólo susceptibles de ejercicio judicial, de forma que su efecto jurídico se produce con la sentencia, mientras la acción de responsabilidad civil es declarativa de condena, susceptible de ser influida por la declaración de voluntad de las partes**).*

En autos no existe tal declaración de nulidad matrimonial. Se parte de ella en el relato histórico sin que mediara previa declaración judicial. Al no tener la Sentencia del estado civil, carecemos del hecho que acredita esa nulidad y obviamente de prueba del mismo,

Ciertamente, en autos no existe tal declaración de nulidad, pero se parte de ella en el relato histórico, sin que mediara previa declaración judicial; de forma que carecemos del hecho que acredita esa nulidad y obviamente de prueba del mismo, en ambos casos la sentencia que declare esa nulidad, que en cuanto constitutiva de estado civil, cumple esa doble función; en cuya consecuencia, el motivo atinente a este extremo, debe ser estimado, lo que determina a su vez que no resulte necesario examinar el quebranto del derecho al Juez predeterminado por la ley que residenciaba el recurrente en el *art. 117 CE* y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por cuanto cualquier referencia a la nulidad del matrimonio en la resolución recurrida, debe entenderse suprimida.

De los centenares de matrimonios de complacencia de los que la Fiscalía especializada de extranjería tiene noticia, ninguno origina diligencias penales salvo usurpación de estado civil o falsedad documental previa. Tampoco hay remisiones penales de los juzgados de orden civil o contencioso, cuando con relativa frecuencia se encuentran con situaciones similares a la de los autos. La jurisprudencia de la Sala 2ª afirma de manera tajante que los matrimonios de complacencia o conveniencia no generan falsedad alguna. Afecta a la autenticidad del documento aquel que parezca provenir de un autor distinto, el que contenga una falsa expresión de la fecha cuando sea esencialmente relevante y la formación de un documento completamente falso que recoja un acto o relación jurídica inexistente, un documento que no se corresponda con la verdad. En este caso, la conducta de autos, no resulta incardinable en ninguno de los tres supuestos, pues el acta matrimonial es genuina, su data correcta y recoge un acto objetivamente celebrado, el matrimonio in fieri, o ceremonia en forma reconocida. Su contenido

tampoco trastoca ninguna de las funciones a que el documento debe responder: perpetuación de las declaraciones emitidas, identificación de sus autores y la estrictamente probatoria de los extremos que son trasladados al Registro Civil. La finalidad de los contrayentes, las reservas mentales que en el fuero interno existieran, no son objeto, fueren o no las propias de asumir un proyecto de vida en común, circunstancia que se pruebe con la inscripción registral.

1. Indica la representación procesal del recurrente la falta de acomodación de su conducta al tipo de falsedad documental, niega que integre delito de falsedad documental ideológica, la mera celebración de matrimonio de complacencia, incluso cuando la finalidad acreditada, fuere eludir la normativa sobre inmigración; y recuerda la previsión de la conducta declarada probada como mero ilícito administrativo.

Obviamente, la práctica diaria de organismos administrativos y judiciales, le avala, pues de los varios centenares de matrimonios de complacencia de los que la Fiscalía especializada en extranjería, tiene noticia cada año, salvo usurpación de estado civil o falsedad documental previa, ninguno origina diligencias penales por falsedad documental ideológica en el único sustento de ser el consentimiento otorgado por mera conveniencia o complacencia. Tampoco obran remisiones de los Juzgados de orden civil o contencioso, cuando con relativa frecuencia, se encuentran con situaciones similares a las de autos.

La propia jurisprudencia de esta Sala Segunda, de forma tajante afirma que *los matrimonios de complacencia, los matrimonios interesados o los matrimonios de conveniencia no pueden dar lugar a falsedad alguna, ni en el celebrante ni en los contrayentes, aunque uno y otro conozcan y consientan las particularidades del acuerdo, del interés o de la ventaja que se quiere obtener con tal unión. Podrá tratarse de un ilícito civil con consecuencias civiles y matrimoniales, más nunca llegar a la incriminación de tal conducta en el contexto del Código Penal* (STS núm. 1004/1997, de 9 de julio). Se trataba, conforme precisa el primer fundamento de la resolución, "de tres matrimonios civiles celebrados por los contrayentes con una finalidad ajena por completo a lo que con la ceremonia se pretende normalmente por los dos partícipes. Son matrimonios por algunos denominados "en blanco", por otros "matrimonios de conveniencia" o "de complacencia". Son, en fin, uniones en las que, bajo la apariencia de tal institución, y muchas veces con el señuelo de algún beneficio personal, que puede ser estrictamente económico, se busca no el matrimonio propiamente dicho sino otro logro difícil de obtener por otros medios, tal puede ser la adquisición de la nacionalidad o la regulación de la estancia en el país".

Igualmente, la *STS núm. 985/1995, de 17 de noviembre*, casa la sentencia que condenaba por falsedad documental al autorizante y a quien había contraído matrimonio de conveniencia para evitar una expulsión administrativa ya acordada, negando que mediara falsedad ideológica alguna.

Ciertamente, tras esas resoluciones, el Pleno no jurisdiccional de 26 de febrero de 1999, la Sala Segunda del TS ha optado por una interpretación lata del concepto de 'autenticidad', incluyendo tres supuestos para la aplicación del art. 390.1.2, entre aquellos que afecten a la autenticidad del documento:

a) La formación de un documento que parezca provenir de un autor diferente del efectivo (autenticidad subjetiva o genuinidad).

b) La formación de un documento con falsa expresión de la fecha, cuando esta sea esencialmente relevante.

c) La formación de un documento enteramente falso, que recoja un acto o relación jurídica inexistente, es decir de un documento que no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó (falta de autenticidad objetiva).

Pero la conducta de autos, no resulta incardinable en ninguno de los tres supuestos, pues el acta matrimonial es genuina, su data correcta y recoge un acto objetivamente celebrado, el matrimonio *in fieri*, o ceremonia en forma reconocida. Su contenido tampoco trastoca ninguna de las funciones a que el documento debe responder: perpetuación de las declaraciones emitidas, identificación de sus autores y la estrictamente probatoria de los extremos que son trasladados al Registro Civil.

En definitiva, el contenido del acta que autoriza el funcionario: hecho y circunstancias de la ceremonia, que es en definitiva sobre los extremos que despliega prueba la inscripción registral, no son falsos ni tampoco inauténticos. La finalidad de los contrayentes, las reservas mentales que en el fuero interno existieran, no son objeto, fueren o no las propias de asumir un proyecto de vida en común, circunstancia que se pruebe con la inscripción registral.

Especialmente cuando, como destaca un cualificado sector de la doctrina civilista, ya no resultan nítidas las diferencias entre el matrimonio válido y el matrimonio de complacencia, a partir de las reformas legales de

2005 en la institución matrimonial, que permiten su disolución por causa de divorcio, a petición de uno sólo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, sin causa alguna. Lo que necesariamente incide en el propio contenido del consentimiento matrimonial, por la dificultad de integrarlo con específicos deberes conyugales, más allá de su emisión en la forma requerida por la ley.

Una cosa es que la mentira sea el documento inauténtico cuando se confecciona deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una realidad inexistente con la mentira declarada en un documento auténtico en el caso en el que integra la modalidad despenalizada del particular que falta a la verdad en la narración de los hechos. En el matrimonio simulado, existen las nupcias en la que dos personas se unen en matrimonio, también la voluntad de adquirir el estado matrimonial; no así la de integrar un consorcio de vida en común; pero la voluntad declarada y exigida era la de contraer matrimonio (art. 58 CC), no la de asumir las obligaciones inherentes a ese estado.

SÉPTIMO. - Distan en cualquier caso los actos constitutivos de estado civil, especialmente en su contenido desprovisto de cualquier narración, de los supuestos subsumidos por la jurisprudencia como falsedades documentales a través del *art. 390.1.2º del CP : simular total o parcialmente un documento, de forma que induzca a error sobre su autenticidad* (vd. una extensa muestra en la *STS 280/2013, de 2 de abril*), generalmente con motivo de la confección de facturas falsas que simulan en el tráfico mercantil un negocio o prestaciones de servicios inexistentes, confección de certificaciones de juntas societarias que ni siquiera se celebraron, apuntes contables que no corresponden a operación real alguna o partes de siniestro de accidentes que no acaecieron, ejemplos más reiterados de subsunción.

Alude nuestra jurisprudencia a 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 constituiría 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 realidad jurídica absolutamente inexistente; de modo que no cabe confundir lo que es una simple alteración de la verdad en un documento existente o que responde a una operación real cuyos datos se falsean, con la simulación consistente en la completa creación "ex novo" de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad inexistente que se pretende simular, pues verdaderamente no existe en modo alguno. En

otras palabras, una cosa es que la mentira sea el documento inauténtico y otra muy distinta que la mentira sea lo declarado en un documento auténtico

Pues bien, en el matrimonio simulado, las nupcias o ceremonia en la que dos personas se unen en matrimonio, existen; la voluntad de adquirir el estado matrimonial, también; no así la de integrar un consorcio de vida en común; pero la voluntad declarada y exigida era la de contraer matrimonio (art. 58 CC), no la de asumir las obligaciones inherentes a ese estado; y así, los extremos que se incorporan al Registro Civil. El matrimonio mientras, hasta que declaración judicial que declare su nulidad, es válido y produce los efectos que le son propios.

Que eventualmente podría, en su caso, ser declarado nulo (si se mantienen los criterios doctrinales y jurisprudenciales tradicionales que concluyen, bien falta de consentimiento por aplicación de los arts. 45 ó 73 CC , como si se concluye que carece de causa, desenlaces doctrinales alternativos que la propia Instrucción DGRyN citada, indica aplicables al caso), no permite calificarlo hasta entonces de 'inexistente', en su acepción jurídica equivalente de nulidad absoluta, ni en ningún momento en su acepción vulgar como falto de realidad.

De igual modo, que quien actúa como comprador o adquirente por cualquier otro título, con dolo precedente de no pagar el precio o no cumplir sus obligaciones de devolución, incurre en estafa, pero no en falsedad documental por la reserva mental empleada, ni, aunque se otorgue ante fedatario público, que recoge las declaraciones de voluntad efectivamente emitidas (Vd. *SSTS 130/2017, de 1 de marzo o la 845/2016, de 8 de noviembre*).

O el otorgamiento de contrato simulado, aunque fuere ante fedatario público, cuando es en perjuicio de tercero, integra una modalidad de estafa (art. 251) o eventualmente de alzamiento, si es para perjudicar al acreedor de una de las partes (art. 257), pero en modo alguno integra falsedad documental ideológica.

Sucede que, mientras en las facturas, contabilidad o actas de juntas sociales, certificaciones de obras, partes de siniestro, se contiene un substrato o sustento narrativo implícito que es absolutamente inexistente, falto de realidad: el suministro de tal mercancía o cual servicio, o el cargo de tal partida o la asistencia de determinadas personas, o la consecución de específicos acuerdos, o la realización de determinada obra, o el accidente mismo; en la documentación de los actos constitutivos de estado, y más concretamente en el matrimonio, abstracción hecha de la identidad

otorgantes y en su caso del autorizante, lugar y fecha, el contenido sustancial lo integra una declaración de voluntad, que se corresponde con la emitida; su celebración ha tenido efectivamente lugar; por lo que no cabe hablar de documento inauténtico, aunque el acto adolezca de falta de validez; pues las nupcias, efectivamente se celebraron.

Otrora cuestión sería la declaración, por ejemplo, en expediente de reconstrucción de asiento registral, de haber contraído matrimonio, a efectos de lograr un certificado de unas nupcias que nunca existieron.

En cualquier caso, los supuestos de autos resultan ajenos a la jurisprudencia citada en la instancia (*SSTS 825/2009, de 16 de julio* referida a la emisión del juicio de capacidad por parte del Notario, de otorgante que no tuvo ni siquiera a su presencia; ó *1529/2003, de 14 de noviembre*, donde igualmente se supone la intervención de persona que no la ha tenido, pues el autor rellena el impreso con los datos de su hermana, que era beneficiaria de una prestación de desempleo procediendo igualmente a imitar la firma de su hermana como autorizante, que nada sabía de los hechos).

En el matrimonio de complacencia, el legislador no protege la institución matrimonial, sino que castiga la quiebra de la normativa de extranjería. En el delito de inmigración, el inmigrante es un inductor de la conducta delictiva en aras de alcanzar la entrada en un país donde espera encontrar condiciones de vida más dignas. En la trata, la víctima no requiere ser emigrante y supone la forma moderna del comercio mundial de esclavos. No se describe ninguna entrada o tránsito ilegal en España. Sí se narra que Celso tenía visado de turista y que la menor entró en España con la oculta intención de los acusados de que se quedara a vivir de forma permanente. Ello no integra propiamente, supuestos de migración laboral. Dada la relación familiar directa, con finalidad exclusiva de reagrupación familiar, la hija de muy corta edad y el padre del coacusado, concurre de modo inequívoco la excusa absolutoria de ayuda humanitaria, que excluye la punibilidad.

OCTAVO. - A ello se une, que la atención que el matrimonio de complacencia suscita en el legislador, no suele ser ni la protección de los derechos humanos vinculados con el matrimonio (*ius connubii*, libertad individual, intimidad, libre desarrollo de la personalidad), ni la protección de la institución matrimonial, sino precisamente la elusión de la normativa de extranjería.

De forma, que cuando no existe cuestión de extranjería en la finalidad del matrimonio de conveniencia, el consentimiento prestado no es cuestionado. Desde una consideración práctica, sólo afecta al español que desea contraer o ha contraído matrimonio con extranjero. También si integra pareja de hecho, desde que la reforma de la Ley de extranjería por la *LO 2/2009, reconoce el derecho a la reagrupación familiar del cónyuge o de la pareja de hecho del extranjero residente en España (art. 18)*.

Cuestión precisamente que resta por analizar, la subsunción de lo declarado probado en el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del Título XV bis, que más propiamente debían denominarse delitos de migración.

NOVENO. - 1. Con independencia de redacciones anteriores, tras la reforma de la LO 5/2010, se logra discriminar en nuestro ordenamiento las conductas de "tráfico", donde el emigrante es el propio inductor de la conducta en aras de alcanzar la entrada en un país donde espera encontrar condiciones de vida más dignas, de las conductas de "trata", donde la víctima no requiere ser emigrante, y que supone la forma moderna del comercio mundial de esclavos; recogiendo los comportamientos tipificados de trata en el art. 177 bis y los de tráfico en el art. 318 bis.

El núcleo de la tipicidad actualmente recogida en el *art. 318 bis*, obviamente más favorable al reo que las redacciones precedentes, proviene de la *Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*, que obliga en su art. 1.1, a los Estados a adoptar sanciones adecuadas para las siguientes conductas:

a) contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros;

b) contra cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros.

Y añada en su art. 1.2

Los Estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación

y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

En paralela redacción, el art. 318 bis, establece en sus tipos básicos:

1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través 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.

Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

2. Si el matrimonio, en cuanto que no había sido declarado nulo, desplegaba los efectos que le habían sido propios, ninguna vulneración de la normativa sobre entrada y estancia de extranjeros ha concurrido.

3. Pero incluso si el matrimonio hubiera sido declarado nulo por entenderlo de mera complacencia, tampoco hubiera mediado delito del art. 318 bis.

No resulta viable en ningún caso, subsumir la conducta declarada probada en esta norma. Pues Romanya residía en España cuando contrajo matrimonio con Nataliay la menor Lourdes, había nacido en Barcelona, en 2012. Mientras que la menor Romany el padre de aquel, Celso, no consta ni se describe que entraran ilegalmente en España. Por tanto, no es dable su tipificación a través del art. 318 bis.1, pues ninguna entrada (o tránsito) ilegal se describe.

Sí se narra que Celsotenía visado de turista y que la menor Eugeniaentró en España con la oculta intención de los acusados de que se

quedara a vivir de forma permanente. Ello no integra propiamente, supuestos de migración *laboral* como los contemplados en las SSTS; 167/2015 de 24 de marzo ; y 298/2015 de 13 de mayo , con origen en el Acuerdo del Pleno de 3 de octubre de 2005, sobre el alcance del delito contra los derechos de los trabajadores del entonces 313.1, que sancionaba al que *promoviere o favoreciere por cualquier medio* la inmigración clandestina, coincidente efectivamente con el art. 318 bis.1 hasta la reforma operada por la LO 1/2015 (vd. STS 482/2016, de 3 de junio que ya contempla la nueva regulación); que en todo caso, ahora resulta circunscrita en este apartado, en la *ayuda a la entrada o al tránsito con vulneración de la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros* ; vulneración que no se concreta, ni permite identificarse al no describirse con nitidez, las circunstancias de las referidas entradas.

...

4. En todo caso, dada la relación familiar directa, con finalidad exclusiva de reagrupación familiar, la hija de muy corta edad y el padre del coacusado, concurre de modo inequívoco la excusa absolutoria de ayuda humanitaria, que excluye la punibilidad

Hay ayuda a la permanencia, pero no hay ánimo de lucro por lo que la conducta es atípica al faltar dicho elemento subjetivo del injusto. Si quiere castigarse penalmente el matrimonio de conveniencia o reconocimiento de un niño, con el fin de obtener la residencia, evitar la expulsión o adquirir la nacionalidad debe tipificarse expresamente. El legislador ha querido que sea una infracción administrativa

5. Ciertamente, sí existe ayuda para permanecer en España, pero la tipicidad del art. 318 bis.2, exige ánimo de lucro, que ya hemos dicho que en autos no concurre.

Cuando el matrimonio de conveniencia o reconocimiento de un niño, con el fin de de obtener o hacer obtener un título de residencia, evitar la expulsión, de adquirir o hacer adquirir la nacionalidad, quiere sancionarse en todo caso, surge la necesidad de tipificarse específicamente; y así en Francia (art. L623-1 del Código de entrada y de residencia de los extranjeros y del derecho de asilo), Bélgica (art. 79 bis Ley de acceso al territorio, residencia, establecimiento y expulsión de extranjeros: y 79 ter para parejas de hecho -cohabitación legal-) o Portugal (art. 186 de la Ley sobre las condiciones y procedimientos de entrada, permanencia, salida y expulsión de extranjeros del territorio portugués), con una extensión punitiva muy diversificada.

Nuestro legislador ha optado por considerar ilícito administrativo,

contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor, cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia, siempre que tales hechos no constituyan delito [art. 53.2.b) LO Extranjería], sancionado como infracción grave con multa de 501 hasta 10.000 euros [art. 55.1.b)], en adecuada proporcionalidad que solo deviene penalmente típico cuando en la ayuda a permanecer en España, media ánimo de lucro.

Así, aún cuando fuere debidamente declarado matrimonio de complacencia el contraído por los acusados, con los referidos fines elusivos de la normativa de extranjería, sería en todo caso, conducta que resta en ilícito administrativo al no mediar ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto requerido en el comportamiento típico del art. 318.bis.2.

A.3.AYUDA A LA PERMANENCIA

Audiencia Provincial

1.SAP de Murcia nº 144/2017, de 29 de marzo

Reservar una habitación para inmigrantes irregulares no es ayuda a la permanencia por cuanto no se pretende favorecer la inmigración sino auxiliarla en sus necesidades primarias

Si bien por lo que respecta a la participación en los hechos del otro acusado Sergio , consistente este en otorgar hospedaje a petición de su cuñado el otro acusado y desplazarse con ellos hasta el aeropuerto, entiende la Sala que no queda probado que quien otorga hospedaje, pues regenta de forma irregular las habitaciones que tenía libres de su casa, actué con el dolo requerido para dicho ilícito, como bien se viene requiriendo la necesidad de dolo directo debe servir para excluir del ámbito de la norma los supuestos en los que no se pretende favorecer la inmigración ilegal sino auxiliar en sus necesidades primarias a quienes ya han entrado en territorio nacional (Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006 Fiscalía General del Estado), siendo lo que acontece en dicho supuesto cuando se reserva una habitación para las personas inmigrantes por lo que procede su libre absolución del mismo.

B. SUBTIPOS AGRAVADOS

B.1.PUESTA EN PELIGRO

a. En embarcación

Tribunal Supremo

1.ATS nº 1028/2017, de 26 de junio

Apreciación del subtipo agravado. La embarcación carece de salvavidas y fue necesario que los inmigrantes achicaran agua.

Entiende también acreditado el Tribunal de instancia que a finales de diciembre de 2014 Jon, a cambio de cantidades no determinadas de dinero que oscilaban en torno a los 700 euros por persona, organizó una expedición desde la costa de Argelia de 24 inmigrantes indocumentados de origen argelino, entre ellos dos menores de edad, en una embarcación neumática de 6 metros de eslora por 2 de manga, que carecía de las más elementales medidas de seguridad, tales como chalecos salvavidas. La embarcación fue patroneada por dicho acusado junto a Maximino.

El viaje se inició de noche, llegando en algún momento a ser necesario que los inmigrantes achicaran el agua que entraba. Fueron interceptados sobre las 12 horas del día 26 de diciembre de 2014 a unas 9 millas náuticas de Mojácar (Almería) por una patrullera de la Guardia Civil, siendo en ese momento el estado de la mar de marejadilla.

Considera probado el Tribunal de instancia que en ambos casos se puso en peligro la vida de los inmigrantes.

2.ATS nº 730/2017, de 30 de marzo

Aplicación del subtipo agravado de peligro para la vida de las personas. No había ningún chaleco salvavidas, había 27 ocupantes, hubo problemas con el motor.

C) Partiendo del relato de hechos probados, inalterable dada la vía casacional utilizada, es claro que se puso en peligro la vida o integridad física de esas personas.

Tal como expuso el Tribunal de instancia, existió un real peligro para la vida de los pasajeros que ocupaban la embarcación y ellos por los siguientes motivos.

En primer lugar, porque la embarcación no tenía ningún chaleco salvavidas, siendo 27 las personas que viajaban en la misma, tal como declaró el testigo protegido NUM001.

En segundo lugar, porque hubo problemas con el motor, quedando la embarcación a la deriva.

(...)

En definitiva, el riesgo para la integridad de los inmigrantes aparece descrito en el hecho probado al determinarse la situación de peligro concreto en que se encontraron los mismos como consecuencia de las características de la embarcación en que fueron trasladados y de las condiciones en la que se encontraba, siendo rescatados los inmigrantes por Salvamento Marítimo cuando la nave se encontraba a la deriva. No aparece, por tanto, ningún dato que permita sustentar la atenuación que se postula.

Por todo ello, entendemos que se aplicó correctamente el tipo agravado del *apartado b) del n° 3 del art. 318 bis CP*. Esta cualificación da lugar a la tipificación de un delito de peligro concreto y tiene presente las situaciones de alto riesgo en que muchas ocasiones se produce el tráfico ilegal de personas

C.SUBTIPO ATENUADO

Tribunal Supremo

1.ATS n° 1028/2017, de 22 de junio

Subtipo atenuado. Se deniega. El acusado se dedicaba a esta actividad de inmigración ilegal y puso en peligro la vida de las personas que transportaba.

Alega el recurrente que es de aplicación al caso de autos el subtipo atenuado del *artículo 318 bis 6ª del Código Penal*. Dicho precepto pretende dar respuesta al principio de proporcionalidad cuando la pena del tipo básico resulte excesiva atendidas las circunstancias que se mencionan, de modo que establece la posibilidad de la rebaja de la pena como una facultad del Tribunal sentenciador. Además, su apreciación exige una motivación a la vista de una serie de variables, relacionadas con las características del hecho y los propios personales de los acusados, que les hagan merecedores del

menor reproche punitivo establecido por la Ley, variables que deben quedar acreditadas en autos y reflejadas en el hecho probado.

En el supuesto de autos no se aprecian en el recurrente ninguna de las circunstancias previstas en el subtipo atenuado, ni se reflejan las mismas en los hechos probados.

Las circunstancias que rodearon la conducta típica del recurrente no le hacen merecedor, como ya se ha expuesto, de un menor reproche penal, constando acreditado que el acusado se dedicaba a esta actividad, y que puso en peligro la vida de las personas que transportaba.

No aparece, por tanto, ningún dato que permita sustentar la atenuación que se postula.

2.ATS n° 730/2017, de 30 de marzo

Se descarta la aplicación del tipo atenuado. Los testigos protegidos acceden al acusado a través de una tercera persona que les da el contacto por lo que se acredita que se dedicaba con anterioridad a la actividad delictiva.

El *artículo 318 bis 6ª del Código Penal* pretende dar respuesta al principio de proporcionalidad cuando la pena del tipo básico resulte excesiva atendidas las circunstancias que se mencionan, de modo que establece la posibilidad de la rebaja de la pena como una facultad del Tribunal sentenciador. Además, hemos afirmado que su apreciación exige una motivación a la vista de una serie de variables, relacionadas con las características del hecho y las propias personales de los acusados, que les hagan merecedores del menor reproche punitivo establecido por la Ley, variables que deben quedar acreditadas en autos y reflejadas en el hecho probado.

C) En el supuesto de autos no se aprecian las circunstancias alegadas relativas al autor y no se reflejan en los hechos probados.

Las circunstancias que rodearon la conducta típica del recurrente no se infiere una menor reprochabilidad, advirtiendo el Tribunal de instancia la evidente dedicación del acusado a esta actividad al haber referido los dos testigos protegidos que contactaron con él a través de una tercera persona, que les dio su contacto

III. OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

A. TIPO BASICO

1. STS nº 121/2017, de 23 de febrero

El alta de oficio por parte de la Inspección de Trabajo corrobora la laboralidad de la relación

“En cuanto al alta de oficio de la Seguridad Social efectuada, después de la visita llevada a cabo por la Inspección en 19-2-2014, aunque fuera consecuencia - como sostiene el recurrente- de la autotutela ejecutiva de la Administración, que fuera tomada en cuenta como circunstancia de corroboración del desarrollo de la actividad laboral en el club por el tribunal de instancia, es completamente comprensible, pues carecería de razón de ser en otro caso, tal como considera”¹.

2. ATS de 1 de junio de 2017 (Recurso 497/2017)

Lo esencial para apreciar el delito es que se prestan servicios y no la legalidad del contrato de trabajo

“El recurrente hace girar su argumentación sobre el hecho nuclear de que la relación que le unía a las mujeres, que ejercitaban la prostitución en el local gestionado por su empresa, mantenían una relación de índole mercantil y no laboral. Esta cuestión ha sido resuelta en anteriores ocasiones por esta Sala, siempre partiendo de la base de que la naturaleza de un contrato o negocio jurídico depende de su contenido y no de cómo lo rotulen las partes”. 311 del Código Penal, como su precedente artículo 499 bis, que tipifica relaciones laborales con desprotección, es aplicable, cuando existe abuso de situación de necesidad, al ejercicio de la prostitución, por entender que el tipo penal protege la situación de personas que prestan servicios a otra, sea o no sea legal el contrato de trabajo”.

¹ En la STS nº 478/2015, de 17 de julio uno de los argumentos que refuerza la absolución fue el que “Por otro lado, el día en que se practicó la inspección fueron dados de alta inmediatamente al quedar expedida la oficina (folio 135: entre las 20,30 y las 21,15)”.

Es irrelevante que las trabajadoras no quieran ser dadas de alta en la Seguridad Social. El Derecho Laboral opera como complemento del Penal en cuanto al carácter irrenunciable de los derechos laborales de los trabajadores

En el presente supuesto, no puede hablarse de una interpretación extensiva de un precepto restrictivo en perjuicio del acusado, prohibido en Derecho Penal como principio inspirador y que se expresa en el adagio latino "odiosa sunt restringenda, favorabilia sunt amplianda". En primer término, la norma citada es de carácter social. Precisamente, su naturaleza tuitiva trae consigo la afirmación legal de que los derechos reconocidos a los trabajadores sean irrenunciables. Esto es, para evitar los posibles abusos ante la situación de desequilibrio que pudiese existir entre un empleador y los trabajadores, la legislación social adelanta su protección incluso frente al propio trabajador. Por ello, se consagra como un principio esencial la irrenunciabilidad de los derechos básicos y, entre ellos, está el de obtener una cobertura social de asistencia sanitaria adecuada y disponer de una situación regular. Es cierto que, por esto mismo, el artículo 311 es un tipo penal, que debe complementarse con un concepto procedente del Derecho Laboral, sobre el que, no obstante, los Tribunales penales pueden resolver a tenor de lo que determina el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

IV. PRUEBA

B.TESTIFICAL.ART.318 BIS

B.1.TESTIFICAL DEL INMIGRANTE

1.ATS n° 730/2017, de 30 de marzo

La Audiencia ha resuelto que las manifestaciones de un policía a los inmigrantes que si colaboran la ley les puede resultar más favorable no afecta a la credibilidad de los testigos. Los testigos declaran en juicio quien organiza el viaje, quien conduce la nave y a quien pagan.

El recurrente también considera que los testigos declararon en su contra con la finalidad de obtener una situación favorable en el proceso. Al respecto cabe indicar que, tal como advirtió el Tribunal de instancia, el agente policial NUM002 declaró en el plenario que les dijo a los testigos que, si colaboraban, la ley podría resultarles favorable. Sin embargo, para la Sala de instancia tal afirmación no afectó a la credibilidad de los testigos.

(...)

En primer lugar, la declaración de los testigos protegidos NUM000y NUM001 que declararon en el plenario y manifestaron: i) que fue el acusado quien organizó el viaje; ii) que se reunieron con el acusado en 3 ó 4 ocasiones antes de iniciar el viaje; iii) que cada uno entregó al acusado 1.000 euros; iv) que era el acusado el que conducía la nave, siendo ayudado puntualmente, para llenar el depósito de gasolina, por algún pasajero.

(...)

En tercer lugar, los testigos reconocieron en el acto del juicio al acusado como la persona que organizó el viaje y conducía la embarcación.
Delito de ocupación ilegal de trabajadores extranjeros

B.2.TESTIFICAL DE POLICIA O GUARDIA CIVIL O POLICIA

1.ATS n° 730/2017, de 30 de marzo

Los agentes señalan que los testigos identifican al acusado como el patrón dela patera. Los agentes no son meros testigos de referencia ya que percibieron directamente el estado de las víctimas al ser rescatados, el número de ocupantes de la patera y sus condiciones. La declaración de los agentes revela la existencia de un grave peligro al carecer la embarcación de salvavidas y tener un motor averiado.

En segundo lugar, la declaración policial que corrobora las anteriores, al manifestar en el plenario que los testigos identificaron al acusado como el patrón de la nave, siendo el que había organizado el viaje. Igualmente manifestaron que comprobaron el estado de la embarcación, viendo que la misma carecía de chalecos salvavidas y se trataba de una embarcación de recreo que llegó con un sólo motor, ya que el segundo estaba roto.

(...)

Finalmente, el recurrente sostiene que las declaraciones policiales no pueden servir de prueba al ser testigos de referencia.

En el presente caso, de las pruebas practicadas, tal y como han sido analizadas en la sentencia de instancia, se debe afirmar que los agentes no son meros testigos de referencia pues fueron testigos directos de lo que cada uno pudo percibir de los hechos ocurridos acerca del estado de las víctimas cuando procedieron a su identificación, inmediatamente después después de ser rescatados por Salvamento Marítimo, así como del número de ocupantes concretados que eran 26 personas y de las condiciones la "patera".

(....)

En tercer lugar, por la declaración del agente policial en el plenario, manifestando que la embarcación en la que fueron trasladados los extranjeros, se trataba de una embarcación de recreo, sin que tuvieran chalecos salvavidas. Así mismo, comprobó que tenía dos motores, uno de ellos roto, llegando con un sólo motor, sin fuerza para trasladar a todas las personas

Es indiferente que los testigos no conozcan al conductor. Basta con

la declaración de los agentes que sorprenden al conductor in fraganti. Confirma los hechos que el conductor echara a correr.

Pues bien, se consideran suficientes las declaraciones de las que dispuso el órgano sentenciador. No sólo las de los perjudicados, sino también las de los agentes de la Guardia Civil que fueron testigos directos de las condiciones en las que viajaban los anteriores. En el control aduanero, solicitaron la apertura del maletero del vehículo, momento en el que el acusado echó a correr. Los agentes pudieron, entonces, comprobar la manipulación que se había realizado en el vehículo y ayudar a salir a los inmigrantes. Por otro lado, y para acreditar la peligrosidad de las condiciones en las que los inmigrantes viajaban, el órgano sentenciador dispuso del informe forense.

A propósito del razonamiento efectuado por el órgano de instancia, no cabe sino ratificar la corrección del juicio de inferencia realizado. Este juicio de inferencia se ajusta a los parámetros de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos exigibles para alcanzar una conclusión condenatoria por los hechos objeto de autos, no apreciándose vulneración alguna del derecho a la presunción de inocencia del acusado, en tanto en cuanto ha existido prueba de cargo suficiente.

En conclusión, a pesar de que el recurrente considera insuficiente la prueba valorada por el Tribunal, la realidad es que se trató de un delito flagrante. El acusado fue sorprendido cuando conducía el vehículo. Es indiferente que luego no fuera reconocido por la coacusada o por los perjudicados, ya que fue sorprendido "in fraganti" por los agentes de la Guardia Civil. Además, los agentes tuvieron que liberar a los perjudicados y pudieron comprobar los huecos en los que iban escondidos. El hecho de que, cuando fue sorprendido, el recurrente echara a correr, viene a corroborar su conocimiento de los hechos.

B.BIS. TESTIFICAL.ART.311CP

Tribunal Supremo

1.STS nº 121/2017, de 23 de febrero

La declaración de los policías y del Inspector o Subinspector de Trabajo estableciendo tras la inspección del club que hay una relación de alterne prevalece frente a la de los testigos que se retractan y niegan haber ejercido el alterne.

Conforme a lo anterior, es verdad que todas las indicadas como trabajadoras, que pudieron ser halladas para prestar declaración como testigos en el juicio oral, manifestaron que no estaban trabajando allí y que eran clientas.

Ahora, que exista dicha prueba de descargo no implica que la presunción de inocencia se haya vulnerado.

Existe otra prueba de cargo suficiente, que la Sala valoró en conjunto con la de descargo. Dicha prueba vino integrada por las testificales de los agentes de Policía y las subinspectoras de Trabajo y por las actas documentales que levantaron, donde perfectamente se conjugan sin incompatibilidad alguna actividad de "camareras" con las de "alterne".

La sentencia sobre este extremo indica: -en su FJ. 1º, folios 8 y 9-"el Tribunal, a la vista de la prueba practicada en sede plenaria, no tiene ninguna duda, habiendo formado su convicción a través de la prueba testifical de los agentes de la Policía Nacional (Brigada de Extranjería) que acudieron al local, agentes N° NUM013 y NUM014, y de las Subinspectoras de Trabajo, Felicidad e Sagrario, que acompañaron a los anteriores y se entrevistaron con cada una de las personas que hallaban en el local, así como de la prueba documental, (informes de la Policía Nacional y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y actas de infracción, debidamente ratificados)". Y continúa la sentencia relatando cómo los agentes de Extranjería relacionaron e identificaron a las personas que había en el Club, las Subinspectoras les tomaron declaración en la que manifestaron que realizaban labores de "alterne", con horario, retribución, etc. "extremos -continúa la sentencia- que fueron confirmados por el relato efectuado por Felisa (la recepcionista), según se desprende del informe de Inspección y de las Actas de Infracción levantadas, informe y actas que fueron debidamente ratificadas en el acto del juicio por sus autoras ... De otro lado, tanto las Subinspectoras como los agentes de Policía Nacional que depusieron en el plenario afirmaron que todas las mujeres identificadas se hallaban vestidas con "ropa corta y sugerente", indicativa de la actividad de alterne que realizaban y que, en el local, además del bar la parte superior, existía una salita y nueve dormitorios.

Tribunal Superior de Justicia

1.ATSJ de Asturias (Sala de lo Civil y Penal) nº 2/2017, de 19 de junio

Conveniencia de que las trabajadoras de alterne declaren en instrucción, pero no es fundamental.

Cierto que la Instrucción de las Diligencias Previas por el Juzgado de Instrucción número 5 de los de Gijón pudo ser mejorada, siendo relativamente escasa y, si se quiere, se calificaría de ramplona. La Instrucción se realizó, es verdad, en un tiempo breve de unos meses, sin citarse, para tomar declaración, a las mujeres tal como se hizo ante el Juicio Oral, con escaso éxito, por cierto. Todo es susceptible de perfeccionarse, pero en aquella Instrucción no están ausentes requisitos o elementos fundamentales determinantes de cualquier vicio o defecto procedimental, permitiéndose sin queja pasar a la Fase Intermedia y celebrarse el Juicio Oral sin problemas.

Importancia de la opinión personal de la Inspectora y Subinspectores de trabajo como profesionales altamente cualificados. Los informes y actas de infracción de la Inspección de Trabajo son documentos públicos que hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de este. En el ámbito penal para que tenga rango probatorio debe ratificarse por el funcionario en juicio. Debe diferenciarse entre los hechos de los que da fe el funcionario y las declaraciones que recoja de terceros. Valor de la afirmación que vieron a numerosas mujeres vestidas para el alterne que luego se ratifica en juicio.

EL INFORME Y ACTAS DE INFRACCION DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO, también está unido a las actuaciones. En contra del parecer interesado del Letrado de la apelación, la opinión del personal de la Inspección de Trabajo, altamente cualificado, compuesto de una Inspectora y dos Subinspectores, sobre el carácter laboral de la relación de las señoras de alterne con el condenado, es muy importante.

Ambos tipos de documentos, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 1216 del Código Civil* **son documentos públicos**, por estar autorizados por funcionario públicos y con arreglo a las leyes (por una parte, *artículos 282 y siguientes de la L. E. Criminal*. y por otra, Real Decreto Ley 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, seguida de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

A ambos tipos de documentos públicos se aplica lo dispuesto en el *artículo 1218 del Código Civil*: **"Los documentos públicos, hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste"**. Presunción de certeza.

Aquí surge una cuestión jurídica crucial, que es la relación entre las presunciones de certeza de los documentos públicos (administrativos) y la presunción de inocencia. Unas presunciones iuris tantum (las primeras) que han de relacionarse con otra también iuris tantum cual es la presunción de inocencia, que es nada más y nada menos que un derecho fundamental y garantía procesal, como dijimos al principio del anterior Fundamento (Cuarto). Si **en el ámbito extrapenal** las presunciones contenidas en el Atestado policial y en las Actas de la Inspección de Trabajo operan sin límites, salvo prueba en contrario, **en el ámbito penal**, por exigencias de la otra presunción, la trascendental presunción de inocencia, su eficacia ha de pasar por otro "trámite": **el Plenario, con sus principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción**. Debemos denunciar una **equivocación frecuente**: que las presunciones administrativas ni son nada, ni, naturalmente, son todo.

Tratándose de una sentencia penal es exigible al juzgador penal un trazo fino y no grueso o grosero, que no confunda, con ignorancia, o mezcle lo que es diferente; es decir, que separe y distinga lo que en un atestado policial o Acta de Inspección de Trabajo son **hechos** de los que da fe con presunción relativa el funcionario, de los que son simples o meras recogidas de declaraciones de terceros -no de los funcionarios-, bien sean inculpatorias o exculpatorias, cuyo hecho único fidedigno es que se realizaron, sin "entrar" en su contenido o veracidad intrínseca.

Es decir que se debe tener en cuenta la eficacia de los hechos y fecha, afirmados, bajo prueba en contrario, por los funcionarios policiales, que consta por ciencia propia en los documentos administrativos y luego **LLEVADOS AL JUICIO ORAL**. Eso ocurre, por ejemplo, con las siguientes afirmaciones: la que consta el folio 4 vuelto: "Que, a la entrada de los funcionarios en el club, se observó que, en el interior del mismo, se encontraban 14 mujeres vestidas con ropas propias para el alterne, un camarero varón que se encontraba detrás de la barra del establecimiento..." (folio 4 vuelto). Y la que consta al folio 12 vuelto, que dice: "Las mujeres allí presentes se encontraban vestidas con ropa propia de alterne (muchas de ellas se encontraban en ropa interior, mostrando el sujetador, y varias con ropa de licra muy ajustada..." Eso, iuris tantum, a lo largo del procedimiento no se destruyó por falsedad y fue ratificado o reiterado por los mismos funcionarios en el Plenario, único tiempo y lugar de realización de las pruebas, salvo las muy tasadas excepciones, previstas en la legislación procesal.

(...)

En el Informe y Acta de la Inspección de Trabajo, firmado por la Inspectora de Trabajo y dos Subinspectores, después de manifestar que, con la actuación desarrollada se trataba de comprobar la afiliación a la Seguridad Social de las trabajadoras del club G.G, club de alterne, así como de la posible existencia de trabajadoras extranjeras, dicho Informe y Acta tiene también la presunción de certeza o iuris tantum, susceptible, pues, de prueba en contrario, conforme a lo dispuesto en el *artículo 53.2 del RDL 5/2000* y *artículo 23 de la Ley 23/2015* . Además, y esencialmente, los tres funcionarios se ratificaron o reiteraron en el Juicio oral. En la ya citada *STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, número 2728/ 2012* se desarrolla la presunción de certeza del Acta de Inspección de Trabajo.

(...)

asimismo, se ha utilizado como pruebas de cargo los testimonios que también tuvieron lugar en el Juicio oral de los tres funcionarios de la Inspección de trabajo que levantaron las correspondientes Actas de Infracción (unos funcionarios, de Policía y de Trabajo, de mucha experiencia en este tipo de trabajos, pues un funcionario en el Juicio Oral llegó a manifestar que anualmente se inspeccionan los conocidos locales de alterne. El Subinspector don Gabino llegó a decir en el Plenario (lo hemos comprobado por la grabación de la sesión o DVD unido a los autos) que la "vestimenta" de las mujeres que se encontraban en el club de alterne era muy diferente, pues unas se encontraban prácticamente desnudas y otras llevaban faldas muy cortas.

H. OTRASPRUEBAS

Delito de ocupación ilegal de trabajadores extranjeros

1.ATSJ de Asturias (Sala de lo Civil y Penal) nº 2/2017, de 19 de junio

La ausencia de tickets, taquillas, huellas, fotografías no determinan un no delito contra los derechos de los trabajadores. La aportación de fotos y grabaciones atentaría los derechos humanos de las mujeres. Las mujeres, por sus circunstancias, entre ellas las de estar en situación de irregularidad, buscan proteger al empresario.

Lo planteado en segundo lugar, es decir, lo que echa en falta el recurrente (tickets, taquillas, huellas, fotografías, etc.), no son datos cuya ausencia

podría determinar un no delito, como el que nos ocupa, que es -recuérdese- contra derechos de "trabajadoras". Más aún, en este tipo de actuaciones y tratándose de quién se trata, con unas circunstancias particulares de trabajo, la no existencia de grabaciones y fotografías es de todo punto elogiable -eso sería muy fácil de hacer a los funcionarios-, pero también sería atentatorio contra derechos humanos de las mujeres cuya actividad laboral se cuestiona. Unas mujeres que por la peculiaridad de su trabajo y de estancia muchas veces irregular en España no manifiestan, de manera directa y fácilmente, lo que son y lo que hacen, protegiendo así a su "aprovechado" empleador. Lo que podría ser ilícito -ese tipo de pruebas, seguramente pruebas ilícitas-, no se puede argumentar que su falta es, curiosamente, determinante de una falta de pruebas.

Como hemos dicho más arriba, dos tipos de funcionarios públicos han intervenido en la noche del 19 de mayo de 2016 en el local "G. G": de la Brigada Local de Extranjería de la Policía Nacional y de la Inspección de Trabajo. Es preciso señalar:

1.- Que los funcionarios policiales redactaron el correspondiente atestado policial, que es un documento de denuncia, y los funcionarios de la Inspección de Trabajo redactaron el Informe y Actas de Infracción, con ocasión de su visita al Club G.G.

2.- Que la presencia de dichos funcionarios, especialmente los de Policía, fue con ocasión, tal como ellos dijeron en el atestado y repitieron en el Juicio Oral, de prevención de la trata de blancas. Lo que resulta de las actuaciones en relación con la prostitución es, únicamente, si por ese trabajo, un empresario que contrata sin afiliar a la Seguridad Social a las trabajadoras ha cometido un delito previsto en la Ley penal. Eso y sólo eso es lo que se investiga.

Irrelevancia de erratas en el atestado policial que se aclaran en juicio

EL ATESTADO POLICIAL, que está unido a las actuaciones, es extenso, pues comienza en el folio 4 y concluye en el 84. El considerado doble error que figura en alguna ocasión en el atestado -sustitución del número NUM000 por NUM001 (mujeres trabajadoras ilegalmente) y sustitución del número NUM002 por NUM003 (personas trabajadoras legalmente en el Club)- carece de trascendencia y no cuestiona el extenso atestado policial. Un error que en el Juicio Oral fue subsanado.

V.PENA APLICABLE

B. OCUPACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

Tribunal Supremo

1. STS nº 121/2017, de 23 de febrero

El historial previo de infracciones de infracciones administrativas determina que no nos encontremos ante una forma de proceder aislada lo cual tiene relevancia en cuanto a la pena. También se valora el elevado número de trabajadores no dados de alta

El delito del art. 311 , que se establece en función del número de trabajadores no dados de alta en relación con el total de trabajadores de la empresa, no presenta una divergencia cualitativa sino cuantitativa con la infracción administrativa, de ahí que sea procedente considerar aquellas otras infracciones previas que cualitativamente similares no hubieran llegado a los límites cuantitativos que exige el delito, para estimar que nos hallamos no ante un hecho puntual sino , como ha estimado la sala de instancia, ante una manera de proceder no aislada en materia de seguridad social, lo que indudablemente incide en la fijación de la pena”.

Sobre la afirmación de que es ajeno a los hechos anteriores, hay que decir que no ha sido estimada por la AP al tratarse del mismo club, en el mismo local, haber declarado en el juicio oral el acusado que el local que siempre ha sido pub lo tiene abierto desde hace 5 años (acta del juicio oral, folio 409 vuelto) y ser algunas trabajadoras coincidentes, sin que el hecho de que se imponga la sanción administrativa a la persona jurídica implique ausencia de participación de su administrador único

(...)

En todo caso, la individualización ha contado con otro criterio: "el elevado número de trabajadoras sin alta en la Seguridad Social en relación al total de trabajadores en la empresa". Efectivamente -como ya vimos- en empresas del apartado b del art. 311 .2 (de 11 a 100 trabajadores) basta con un 50% no dado de alta para apreciar delito, siendo así que aquí ese porcentaje (10 de 13 trabajadores no estaban dados de alta) era muy superior.

2.ATS de 1 de junio de 2017 (Recurso 497/2017)

Para graduar la pena se atiende al número de trabajadoras, así como el tiempo que han estado las mujeres en esta situación de irregularidad. Siendo 23 los trabajadores la totalidad de la plantilla laboral, de las cuales eran camareras de alterne en situación irregular.

El Tribunal de instancia, según se lee en el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia, estimó conveniente imponer al acusado, una vez declarada su responsabilidad criminal, la pena solicitada por el Ministerio Fiscal, de la que era consciente que rebasaba la mitad inferior de la pena (dos años y nueve meses de prisión). El Tribunal justificaba esta exacerbadón punitiva en el alto número de trabajadores que estaban a su disposición, de los que en ninguno de ellos se hallaba regularizada. Respecto de la pena de multa, igualmente establecida en función de lo solicitado por el Ministerio Fiscal, el Tribunal de instancia atendía a la duración de la situación de las mujeres, estimando, además, que la pena pecuniaria solicitada realmente era leve, habida cuenta de que el acusado percibía una pensión de jubilación y se podía estimar que había obtenido sustanciosos beneficios del ejercicio de esta actividad en el Club que regentaba.

Los razonamientos expresados acreditan que el Tribunal de instancia ha justificado suficientemente la graduación de la pena a imponer.

Tribunal Superior de Justicia

1.ATSJ de Asturias (Sala de lo Civil y Penal) nº 2/2017, de 19 de junio

Necesidad de que la Sentencia motive la pena impuesta. No obstante, dada la proximidad de la pena impuesta al mínimo legal no es precisa una mayor motivación

En el caso de autos las penas previstas en el *artículo 311 del Código Penal* respecto del delito cometido, tipificado en el artículo 311.2, son de seis meses a seis años de prisión y de seis a doce meses de multa. Las penas impuestas en la sentencia al condenado, don Jose Ramón, son las siguientes: un año de prisión y siete meses de multa a razón 8 euros de cuota diaria. Se trata (a) de la imposición de dos penas menos graves, según el *artículo 33.3 del CP* y (b) sin concurrir atenuantes ni agravantes, por lo que rige, para la concreta imposición de la pena, lo dispuesto en el *artículo 66.6 del CP*.: circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

Es verdad lo que se declara en el Recurso: en la sentencia no se motiva la pena impuesta, teniendo en cuenta las circunstancias del condenado ni la mayor o menor gravedad del hecho. Hubiese sido mejor que el Tribunal a quo hubiese hecho referencia a esto último y se explicase más. Pero de inmediato es preciso apuntar que, dada la distancia de los máximos posibles entre la pena impuesta y la susceptible de imposición, o, en otras palabras, dada la proximidad con el mínimo a imponer (6 meses para la pena de prisión y 6 meses de multa a razón de cuota diaria de 8 euros, mínimo 2 y máximo 400), a la impuesta -un año de prisión y siete meses de multa-, no se precisaría una particular fundamentación.

El Ministerio Fiscal aceptó en su Informe, en la Vista oral, de la Apelación ese razonamiento, dada la cercanía o inmediatez de las penas impuestas a los mínimos legales. Y la pena impuesta, que esta Sala comparte, examinadas las circunstancias.

Es preciso, además, tener en cuenta la doctrina que figura en la *STS 30 de marzo de 2010, número de Resolución 271/2010*. Esta Sala considera que devolver la sentencia al órgano jurisdiccional de instancia razonando la dosimetría de la pena es excesivo, como también es excesivo que esta Sala imponga al condenado una pena en la mínima extensión.

VI.RESPONSABILIDAD CIVIL

B. OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

1, STS nº 121/2017, de 23 de febrero

La responsabilidad civil se integra por las cuotas defraudadas a la Seguridad Social hasta el momento de la Inspección. El abono por el acusado de la cuota defraudada del día de la Inspección no integra una atenuante de reparación del daño.

En el fallo ha sido dejada para ejecución de sentencia la concreción de la cuantía a indemnizar a la Tesorería General de la Seguridad Social por el importe de las cuotas dejadas de ingresar por el encausado en la Seguridad Social por las nueve trabajadoras a su servicio hasta la fecha de la inspección. Con ello se reconoce la diferencia entre la sanción y las cuotas dejadas de ingresar. Ahora bien, la pretensión de que la cuota por cada trabajadora sea solo del día de la Inspección -sin perjuicio de que constituye la línea lógica de defensa- no es sostenible a efectos de considerar que la consignación de 250 euros por ese día pueda permitir apreciar un ánimo real de reparar el daño que pueda ser tenido en cuenta como atenuante y no, como hace la sentencia, un mero intento de procurar una atenuación. Ello máxime cuando la propia sentencia explica que la situación de no dar de alta a las trabajadoras viene a ser algo reiterado en tanto "consta documentalmente acreditado que el año anterior, esto es, en 2013, ya había sido sancionado por los mismos hechos siendo coincidentes, incluso, alguna de las trabajadoras afectadas (Estrella e María Virtudes).

VII.OTRAS CUESTIONES

Confesión

1.ATS n° 1028/2017, de 22 de junio

La confesión de los hechos carece de trascendencia. Si bien Jon reconoció parcialmente los hechos, faltó a la verdad en algunos de ellos. No hay colaboración analógica.

El Tribunal de instancia sostiene que la confesión de los hechos por parte del acusado no ha tenido influencia para el esclarecimiento de los hechos, puesto que, si bien Jon reconoció parcialmente los hechos, faltó a la verdad al afirmar que los inmigrantes disponían de chalecos salvavidas en ambas expediciones, y al negar que llegara a entrar agua en la segunda de ellas. Faltó por tanto a la verdad al rechazar en todo caso la existencia de peligro para las vidas de los inmigrantes.

El fundamento de la atenuación prevista en *artículo 21.4 del Código Penal* se asienta en la efectiva realización de actos efectivos de colaboración con la justicia, facilitando la investigación del delito y el descubrimiento y castigo de los culpables.

No se constata por Jon un comportamiento colaborativo con la justicia que la haga tributario de la circunstancia atenuante alegada, ni tan siquiera en forma analógica, puesto que dio una versión de los hechos que faltaba a la verdad.

Dilaciones indebidas

2.ATS n° 1028/2017, de 22 de junio

Dilaciones. Como indica el Tribunal de instancia, consta que la única paralización de cierta entidad obedeció a una cuestión de acomodación procedimental, completamente justificada por la incidencia de la reforma legal.

Consta que la causa fue incoada el 12/06/2013, quedando sobreseída provisionalmente por falta de autor conocido el 19/09/2013, cuando sólo llevaba tres meses efectivos de tramitación.

El procedimiento estuvo archivado hasta el 19/01/2015, fecha en la

[Escriba aquí]

que se ordenó la reapertura de la causa, tras la recepción de un atestado ampliatorio. Esta Sala ha afirmado que el periodo de sobreseimiento de la causa por falta de autor conocido, no tiene la consideración de paralización injustificada (STS nº 70/2013, de 21 de enero).

Posteriormente, y entre los meses de enero y febrero del mismo año, se recibió declaración a los testigos protegidos, se practicaron las ruedas de reconocimiento y se oyó a Maximino y a Jon.

En fecha 10/04/15 se acordó la transformación del procedimiento en sumario ordinario. Sin embargo, en cumplimiento de lo ordenado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial, como consecuencia de la reforma obrada por la LO 1/15, se procedió a reformar el referido auto, y se dictó el 9/12/15 auto de acomodación al procedimiento abreviado.

En fecha 15/02/2016 se dictó auto de apertura del juicio oral, y el 31/03/16 se remitieron las actuaciones al Tribunal de instancia para el enjuiciamiento de los hechos.

La causa fue devuelta para subsanar ciertas deficiencias y se volvió a remitir en abril de 2016, habiéndose celebrado el juicio oral el pasado 10/01/17.

A la vista de lo expuesto, se constata que la tramitación de la causa no se ha extendido excesivamente, ni se ha producido ninguna paralización considerable e injustificada.

Como indica el Tribunal de instancia, consta que la única paralización de cierta entidad obedeció a una cuestión de acomodación procedimental, completamente justificada por la incidencia de la reforma legal expresada.

Esta Sala suscribe íntegramente las causas argumentadas por el Tribunal de instancia, al no existir paralización injustificada alguna del procedimiento