



RECURSO CASACION núm.: 649/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: IIma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

**TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal**

Sentencia núm. 261/2017

Excmos. Sres.

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Joaquín Giménez García

En Madrid, a 6 de abril de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación número 649/2016, interpuesto por D. [REDACTED], representado por el procurador D. Andrés Fernández Rodríguez, defendido por la letrada D.^a Olga Hernández de Paz y por D.^a [REDACTED] representada por la procuradora D.^a Susana Escudero Gómez, defendida por la letrada D.^a M^a Ángeles Alcázar García, contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2015 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésimoprimera.

Interviene como parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 6 de Barcelona, incoó Diligencias Previas núm. 1203/2013 contra D. [REDACTED] y D.^a [REDACTED], por delito continuado de falsificación de documento oficial y delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Vigésimoprimera (Rollo de P.A. núm. 99/14) dictó sentencia en fecha 10 de diciembre de 2015 que contiene los siguientes **hechos probados**:

«Se declara probado que los acusados, doña [REDACTED] nacida en [REDACTED] y con D.N.I. español, mayor de edad y sin antecedentes penales, y don [REDACTED] nacido en la República Dominicana, mayor de edad y sin antecedentes penales, quienes, con el único fin de legalizar la situación del acusado, don [REDACTED], en España y, posteriormente, conseguir la reagrupación familiar, idearon un plan por el que el 31 de julio de 2009 contrajeron matrimonio religioso de forma simulada, y por lo tanto inexistente, en Santa Coloma de Gramanet que fue inscrito por el funcionario correspondiente en el Registro Civil de dicha localidad ignorando la mendaz actuación falsaria de los acusados, doña [REDACTED], y don [REDACTED], quienes obtuvieron el correspondiente Libro de Familia el [REDACTED] de [REDACTED] de 2009 y la legalización en España de la situación del acusado, don [REDACTED], si bien ambos acusados continuaron residiendo en pisos y localidades distintas. La acusada, doña [REDACTED], vivía en el domicilio sito en el pasaje [REDACTED], en [REDACTED] de [REDACTED], y [REDACTED] y dos hijos nacidos de esta relación en fechas de 24 de mayo de 2010 y 4 de octubre de 2013, y el acusado, don [REDACTED] y [REDACTED], vivía en el domicilio sito en la calle [REDACTED] 2^a, de Santa Coloma de Gramanet, junto a su verdadera pareja sentimental y sus hijos.

En fecha de 23 de agosto de 2012 y aportando la mendaz inscripción de matrimonio realizada en el Registro Civil de Santa Coloma de Gramanet, los acusados, doña [REDACTED], como ciudadana española que daba derecho a tarjetas de residencia de familiar comunitario, y [REDACTED], como representante de sus hijas menores, doña [REDACTED] nacida el [REDACTED] de 2009 en República Dominicana, y doña [REDACTED], nacida el 12 de febrero de 2012 en Barcelona, solicitaron en sendos expedientes oficiales dos tarjetas de residencia de familiar comunitario para estas menores.

Con anterioridad al [REDACTED] de agosto de 2012, los acusados, doña [REDACTED] y don [REDACTED], actuando de común acuerdo con la madre de las menores, doña [REDACTED], habían traído a España desde la República Dominicana a su hija, doña [REDACTED], quien entró en España con la oculta intención de los

acusados, doña [REDACTED] y don [REDACTED] de que se quedase a vivir de forma permanente al amparo de la mencionada mendaz tarjeta de familiar comunitario que habían planeado solicitar una vez estuviera en España. Una vez que doña [REDACTED] ya estaba en España fue empadronada en el mes de marzo de 2012 en el domicilio de su padre, el acusado, don [REDACTED], y en ejecución del plan elaborado por los acusados, doña [REDACTED] y don Byron [REDACTED], ese mismo día [REDACTED] de agosto de 2012 la acusada, doña [REDACTED], se dio de alta en el padrón de Santa Coloma de Gramanet en el domicilio del acusado, [REDACTED], para simular convivir con este y sus dos hijas menores, [REDACTED] y [REDACTED]. Así, ese mismo día [REDACTED] de agosto de 2012 se solicitaron dos certificaciones del mencionado padrón conforme a la que los acusados, [REDACTED] y don [REDACTED], residían en el mismo domicilio y en compañía de las dos hijas del acusado, don [REDACTED].

En base al matrimonio simulado, la declaración mendaz de la acusada, [REDACTED], de [REDACTED] de agosto de 2012 por la que afirmaba vivir con el acusado, don [REDACTED] y las hijas de este en el domicilio sito en la calle [REDACTED] de Santa Coloma de Gramanet, y asumía la manutención, alojamiento y residencia de estas, así como en base a los certificados de empadronamiento citados y a fotografías realizadas ad hoc para simular la convivencia familiar aportado todo ello a los dos expedientes oficiales, uno por cada hija, los acusados, doña [REDACTED] y don [REDACTED], obtuvieron del funcionario de la subdelegación del Gobierno, con desconocimiento de la actuación falsaria de estos, la expedición el [REDACTED] de 2012 de dos tarjetas genuinas de residente de familiar comunitario, una por cada hija del acusado, [REDACTED], que son inauténticas al no corresponder a la realidad por ser mendaz la supuesta relación familiar de los acusados, doña [REDACTED] y don [REDACTED], que sirvió de base fáctica para su emisión a las hijas del acusado, don [REDACTED].

En fecha de [REDACTED] de 2013 los dos acusados, doña [REDACTED] y don [REDACTED] solicitaron en la Subdelegación del Gobierno de Barcelona, residencia como familiar de ciudadano comunitario de la Unión Europea, para el padre del acusado, don [REDACTED] don [REDACTED], que ya se encontraba en España como turista, hecho que hizo sospechar a las fuerzas de seguridad del Estado y dio pie a la presente causa».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«Que debemos de **CONDENAR Y CONDENAMOS** a los acusados, doña [REDACTED] y don [REDACTED], como autores penalmente responsables de un delito continuado de falsificación de documento oficial del artículo 392 en relación con los artículos 390.1.2º y 74 del Código Penal, así como de un delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros del artículo 318 bis 1 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de privación de libertad en forma de prisión de 1 año y 9 meses más multa de 9 meses a razón de una cuota diaria de 6.-euros por el primero de los delitos y a otra pena de privación de libertad en forma de prisión de 3 meses por el segundo de los delitos, más costas.

Provéase respecto de la solvencia de los condenados».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por las representaciones procesales de los condenados, teniéndose por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representaciones legales formalizaron los respectivos recursos alegando los siguientes **motivos de casación:**

[REDACTED]

Motivo Primero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr., por aplicación indebida de los artículos 392.1 y 390.1.2º, en relación al artículo 74 del Código Penal. Vulneración de los artículos 24.2, 117 de la Constitución Española, y artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Motivo Segundo.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de los incisos 1º -falta de claridad en los hechos probados-, 2º -contradicciones en los hechos que se declaran como probados con respecto al fallo condenatorio-; y 3º -predeterminación del Fallo en los hechos probados- del nº 1 del art. 851 L.E.Crim.

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional -art. 24.2 C.E.-, en cuanto a que ha sido vulnerada la presunción de inocencia de la parte recurrente; y, subsidiariamente, por infracción del art. 24.1 C.E., por violación del principio de proporcionalidad abstracta de la pena, al no haber sido aplicado precepto moderador susceptible de ello, al amparo del art. 5.4 L.O.P.J.



Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional. Se funda el presente en el número 1º artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que se infringen los artículos 24 de la Constitución. Infracción que se deriva de la vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia al no haberse practicado la mínima prueba de cargo suficiente para su superación.

Motivo Segundo.- Por infracción de ley, grave error en la apreciación de la prueba al amparo del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal basado en los documentos recogidos en la designación de particulares no contradichos por otros elementos probatorios.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión de los recursos, impugnando subsidiariamente los motivos aducidos de conformidad con lo expresado en su escrito de fecha 14 de octubre de 2016; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 17 de febrero de 2017 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo para el día 9 de marzo de 2017; continuando los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los condenados en la instancia como autores de un delito continuado de falsificación de documento oficial y de un delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros, recurren en casación con no excesiva técnica, indica el Ministerio Fiscal, si bien:

- a) ambos formulan un motivo por infracción de precepto constitucional, el derecho a la presunción de inocencia;
- b) también ambos, sendos motivos por infracción de ley, [REDACTED] al amparo del art. 849.1 por aplicación indebida de los artículos 392.1 y 390.1.2 en relación con el art. 74 CP [y de manera concatenada del art. 318 bis, por cuanto argumenta que los hechos imputados tendrían su previsión en el art. 53.2.b) del la LO de Extranjería] y a su vez, por vulneración de los arts. 24.2, 117 CE y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial); y [REDACTED] al amparo del art. 849.2 LECr, por error facti; y
- c) exclusivamente [REDACTED], un ulterior motivo por quebrantamiento de forma, al amparo de del nº 1 del art. 851 LECr, donde efectivamente, desconectado con esa rúbrica la argumentación viene referida a la inadecuada subsunción de los hechos objeto de enjuiciamiento en el art. 318 bis.

SEGUNDO.- 1. El alegato sobre la presunción de inocencia, se centra fundamental e inicialmente en negar que el matrimonio contraído por los acusados fuere nulo, en cuanto que no existe declaración judicial previa al respecto, la única prueba viable; si bien, también afirman que no resulta acreditado su carácter de simulado, de complacencia o de mera conveniencia.

2. La sentencia, afirma (énfasis ahora añadido) que los acusados, "con el único fin de legalizar la situación del acusado, don [REDACTED]

██████████, en España y, posteriormente, conseguir la reagrupación familiar, idearon un plan por el que el ██████████ de 2009 **contrajeron matrimonio religioso de forma simulada, y por lo tanto inexistente**, en Santa Coloma de Gramanet que fue inscrito por el funcionario correspondiente en el Registro Civil de dicha localidad ignorando la mendaz actuación falsaria de los acusados, quienes obtuvieron el correspondiente Libro de Familia el ██████████ de agosto de 2009 y la legalización en España de la situación del acusado, don ██████████, si bien ambos acusados continuaron residiendo en pisos y localidades distintas". Inscripción de matrimonio realizada en el Registro Civil de Santa Coloma de Gramanet, que también es calificada de 'mendaz' en otro párrafo de la narración de hechos probados. Y también en el relato histórico se califica de mendaz, la afirmación de la recurrente en los expedientes para la obtención de la tarjeta de residencia de las menores, de asumir la manutención, alojamiento y residencia de estas. Y de inauténticas, las tarjetas genuinas obtenidas de residente familiar comunitario, "al no corresponder a la realidad por ser mendaz la supuesta relación de los familiares de los acusados".

En la fundamentación jurídica, dentro del apartado dedicado a la valoración de la prueba, se califica también el matrimonio celebrado de "falsedad"; y en la fundamentación correspondiente a la subsunción, además de cita jurisprudencial, se indica que "los acusados han llevado a cabo personal, directa, material y voluntariamente, así como a través de los funcionarios públicos competentes los actos típicos y definidores de los ilícitos que aquí se les reprocha... pues, efectivamente, ha quedado probado que los acusados se pusieron de acuerdo y elaboraron un plan a fin de regularizar la situación administrativa en España del acusado y de sus hijas mediante la celebración de un matrimonio fraudulento a cuyo fin realizaron las actuaciones y declaraciones necesarias a fin de procurarse los documentos y aparentar cumplir los requisitos exigidos por la legalidad vigente". Así concluye que "concurren los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales previstos en los artículos. 392 y 390.1.2º del C. Penal, pues estos acusados, con claro ánimo falsario, fueron autores mediatos de la creación de documentos oficiales inauténticos, con entidad suficiente para afectar a las relaciones jurídicas, y en

especial, a bienes jurídicos tan relevantes como la seguridad jurídica, el control de extranjeros o la política de inmigración”.

3. Es decir, que la sentencia de instancia, no solo califica de simulado el contrato, sino que afirma su inexistencia ya en el relato de hechos probados; y posteriormente en la calificación de la conducta afirma que los acusados celebraron un matrimonio fraudulento, con afectación a la política migratoria y control de extranjeros.

Parece coincidir este concepto de matrimonio simulado o de complacencia con la definición la recogida en la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 *sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos* (97/C 382/01): “el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro”. Concepto luego aceptado por la Circular FGE 1/2012, que los denomina, matrimonios «blancos» o de complacencia.

4. Sucede sin embargo, que la identificación de matrimonio simulado y matrimonio falso, pese a las afirmaciones así contenidas en alguna resolución pertinente a esta materia como la Instrucción de 31 de enero 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *sobre los matrimonios de complacencia*, no encuentra correspondencia en la jurisdicción penal.

Ni toda simulación integra nulidad en el ámbito civil; ni todo negocio nulo civilmente por simulación, es falso penalmente. Incluso, en el ámbito civil, tampoco es pacífica la consideración doctrinal de la prevalencia de la voluntad interna sobre la declaración emitida.

La propia Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, advierte que cuando afirma que los matrimonios de complacencia son «falsos matrimonios», lo hace desde una perspectiva de estricto Derecho

Privado, pues alude a que no son válidos, sino «nulos de pleno derecho», porque estos «matrimonios de complacencia» alteran el sentido de la institución matrimonial, pues no hay verdadera voluntad de constituir un matrimonio como «unión conyugal y comunidad de vida entre los esposos dirigida a formar una familia». Y en otros pasajes cuando reitera la expresión falsedad, viene referida a la «causa» como elemento necesario del matrimonio.

En esta indebida incorporación de elementos normativos del orden civil en el apartado reservado para cuestiones fácticas, también conduce a equívoco la utilización alternativa al término de 'nulidad', el de 'inexistencia'; que en modo alguno equivale a falta de realidad, sino que integra una categoría cuestionada, proveniente de la doctrina francesa, que ante la jurisprudencia que afirmaba el carácter taxativo de las causas de nulidad, construyó artificiosamente un concepto diverso que cobijara defectos negociales necesariamente relevantes, pero que la ley no los contemplaba. En cualquier caso inútil, pues no da lugar a consecuencia diversa alguna de la nulidad radical o absoluta. En la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 993/1999, de 25 de noviembre, con motivo de analizar la validez de un matrimonio civil celebrado en el extranjero, se califica de «deletérea distinción» la concurrente entre actos jurídicos inexistentes y nulos.

5. De otra parte, en materia matrimonial no devienen absolutamente equiparables ni todas las normas ni todas las categorías que sobre la nulidad resultan previstos en el ámbito contractual, sino que exige un régimen propio como resulta del matrimonio putativo y de la necesidad de que la nulidad matrimonial, a diferencia de la negocial, inexcusablemente haya de ser declarada judicialmente.

De igual modo que la normativa sobre la responsabilidad civil derivada del delito, no abarca resoluciones del orden penal sobre materia de estado civil; sólo pronunciables cuando media una norma específica atributiva como el art. 193 CP.

Así, recuerda la STS 60/2005, de 17 de enero, que “la declaración de nulidad del matrimonio, aunque pueda tener efectos patrimoniales reflejos (artículos 90 y siguientes CC), no es una medida de contenido patrimonial en sentido estricto, siendo cuestión que afecta al estado civil de las personas. Cuando el artículo 112 CP se refiere a que la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo la naturaleza de aquél y a las condiciones patrimoniales del culpable, se está refiriendo a las distintas clases de prestaciones que constituyen el objeto de una obligación patrimonial cual es la de reparar el daño causado. Por lo tanto, el hilo de la atribución legal para declarar la nulidad del matrimonio a través de la atribución de las responsabilidades civiles dimanantes del delito no tiene la consistencia suficiente para atribuir a los Tribunales penales la declaración sobre cuestiones que afectan al estado civil de las personas. Es cierto que la Jurisprudencia de esta Sala, como argumenta el Tribunal de apelación, ha admitido que la Jurisdicción Penal, por la vía de la responsabilidad civil, pueda declarar la nulidad de un contrato, pero lo que se pretende en estos casos (alzamiento de bienes o insolvencias, generalmente) es reintegrar a un patrimonio bienes que fueron sustraídos del mismo mediante una conducta delictiva al objeto de preservar la integridad de aquél o para asegurar el principio de la responsabilidad patrimonial del deudor (artículo 1911 CC), y ello indudablemente tiene un reflejo patrimonial directo, luego no son supuestos asimilables con la declaración de nulidad del matrimonio”.

6. Conforme al artículo 9.1 LOPJ, los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley. Según el apartado 3º del mismo artículo los del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, lo que significa en línea de principio que no corresponde a la Jurisdicción Penal la directa aplicación de las normas de derecho de familia que en el ámbito del derecho privado disciplinan en este caso la institución del matrimonio, y cuya aplicación compete a la Jurisdicción Civil, por los órganos integrados en ella a través de los procedimientos civiles correspondientes, lo que significa que los Juzgados y Tribunales ejercen su Jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por la Ley tal

como dispone el artículo 9.1 referido (STS 780/2000, de 11 de septiembre, en un supuesto relativo a la privación de la patria potestad sobre su hijo impuesta a un condenado por un delito de homicidio, conforme al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 26/05/00, previa a la reforma de los arts. 33.2 y 55 CP, operada por LO 5/2010).

Manifestación diáfana de la diversidad jurisdiccional en esta materia, lo integra el art. 5 LECr., que impone el criterio excluyente y devolutivo de las cuestiones prejudiciales (su remisión y resolución por Juez o Tribunal civil): cuando sean referentes a la validez de un matrimonio, o cuando traten sobre la supresión de estado civil. Donde la sentencia civil determina la penal, no como consecuencia de la cosa juzgada, que no trasciende al proceso penal, sino por los efectos jurídico-materiales que produce la sentencia civil 'constitutiva'; por su eficacia como hecho jurídico, esto es, cuando la sentencia es tomada por la norma sustantiva como presupuesto de hecho de la norma jurídica, y la eficacia probatoria de la misma.

Donde sea cual fuere el alcance derogatorio del art. 10 LOPJ, en relación a la normativa de la LECr sobre cuestiones prejudiciales y la jurisprudencia recaída al respecto, así como del remedio rescisorio integrado en el actual art. 954 e) LECr a las potenciales disfunciones ocasionadas por la exclusividad del art. 10 LOPJ, es doctrina referida siempre al art. 4 LECr -vd. por todas la STS 1490/2001, de 24 de julio-; resta la singularidad jurisdiccional de los pronunciamientos sobre validez de un matrimonio o supresión de estado civil, del art. 5 LECr.

Asumido pacíficamente ya por la doctrina clásica penal del pasado siglo, y también la jurisprudencia, de modo que al analizar el delito de bigamia, cuando rechazaban la necesidad de suscitar la cuestión prejudicial sobre la validez del primer matrimonio, era en la consideración (también relevante en el caso de autos) de que mientras el matrimonio precedente no hubiere sido declarado nulo producía efectos civiles; si bien, obviamente y de ahí *quod nullum est nullum effectum producit*, la sentencia que declara la nulidad del matrimonio tiene eficacia retroactiva, a salvo las previsiones del art. 79 CC. De

donde se diferenciaba existencia y validez; y se concluía que si se ha contraído matrimonio, en tanto no se declare nulo, existe.

TERCERO.- Efectivamente, como indica la doctrina civil, bajo la denominación genérica de nulidad matrimonial se integran todos los supuestos de invalidez del matrimonio, que se originan al concurrir en su celebración un defecto estructural básico que impide su eficacia.

Por ello, la nulidad matrimonial supone la total ineficacia del matrimonio, declarada judicialmente, por causa coetánea a su celebración y con efecto retroactivo a tal momento; y conforme pacífica doctrina, exige tres presupuestos o requisitos:

- a) Un matrimonio, o una apariencia de tal, celebrado en cualquiera de las formas legalmente previstas
- b) Una causa coetánea a la celebración, que consiste fundamentalmente en la ausencia o el defecto de alguno de los requisitos personales, materiales o formales que la ley exige como presupuesto de validez del negocio jurídico matrimonial.
- c) Una sentencia judicial que declare la nulidad. Únicamente por sentencia puede ser anulado un matrimonio.

Ello supone y es igualmente cuestión pacífica, que aunque el matrimonio adolezca de alguna o algunas causas que afectan a su validez, **mientras no haya una declaración judicial que así lo declare, el matrimonio como tal es válido y produce los efectos que le son propios.**

Si bien, a partir de esa sentencia el matrimonio deviene en "apariencia de matrimonio", pues la declaración de su ineficacia se proyecta no sólo hacia el futuro, sino también sobre el pasado, dado que sus efectos se retrotraen al momento de contraerlo.

Pero resulta inexcusable, que la invalidez sea declarada judicialmente, porque en todo el decurso anterior a la sentencia, el matrimonio aparece y funciona como si de un matrimonio válido se tratara, a pesar de que se haya

celebrado con ausencia o defecto de alguno de los requisitos personales, materiales o formales exigibles, como puede ser el consentimiento.

CUARTO.- En definitiva, la nulidad del matrimonio es la sanción civil por ausencia o imperfección de alguna de las condiciones legalmente requeridas para la formación del vínculo matrimonial, apareciendo la situación de inexistencia como concreción de la misma, sin efecto diferencial alguno, en el artículo 45.1 del Código Civil al proclamar que "no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial", especificándose en el artículo 73.1 en absoluta equiparación que "es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial".

Nulidad que para ser afirmada necesita ser declarada judicialmente; que no puede ser dictada ex officio y que tiene delimitada la legitimación para instarla (vd. art. 74 CC).

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.

QUINTO.- 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 Ilse Wolf Hirsch **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*

• Fuente:
Hipsilito
GIZARD.

*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).*

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.

SEXTO.- La aplicación indebida de los artículos 392.1 y 390.1.2 en relación con el art. 74 CP, resulta por una parte concatenado a la falta de declaración de nulidad del matrimonio fraudulento; pero también por la inviabilidad en cualquier caso de predicar la omisión de falsedad ideológica documental en la celebración de un matrimonio de complacencia.

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, mas 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.

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.

(El matrimonio)

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 falta 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, falta 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 mas 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).

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 añade 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 [REDACTED] ya residía en España cuando contrajo matrimonio con [REDACTED] y la menor [REDACTED], había nacido en Barcelona, en 2018. Mientras que la menor [REDACTED] y el padre de aquel, [REDACTED], 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 [REDACTED] tenía visado de turista y que la menor [REDACTED] 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* 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.

Así la STS 646/2015, de 20 de octubre, describe la evolución normativa,

- El artículo 318 bis.1, hasta la Ley Orgánica 1/2015 sancionaba los actos de favorecimiento o promoción de "tráfico ilegal o inmigración clandestina", desde, en tránsito o con destino a España o a países de la UE.
- Tras la citada reforma el comportamiento típico consiste en ayudar intencionadamente 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",
- Por su parte el artículo 313.1 del Código Penal varió su contenido, respecto a su redacción entonces vigente, tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010. Ésta circunscribió el tipo penal a los supuestos de favorecimiento de emigración, destipificando, a los efectos de ese precepto, la determinación a la inmigración clandestina.
- Es decir, desde la vigencia de la reforma de 2010, además de tipificar separadamente la trata de personas, se eliminó la posible duplicidad típica de la misma conducta (favorecer la inmigración) en los artículos 313.1 y 318 bis 1 del Código Penal. Como se advertía en la exposición de motivos *el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transaccional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios añadiendo... como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1.*
- Por lo que concierne a la modificación de 2015, el tipo penal sustituye el concepto inmigración clandestina por el de entrada o tránsito (además de la permanencia o

estancia a que se refiere el nuevo 318 bis 2) en la que concurra contravención de las normas legales.

- Lo que, siendo concorde al nuevo bien jurídico considerado, -exclusivamente la legalidad administrativa de la entrada y presencia en territorio español de ciudadanos no europeos (si fuere ciudadano de un país de la Unión se exige ánimo de lucro)- puede suponer una total asimilación de la respuesta penal con la administrativa. La lectura de éstas permite comprender que no toda ilegalidad es equiparable a clandestinidad.
- El nuevo supuesto de hecho del tipo penal, que en su modalidad básica no exige engaño ni forzamiento de la voluntad del inmigrante, pero que castiga comportamientos no siempre ocultos ni clandestinos, también conlleva el riesgo de desbordar la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal, obviando la necesaria diferenciación entre las respuestas penales y no penales. Lo que exige de la Jurisdicción una necesaria corrección del exceso verbal del tipo que deje fuera del ámbito penal conductas que, pese a contravenir la letra de la ley, no puede, por coherencia del sistema y exigencia de los principios penales legalizados, ser consideradas delictivas.
- Por un lado no cabe olvidar que el tipo penal se enmarca en una rúbrica que dice tipificar comportamientos "contra los derechos de los extranjeros", y éstos no coinciden necesariamente con los subyacentes a la regulación del flujo migratorio. De ahí que se haya dicho con buen tino que el extranjero es en el tipo penal más que víctima, "como sugiere la citada rúbrica" objeto del la infracción.
- La recepción de la voluntad de la Unión Europea (Directiva 2002/90/CE y 2008/115/CE) no puede hacer idénticas la respuesta administrativa y la penal. Así lo recordaba incluso el Parlamento Europeo en su Resolución de 22 de mayo de 2012 al advertir de la naturaleza de intervención última, y mínima, de la sanción penal.
- De ahí que no toda infracción legal, determinante de sanción administrativa, puede considerarse delictiva.
- Como tampoco debe considerarse delictivo todo comportamiento susceptible de ser tipificado como infracción administrativa grave.

Y tras calificar en pasado la jurisprudencia consecuente al Acuerdo de Pleno no jurisdiccional referenciado de 2005, sobre entrada clandestina e ilegal, concluye: *Tras la reforma de 2015 la acusación que impute el delito del artículo 318 bis 1 del Código Penal habrá de identificar, no solamente la conducta probada, sino la concreta infracción administrativa y la razón por la*

que ésta adquiere relevancia penal más allá de una antijuridicidad meramente administrativa. Solamente ante tal completa identificación del título de condena cabrá ejercitar una adecuada defensa.

Exigencias, como hemos indicado, no cumplimentadas en autos.

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.

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.

DÉCIMO.- En cuya consecuencia, debe ser estimado para ambos recurrentes (directamente para [REDACTED] y ex 903 LECr para [REDACTED]), el motivo formulado al amparo del artículo 849.1 LECr, con la consiguiente declaración de oficio de las costas causadas (art. 901 LECr).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR HABER LUGAR al recurso de casación formulado por la representación procesal de D. [REDACTED], representado y por D.ª [REDACTED] contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2015 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésimoprimera, en causa seguida por delito de falsedad documental continuada y delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.



Así se acuerda y firma.

José Ramón Soriano Soriano

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Alberto Jorge Barreiro

Andrés Palomo del Arco

Joaquín Giménez García