

Favorecimiento de la inmigración ilegal y delitos contra los derechos de los trabajadores

Caso Malinche

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ

PRÓLOGO
JAIME VEGAS TORRES

© José Luis González-Montes Sánchez, 2026
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Primera edición: 2026

Depósito Legal: M-821-2026

ISBN versión impresa: 978-84-1085-600-4

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-601-1

Diseño, Pre impresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.
Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, o cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

	<i>Página</i>
PRÓLOGO	17
INTRODUCCIÓN.....	21
CAPÍTULO I	
CONDICIONES ADMINISTRATIVAS DE LA SOLICITUD DE ESTANCIA DE ESTUDIOS OSTENTANDO LA CONDICIÓN DE BECARIOS EXTRANJEROS	25
I. Condición de becarios extranjeros solicitantes de visado por estudios	26
1. <i>Sobre el procedimiento administrativo de solicitud de estancia por estudios</i>	36
1.1. Requisitos administrativos de la solicitud.....	36
1.2. Posibles motivos de denegación de la solicitud de estancia de estudios. Especial referencia a la denegación por no conducir la formación a la obtención de un título o certificado de estudios	37
1.3. Régimen de impugnación en vía administrativa frente a la denegación de la estancia por estudios. Silencio administrativo negativo	38
1.4. Solicitud en vía judicial de la estancia por estudios. Necesaria interposición de recursos contencioso-administrativos	39
1.5. Estatus migratorio de los estudiantes internacionales solicitantes de visado de estudios durante la tramitación del expediente. Efectos del silencio administrativo negativo	40

1.6. Carácter retroactivo de los efectos de la resolución de estancia que sea dictada en vía administrativa o judicial.....	41
II. Sobre el estatus laboral de los becarios extranjeros solicitantes de estancia por estudios	42
1. <i>Introducción</i>	42
2. <i>Régimen jurídico de la beca de estudios, dotación económica de la beca sin carácter salarial</i>	47
2.1. A propósito de las prácticas no laborales de extranjeros asociadas a la beca de estudios: ¿alta en la Seguridad Social?	53
2.2. Docencia reglada y no reglada y su impacto en la obligación de alta en el Sistema de Seguridad Social de los becarios extranjeros	59
2.3. Duración de las prácticas no laborales en contraposición a la existencia de una relación laboral encubierta.....	62
III. Condiciones administrativas de la solicitud de estancia de estudios ostentando la condición de becarios extranjeros a la luz del Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (artículos 34 a 36 y 52 a 58).....	66
1. <i>Revisión de las principales novedades que introduce el RD 1155/2024</i>	66

CAPÍTULO II

DELITOS DE FAVORECIMIENTO DE LA INMIGRACIÓN ILEGAL Y DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

I. Introducción	75
1. <i>Delitos contra los derechos de los trabajadores</i>	76
1.1. Concepto y marco legal	76
1.2. Infracciones frecuentes a los derechos laborales ...	77

	<i>Página</i>
1.3. Vínculo con la inmigración irregular y la explotación laboral	79
1.4. Legislación laboral española y protección a los trabajadores.....	79
1.5. Normativa internacional y europea	80
1.6. Imposición de condiciones laborales irregulares a trabajadores extranjeros	82
2. <i>Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros</i>	86
2.1. Introducción	86
2.2. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: distinción de conductas que originan sanciones administrativas, así como distinción del delito de trata de seres humanos.	91
2.3. Específica distinción del delito de trata de seres humanos	96
2.3.1. Regulación internacional delito de trata ..	99
a. Convenio de Palermo	102
b. Normativa comunitaria.....	103
2.3.2. Regulación nacional del delito de trata ...	105
a. Evolución de la regulación en España	105
b. Regulación actual: Art. 177 BIS CP..	107
2.3.3. Principio de no criminalización o no punición de las víctimas de trata	108
a. ¿Cuál debe ser la extensión del principio de no punición?	111
b. Posición que se adopta en nuestro ordenamiento interno.	113
c. Análisis jurisprudencial de la aplicación práctica de la excusa absolutoria del apartado 11 del art. 177 bis CP ..	116
3. <i>Referencia al delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros respecto del caso MALINCHE</i>	123
4. <i>Responsabilidad penal de la persona jurídica en el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros</i>	129

CAPÍTULO III

DE LA VIOLACIÓN CONSTANTE DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ASUNTO MALINCHE	131
I. Introducción	131
1. <i>Infracción de las normas de reparto con afectación del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE)</i>	132
1.1. Infracción de las normas de reparto y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley	138
1.2. La flagrante infracción de las normas de reparto en el caso MALINCHE: afectación del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley ..	144
2. <i>La sui géneris interpretación de la prueba pericial pública en el asunto Malinche</i>	157
2.1. Los informes periciales emitidos por organismos oficiales.....	163
2.2. Los informes de la inspección de trabajo en el caso Malinche: despropósito judicial.....	166
2.3. De la improcedencia del segundo informe de la Inspección de Trabajo	176
2.4. Resultado del segundo informe de la Inspección de Trabajo	186
2.5. Ausencia absoluta de indicios de delito relacionados con el delito contra los derechos de los trabajadores tras la emisión de los dos informes de la inspección de trabajo	192
2.6. De la no prueba pericial del letrado que actuó en el procedimiento administrativo de solicitud de estancia de estudios: de la inexistencia de un dictamen pericial jurídico que contravenga el principio <i>iura novit curia</i>	204

	<i>Página</i>
3. <i>Las normas penales en blanco: integración del delito de favorecimiento de la inmigración ilegal con la normativa en materia de extranjería. Integración de los delitos contra los derechos de los trabajadores a través de normativa laboral, de seguridad social y de prevención de riesgos</i>	208
4. <i>Reapertura de proceso penal tras haberse dictado auto de sobreseimiento provisional</i>	212
II. Estado actual de la cuestión	224

Capítulo I

Condiciones administrativas de la solicitud de estancia de estudios ostentando la condición de becarios extranjeros

SUMARIO: I. CONDICIÓN DE BECARIOS EXTRANJEROS SOLICITANTES DE VISADO POR ESTUDIOS. 1. *Sobre el procedimiento administrativo de solicitud de estancia por estudios.* 1.1. Requisitos administrativos de la solicitud. 1.2. Posibles motivos de denegación de la solicitud de estancia de estudios. Especial referencia a la denegación por no conducir la formación a la obtención de un título o certificado de estudios. 1.3. Régimen de impugnación en vía administrativa frente a la denegación de la estancia por estudios. Silencio administrativo negativo. 1.4. Solicitud en vía judicial de la estancia por estudios. Necesaria interposición de recursos contencioso-administrativos. 1.5. Estatus migratorio de los estudiantes internacionales solicitantes de visado de estudios durante la tramitación del expediente. Efectos del silencio administrativo negativo. 1.6. Carácter retroactivo de los efectos de la resolución de estancia que sea dictada en vía administrativa o judicial. II. SOBRE EL ESTATUS LABORAL DE LOS BECARIOS EXTRANJEROS SOLICITANTES DE ESTANCIA POR ESTUDIOS. 1. *Introducción.* 2. *Régimen jurídico de la beca de estudios, dotación económica de la beca sin carácter salarial.* 2.1. A propósito de las prácticas no laborales de extranjeros asociadas a la beca de estudios: ¿alta en la Seguridad Social? 2.2. Docencia reglada y no reglada y su impacto en la obligación de alta en el Sistema de Seguridad Social de los becarios extranjeros. 2.3. Duración de las prácticas no laborales en contraposición a la existencia de una relación laboral encubierta. III. CONDICIONES ADMINISTRATIVAS DE LA SOLICITUD DE ESTANCIA DE ESTUDIOS OSTENTANDO LA CONDICIÓN DE BECARIOS EXTRANJEROS A LA LUZ DEL REAL DECRETO 1155/2024, DE 19 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL (ARTÍCULOS 34 A 36 Y 52 A 58). 1. *Revisión de las principales novedades que introduce el RD 1155/2024.*

I. CONDICIÓN DE BECARIOS EXTRANJEROS SOLICITANTES DE VISADO POR ESTUDIOS

Tomamos como referencia para esta investigación el supuesto real denominado «caso MALINCHE», pues nos permite aproximarnos desde distintos ámbitos a la vertiente penal del asunto, siendo absolutamente necesario abordar el estudio previo de cuestiones de derecho de extranjería y laboral, antes de analizar los elementos de los tipos penales que conforman el título de este trabajo.

Hay que resaltar en este momento una cuestión relevante, todo cuanto se va a exponer en este capítulo está redactado sobre la base de la normativa vigente en materia de extranjería hasta el **Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre**, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (artículos 34 a 36 y 52 a 58).

Con carácter general podemos afirmar que no existen grandes diferencias respecto de lo que aquí se va a exponer en primer lugar. Sin embargo, la modificación de la Ley de Extranjería que se ha producido por la aprobación del referido Real Decreto, sí que modifica ciertos requisitos de índole administrativos que vamos a exponer en un epígrafe separado al final del presente capítulo. Sin duda las modificaciones que ahí se dirán, se van a entender mucho mejor tras analizar el tratamiento de los requisitos existentes en la normativa de extranjería hasta noviembre del año 2024, fecha de la reforma. Además, teniendo como referencia esta investigación el caso Malinche, debemos ilustrar cuáles eran las normas vigentes en el momento en el que se produjeron los hechos a propósito del asunto Malinche, para luego observar las modificaciones operadas en la normativa. Y diremos una cuestión más, algunas de las modificaciones legislativas que se han producido a través del **Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre**, traen causa o son una respuesta, a alguna de las situaciones que se han generado en el caso Malinche.

El punto de partida debe ser el siguiente. Los responsables de la productora del MUSICAL MALINCHE que durante dos años se ha representado en Madrid con notable éxito y más de 500.000 espectadores, deciden abrir una sistema de becas de forma conjunta con la Casa de México, para que artistas mexicanos puedan acceder tras el correspondiente casting a un programa de becas subvencionado, de una parte, por la Casa de México (3

becas), y de otra parte, por la productora de MALINCHE, que extiende con dinero exclusivamente privado dichas becas a otras 17 personas más.

Para ello se firma un convenio con la Escuela de enseñanzas artísticas privadas denominada JANA para la formación en el MUSICAL-MALINCHE, en un proceso de formación que durará diez meses y que, una vez finalizado, contempla la vuelta de los estudiantes mexicanos a su país con la oportunidad de ser seleccionados desde ese instante para formar parte del elenco de artistas que estrenará el citado musical en México a lo largo del año 2025.

Para que los estudiantes mexicanos puedan acceder al plan de becas y la formación correspondiente en España, se requiere que vengan a nuestro país y soliciten el correspondiente visado por estudios.

El REGLAMENTO (UE) 2018/1806 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de noviembre de 2018, establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación en los Anexos I y II, respectivamente. Como puede observarse, México se incluye en el Anexo II como país cuyos nacionales están exentos de la obligación de visado.

Igualmente, la autorización de estancia por estudios inferior a noventa días, ni siquiera precisa de una solicitud de visado específico de estudios, pudiendo realizar dicha actividad formativa durante la vigencia de un visado de estancia (como es el visado Schengen, el mismo que el que emplean millones de turistas).

Se puede constatar en la web del Consulado de España en Ciudad de México que literalmente informa en su web que:

«La estancia por estudios de hasta 90 días no requiere visado de estudios. En función de la nacionalidad, se puede necesitar visado de corta duración ("Visados Schengen")».

El visado Schengen se expide a los nacionales de terceros Estados incluidos en el Anexo I del Reglamento (UE) 2018/1806. Este visado permite estancias en el área Schengen de hasta 90 días (en cualquier período de 180 días) por razones de turismo, negocios, visita familiar, tratamiento médico, para realizar estudios, prácticas no laborales o actividades de voluntariado de duración no superior a 90 días, o para otras actividades que no tengan carácter lucrativo. También permite el tránsito territorial y aeroportuario.

El área Schengen abarca 29 países europeos sin controles fronterizos entre ellos: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, República Checa, Dinamarca, Eslovenia, Eslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Suecia y Suiza.

En consecuencia, los estudiantes mexicanos, y cualquier estudiante de uno de los países que no requieren visado en los términos expuestos, tienen dos opciones a la hora de solicitar los correspondientes permisos de estancia por estudios para la realizar una formación que supere los 90 días, acudir al consulado del país en el que quieren realizar la estancia por estudios desde su propio territorio y con antelación al inicio de la formación, o bien, entrar como turistas en territorio nacional y solicitar desde España en el taxativo plazo de los 60 primeros días de los 90 que ostenta su situación administrativa como turistas, la correspondiente estancia por estudios ante las correspondientes oficinas de extranjería (Área de inmigración), dependientes de la Delegación del Gobierno.

Existe un documento-estudio de la Unión Europea emitido por la EMN (Red Europea de Migración) del año 2018, titulado: «*Atraer y retener a estudiantes internacionales en la UE (contribución nacional de España)*». En el mismo se recogen cuestiones muy relevantes de cara a esta cuestión a las que nos vamos a referir ahora y puntualmente en el trabajo.

Este documento hace referencia a la creación de la denominada Red Europea de Migración (REM), creada por la Decisión 2008/38/CE del Consejo y que está cofinanciada por la Unión Europea.

Su objetivo es satisfacer las necesidades de información de las instituciones de la Unión Europea y de las autoridades e instituciones de los Estados miembros, proporcionando información actualizada, objetiva, fiable y comparable sobre migración y asilo, con el fin de respaldar el proceso de toma de decisiones de la Unión Europea en estos ámbitos. El Red Europea de Migración también pone dicha información al alcance del público en general.

La Red Europea de Migración, coordinada por la Comisión Europea, está formada por una red de Puntos de Contacto Nacionales (NCP) designados en cada Estado miembro y en Noruega. El PNC español está compuesto por expertos procedentes del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migra-

ciones, Ministerio del Interior, Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, Ministerio de Justicia y la Fiscalía General del Estado, de cuya coordinación se encarga la Subdirección General de Régimen Jurídico de la Secretaría de Estado de Migraciones.

Continúa diciendo dicho documento en su página 6 que:

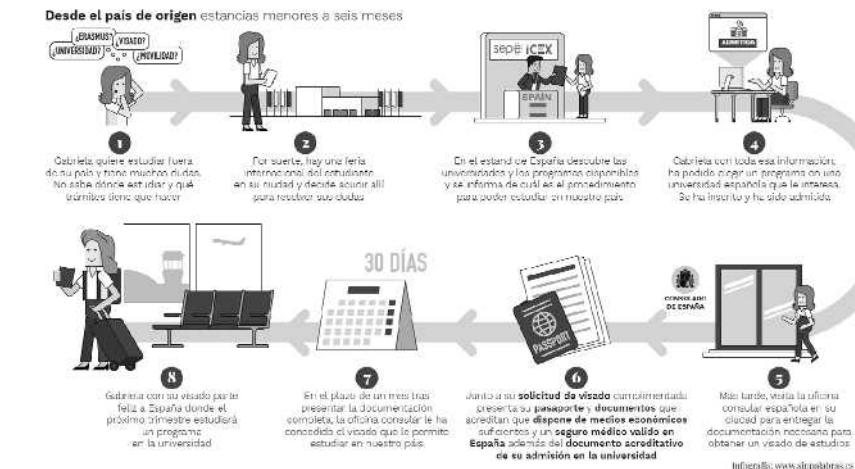
«Desde el punto de vista migratorio, los requisitos de admisión no han experimentado ningún cambio, pero se ha mejorado el procedimiento para que resulte más sencillo y más ágil para los estudiantes. Asimismo, se ha reforzado el papel de las instituciones de educación superior, en su función de solicitantes de autorizaciones para sus estudiantes y en el procedimiento de movilidad intracomunitario».

Este documento recoge expresamente cómo se puede llegar a conseguir atraer y retener el talento extranjero, especificando cuáles son los procedimientos para solicitar el visado de estudios, tanto desde el consulado de España en el país de origen del estudiante que pretende desempeñar una formación en nuestro territorio, como desde el territorio nacional, especificando si la estancia será menor o mayor a seis meses. Se reproducen a continuación los dos cuadros explicativos que confirman sin ambages, que la entrada como turista del estudiante y la solicitud de estancia de estudios desde territorio nacional, es perfectamente legal y acorde con la legislación nacional y europea en materia de migraciones, siendo además el Ministerio de Migración, entre otros como se ha visto, Punto de Contacto Nacional, por lo que no se puede obviar su conocimiento por parte de las autoridades y, en cascada tampoco, su conocimiento por la propia Delegación del Gobierno a través de las Oficinas de Extranjería, que serán receptores de estas solicitudes de estancia de estudios en nuestro territorio.

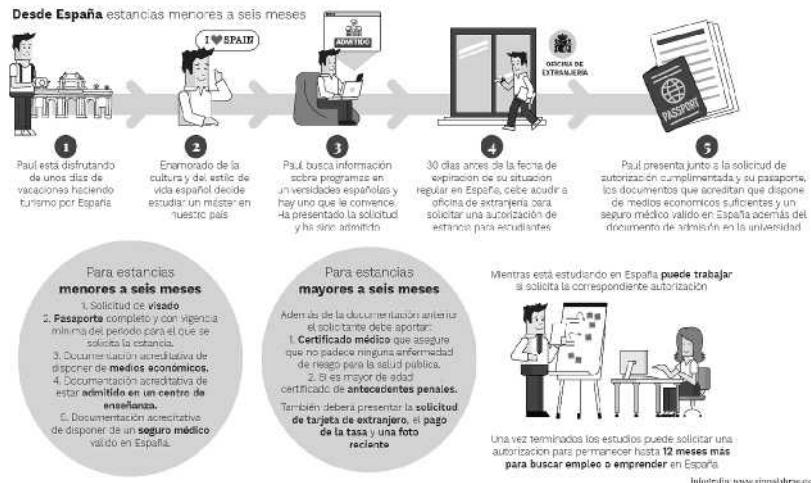
Para la estancia superior a los seis meses se requieren una serie de requisitos administrativos que serán tratados aquí con posterioridad. También se permite, como puede observarse y se recoge en la transposición de la Directiva (UE) 2016/80 sobre estudiantes e investigadores, que continúen residiendo en nuestro país una vez concluidos sus estudios durante un período de doce meses para buscar empleo o establecer un negocio, lo cual se considera un incentivo para la retención de talento.

Favorecimiento de la inmigración ilegal y delitos contra los derechos de los ...

Cuáles son los procedimientos



Cuáles son los procedimientos



A mayor abundamiento, recoge algo relevante la página 20 del documento referido a estos efectos, que necesariamente debemos reproducir:

«Desde el verano de 2018, los estudiantes pueden llenar los formularios de inmigración desde otros países (como se hacía hasta ese momento, solicitando un visado en el consulado de su lugar de residencia), con una novedad: la solicitud puede ser entregada por un representante, lo que elimina la obligación de acudir en persona al

consulado dos veces, con el coste que esto suponía para el estudiante, especialmente si residía lejos del consulado. También pueden presentar los formularios de inmigración ya en España, siempre que se encuentren en el país de forma legal, ya sea con un visado de larga duración o como turista. En estos casos, los trámites se llevan a cabo en la oficina de inmigración, sin tener que ir al extranjero para obtener el visado».

En principio, la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016 citada, se refiere sólo «*a estudiantes de enseñanza superior*» pero los Estados miembros podrán ampliar este derecho a otros colectivos de estudiantes, a través de disposiciones internas más favorables (así lo expresa el propio artículo 4 de la misma Directiva).

Y eso es precisamente lo que ha hecho España a través del artículo 39.7 del Reglamento de extranjería, ampliando la posibilidad de tramitación desde España todos los *estudiantes de cualquier nivel*, lo que permite concluir sin ningún tipo de duda, que los estudiantes extranjeros que procedan a realizar cursos de formación en España en el marco de una docencia no reglada, también se encuentran bajo el paraguas de la normativa, requisitos y especialidades aquí expuesta, por lo que también podrán solicitar desde España su estancia de estudios.

Como complemento de lo anterior, debe atenderse en este punto a la Instrucción SEM 1/2023 sobre las autorizaciones de estancias por estudios emitida por el Ministerio de Inclusión, Seguridad y Migraciones, Dirección General de Migraciones, Subdirección General de Gestión y Coordinación de flujos migratorios, según la cual:

«3. Se considerarán comprendidos dentro del supuesto del artículo 37.1.a) los siguientes estudios, impartidos por un centro de enseñanza autorizado en España:

a) Educación infantil; b) Educación primaria; c) Educación secundaria obligatoria; d) Bachillerato; e) Formación profesional, incluyendo microacreditaciones; f) Enseñanzas de idiomas. En cuanto a los cursos de lenguas oficiales o cooficiales en España; para extranjeros, debe tratarse de Academias acreditadas por el Instituto Cervantes o por el organismo público análogo de la correspondiente lengua cooficial, y siempre que esta lengua oficial o cooficial en España no sea la lengua materna de la persona extranjera; g) Enseñanzas artísticas; h) Enseñanzas deportivas; i) Educación de personas adultas; j) Educación superior (grado, máster y doctorado, incluyendo títulos propios de máster, experto y especialista); k) Cursos preparatorios impartidos por los centros de educación superior para la impartición de los títulos de educación superior. Formación reglada para el empleo, certificados de profesionalidad, o formación para certificados de aptitud técnica o para habilitación profesional».

Finalmente, la misma Instrucción alude específicamente al lugar de presentación y solicitud:

«Tercera. Lugar de presentación de la solicitud y plazos de resolución.

El artículo 38 del Reglamento establece los requisitos para obtener el visado y/o la autorización de estancia. Por su parte, el artículo 39.7 continua para indicar que «En el supuesto del artículo 37.1.a), la solicitud de la autorización de estancia por estudios podrá presentarse por el extranjero, personalmente, mediante representación o a través de los medios telemáticos habilitados para ello, en el modelo oficial, en la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que vaya a iniciarse la actividad siempre y cuando se halle regularmente en territorio español y presente la solicitud con una antelación mínima de un mes a la fecha de expiración de su situación. En estos casos, será la Delegación o Subdelegación del Gobierno la encargada de valorar los documentos que acompañen a la solicitud y de resolver y notificar al interesado el sentido de la resolución en un plazo máximo de un mes».

Por lo tanto, las autorizaciones de estancia previstas en el artículo 37.1.a) podrán ser presentadas indistintamente ante la Oficina de Extranjería o en la Oficina Consular. Las autorizaciones de estancia previstas en el artículo 37.1.b) deberán ser presentadas necesariamente ante la Oficina Consular.

En el caso de solicitudes presentadas ante la Oficina de Extranjería, será indispensable que la persona extranjera se encuentre regularmente en España en el momento de la solicitud. Esta solicitud deberá presentarse con una antelación mínima de un mes a la fecha de expiración de su situación.

El artículo 39 establece, en el caso del 37.1.a), que la Delegación o Subdelegación del Gobierno deberá resolver y notificar al interesado el sentido de la resolución en un plazo máximo de un mes».

Para finalizar, aunque este tema se desarrolla con posterioridad, la página 41 del documento de la Red Europea de Migración al que nos referidos señala que:

«Si las prácticas son de carácter complementario y los estudios siguen siendo la actividad principal, no se necesita ninguna otra autorización».

Dicho lo anterior, en la práctica, la solicitud de la estancia de estudios desde territorio nacional se impone a la solicitud desde el consulado de España en el país de origen del estudiante extranjero de forma abrumadora, principalmente porque los tiempos de tramitación burocrática en los correspondientes consulados en el territorio del solicitante, se han vuelto com-

pletamente insostenibles, impidiendo el acceso a decisiones en plazo respecto a la efectiva realización de la estancia por estudios.

Centrándonos pues en la solicitud de la estancia por estudios desde territorio español, una vez que se ha accedido como turista por los estudiantes mexicanos, debemos observar el marco normativo de aplicación que debe comenzar con la invocación de la **Directiva (UE) 2016/801**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*. Según su Exposición de Motivos:

La Directiva responde a la necesidad de «garantizar una mayor transparencia y seguridad jurídica y ofrecer un marco jurídico coherente a las distintas categorías de nacionales de países terceros que entran en la Unión».

(...) debe contribuir al objetivo recogido en el Programa de Estocolmo de aproximar las legislaciones nacionales que establecen los requisitos de entrada y de residencia de los nacionales de países terceros. La inmigración procedente de fuera de la Unión es una fuente de personas altamente cualificadas, y especialmente los estudiantes y los investigadores son cada vez más solicitados.

Los informes de aplicación de las Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE señalaron ciertas carencias, sobre todo en relación con las condiciones de admisión, los derechos, las garantías de procedimiento, el acceso de los estudiantes al mercado laboral durante sus estudios y la disposiciones relativas a la movilidad dentro de la Unión».

El 4 de septiembre de 2018 se publicó en el BOE el Real Decreto Ley 11/2018, de 31 de agosto, con el objetivo de incorporar al ordenamiento interno, la citada Directiva 2016/801/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016.

Igualmente, dentro del ámbito normativo debe atenderse también a la **Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero** sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en concreto, a los artículos 25 bis, f, 30 y 33).

El art. 25.bis de esta LO exige que cualquier extranjero que quiera entrar en territorio nacional debe estar provisto de visado de alguna de las clases que especifica el mismo precepto. Por lo que aquí interesa, el apartado f) de dicho art. 25.bis incluye el denominado visado de estudios:

«Visado de estudios, que habilita a permanecer en España para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado, no remunerados laboralmente».

Por su parte, el art. 30 LO establece que Estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.

En este sentido y finalmente el art. 33 LO determina que, para ser autorizado en régimen de estancia de estudios, el extranjero tiene que tener como fin la realización de las siguientes actividades:

- a) *Cursar o ampliar estudios.*
- b) *Realizar actividades de investigación o formación, sin perjuicio del régimen especial de los investigadores.*
- c) *Participar en programas de intercambio de alumnos en cualesquiera centros docentes o científicos, públicos o privados, oficialmente reconocidos.*
- d) *Realizar prácticas no laborales.*
- e) *Realizar servicios de voluntariado.*

Finalmente, debe citarse el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por **Real Decreto 557/2011**, de 20 de abril (artículos del 37 al 42).

Este Real Decreto aprueba el reglamento de extranjería que viene a desarrollar la anteriormente citada LO 4/2000 de derecho y libertades de los extranjeros en España, reglamento que pretende optimizar los principios de la política migratoria tal y como reza su Exposición de Motivos.

Expuesto el marco normativo de referencia, como decíamos el Real Decreto Ley 11/2018, de 31 de agosto que traspone la dirección 2016/801/UE, plasma en el ordenamiento español los objetivos recogidos por dicha Directiva, destinada a suprimir determinadas barreras burocráticas migratorias con el fin de agilizar la tramitación de permisos de estudios y, al mismo tiempo, fortalecer la competitividad internacional de la Unión Europea como un centro de excelencia mundial en educación y formación.

Dicho procedimiento ha sido establecido por el legislador europeo —y nacional— con el objetivo de que puedan tramitarse permisos de estudio en

España, de una forma ágil que permita una rápida incorporación del estudiante internacional al programa formativo impartido en Europa.

La tramitación de permisos de estudios iniciada desde España no es una práctica excepcional, sino más bien habitual entre ciudadanos de países que se encuentran eximidos de visado para entrar en territorio Schengen como turistas. De hecho, muchos ciudadanos mexicanos han informado que los órganos consulares españoles en México recomiendan realizar la tramitación del permiso de estudios desde España y así consta en las páginas webs de los consulados españoles de México.

En la propia web del Consulado de España en Ciudad de México se informa claramente que: «*La estancia por estudios de hasta 90 días no requiere visado de estudios¹*».

Numerosas páginas web de administraciones y universidades ofrecen información detallada sobre el procedimiento de solicitud de permisos de estudios desde España, incluyendo, entre otras:

- **Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones:** inclusión.gob.es
- **Ayuntamiento de Barcelona:** barcelona.cat/internationalwelcome
- **Universidad Complutense de Madrid:** ucm.es
- **Universidad Autónoma de Madrid:** uam.es
- **Universidad Pública de Navarra:** unavarra.es
- **Embajada de México en España:** embamex.sre.gob.mx

Como ya se ha explicado, el Reglamento de Extranjería fue modificado en 2018 para permitir la tramitación de los permisos de estudios desde España, sin necesidad del visado de estudios que anteriormente era exigido. Este procedimiento está regulado en el **artículo 39.7 del RD 557/2011**, de 30 de abril, que dispone que la solicitud de permisos de estudios puede presentarse desde España ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno

1. <https://www.exteriores.gob.es/es/ServiciosAlCiudadano/Paginas/Servicios-consulares.aspx?scco=M%C3%A9xico&scd=195&scca=Visados&scs=Visados+Nacionales+++Visado+de+estudios>



La presente monografía examina los delitos de **favorecimiento de la inmigración ilegal y delitos contra los derechos de los trabajadores**, tomando como hilo conductor el denominado «caso Malinche», vinculado al musical homónimo dirigido por Nacho Cano. Una de las principales singularidades de este trabajo de investigación, redactado con eminente vocación práctica, ha sido desarrollar un análisis jurídico integral de carácter multidisciplinar, que profundiza en el estudio del Derecho de Extranjería, Derecho laboral, Derecho penal sustantivo y, finalmente, Derecho Procesal Penal, integrando sus respectivos marcos normativos y jurisprudenciales.

La primera parte de la obra que se corresponde con el primer Capítulo, se produce el estudio del Derecho de Extranjería aplicable al régimen jurídico de las solicitudes de estancia de estudios de becarios extranjeros, con especial significación a la legalidad de dichas solicitudes desde territorio nacional, previa entrada como turistas, analizando el estatus migratorio de los solicitantes durante la tramitación del expediente, así como su estatus laboral. Para ello se detalla el procedimiento administrativo y judicial previsto en la **Ley Orgánica 4/2000**, el **Real Decreto 557/2011** y las reformas introducidas al respecto por el reciente **Real Decreto 1155/2024**. Examinando, asimismo, la inclusión o no de los becarios extranjeros en el Régimen General de la Seguridad Social.

La segunda parte relacionada con el Capítulo II, se realiza una inmersión en el estudio desde el punto de vista del Derecho Penal sustantivo, de los delitos contra los ciudadanos extranjeros y delitos contra los derechos de los trabajadores. En el primer caso, distinguiendo el tipo penal de conductas que provocan sanciones administrativas de un lado, y del delito de trata de seres humanos de otra, con posicionamiento en este último caso, a propósito del principio de no punición.

Finalmente, el Capítulo III profundiza en el estudio más procesal de la investigación, así, partiendo de la identificación de la violación de derechos fundamentales en el caso Malinche, se aborda el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley; la prueba pericial pública en el proceso penal con el análisis *suí generis* de los informes de la Inspección de Trabajo; la concurrencia de las normas penales en blanco y su integración, así como las condiciones y consecuencias de la posible reapertura del proceso penal tras el dictado de auto de sobreseimiento provisional.

La investigación pretende aportar claridad dogmática y seguridad jurídica en la intersección entre Derecho Penal y Derecho de Extranjería, contribuyendo al debate doctrinal sobre la criminalización indebida de conductas formativas o de cooperación cultural internacional bajo el prisma penal-laboral.

ISBN: 978-84-1085-800-4

788410 856004



ER-0280/2005



GA-2005/0100