

**TRABAJO DE FIN DE GRADO:
TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE BLANCAS
Y DELITO SOCIETARIO**

**Alba Fernández Pato
Tutor : Julio García Camiñas**

Grado en Derecho

ÍNDICE

I.ABREVIATURAS.....	4
---------------------	---

II.INTRODUCCIÓN.....	5
----------------------	---

III.DICTAMEN ACERCA DE LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES EN LAS QUE HABRÍAN INCURRIDO ROMELIA, TATIANA, PIETRO, ZULAIKA, ALBERTO Y SANTIAGO POR LOS HECHOS RELACIONADOS CON EL EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN POR PARTE DE LAS OCHO MUJERES RUMANAS.....	7
---	---

1.Delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP).....	9
2.Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores(arts.187 y 188 CP).....	11
a) Determinación a la prostitución no autónoma y explotación de prostitución no autónoma.....	11
b) Delito relativo a la prostitución de menores.....	13
3.Delito contra los derechos de los trabajadores (art.311CP).....	13
4. Delito de detención ilegal. (art 163CP).....	14
5. Cuestiones concursales.....	15
6. Conclusiones.....	16

IV.-DICTAMEN SOBRE LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES EN LAS QUE HABRIAN INCURRIDO TATIANA, PIETRO Y ZULAIKA POR SU RELACIÓN CON LAS SUSTANCIAS ENCONTRADAS EN EL ARMARIO DE PLENILUNIO.....	18
--	----

1. Concepto de droga y bien jurídico protegido.....	18
2. Análisis farmacológico y legal de la ketamina y el “popper”.....	19
3. Delito de relativo a productos nocivos para la salud o sustancias químicas peligrosas.....	20
4.Delito de tráfico de drogas.....	20
5. Conclusiones.....	23

V. DICTAMEN SOBRE LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES EN LAS QUE HABRIAN INCURRIDO TATIANA, ALBERTO, SANTIAGO Y XAIME POR LA GESTIÓN DE LAS GANANCIAS PROVENIENTES DE PLENILUNIO.....	24
--	----

1. Delito fiscal (art.305CP).....	24
a) Plazos de prescripción penal y tributaria.....	25
b)Deber de la sociedad de tributar en territorio español.....	26
c) Posible responsabilidad civil.....	27
2. Delito de falsedad documental.....	28
3. Delito de blanqueo de capitales (art.301CP).....	28
a)El autoblanqueo.....	29
b)Importancia de la conducta de abogados y demás profesionales respecto de este delito..	29
4. Cuestiones concursales.....	29
5. Conclusiones.....	30

VI. DICTAMEN SOBRE LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES TRIBUTARIAS Y/O PENALES EN LAS QUE HABRÍA INCURRIDO LA SOCIEDAD NA&MA S-L POR LOS HECHOS NARRADOS EN EL SUPUESTO.....	31
---	----

1. Aplicación de agravantes por pertenencia a una organización

criminal.	34
VII. DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LA SOCIEDAD NA&MAS, S.L SEA CONSIDERADA UNA SOCIEDAD NULA DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA.....	36
VIII. DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LA SOCIEDAD NA&MA, S.L. REGISTRE COMO MARCA “PEQUEÑAS SUMISAS ARDIENTES” PARA LA CLASE 43.....	37
IX. DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE UN LOCAL COMPETIDOR DEDICADO A SIMILAR “GÉNERO DE COMERCIO”, PERO QUE CUMPLE PUNTUALMENTE CON SUS OBLIGACIONES FISCALES, EJERCITE ACCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL CONTRA NA&MA S.L.....	39
X. DICTAMEN DE LAS DIFERENTES CUESTIONES PROCESALES.....	41
1. Competencia jurisdiccional para conocer de la investigación y del posterior proceso.....	41
2. Detención en Rumanía de Romelia.....	43
3. Posibles medidas que se podrían tomar contra la sociedad antes de dictarse sentencia....	44
4. Posibilidad de intervenir las comunicaciones de la sociedad.....	45
5. Posibilidad de investigar los movimientos de la cuenta gibraltareña.....	46
6. Representación en juicio de la sociedad.....	47
XI. CONCLUSIONES.....	48
XII. BIBLIOGRAFÍA.....	51
XIII. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....	52
XIV. PÁGINAS WEB CONSULTADAS.....	53
XV. NORMATIVA CONSULTADA.....	54
XVI. ANEXOS.....	54

I.ABREVIATURAS

- Art., Artículo.**
- CE, Constitución Española.**
- CC, Código Civil.**
- CP, Código Penal.**
- LAJG, Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.**
- LGT, Ley General Tributaria.**
- LRM, Ley de Reconocimiento mutuo de resoluciones.**
- LSC, Ley de Sociedades de Capital.**
- SAN, Sentencia de la Audiencia Nacional.**
- STC, Sentencia del Tribunal Constitucional.**
- STS, Sentencia del Tribunal Supremo.**

II. INTRODUCCIÓN

A lo largo del presente trabajo trataremos las diferentes cuestiones jurídicas que se plantean en relación al supuesto de hecho siguiente:

En primer lugar según la comparecencia de María ante las autoridades policiales, conocemos que ésta fue informada en Rumanía por una amiga suya, Romelia de una oportunidad de trabajo en España como limpiadora de un restaurante propiedad de su tía, Tatiana.

Acepta dicho trabajo, viaja en autobús hasta la ciudad de A Coruña el billete había sido pagado por Romelia. En la estación de autobuses la esperaba Tatiana y ésta posteriormente la conduce hasta un club llamado Plenilunio, allí le informa de que debe ejercer la prostitución y que debía ponerse esa misma noche a trabajar, a fin de poder hacer frente a la deuda que había contraído.

Le indicó además el modo en que debía proceder así como que debería prestar sus servicios sin protección de preservativo, si algún cliente lo deseaba. Por otra parte también le informó de sus horario de trabajo (de 17:30 a 04:00) y que durante ese periodo de tiempo no podría salir de la sala del local, excepto cuando se tratase de dirigirse a las habitaciones con los clientes, debía pernoctar en el local y no podía abandonarlo sin la compañía de Pietro, camarero del local. También le comentó que la totalidad de las ganancias obtenidas con el primer servicio sexual de cada noche serían para los responsables del club y que las ganancias de los demás posibles servicios serían repartidos por mitades entre el club y la otra mitad para María. Durante cuatro años actuó cumpliendo las condiciones impuestas por Tatiana y a las que debería someterse. María indicó también que la cuantía de las copas a las que los clientes invitaban a las chicas era abonada a Pietro y que los servicios sexuales eran abonados por los clientes a la recepcionista, Zulaika, que guardaba el dinero en depósito para entregárselo a Tatiana al final de cada noche.

Tan sólo en una ocasión María realizó más de un servicio, pero contraviniendo las condiciones a las que estaba sometida, no le entregó a Tatiana la mitad de las ganancias, como le había impuesto aquella.

El 13 de mayo de 2014, María pidió dinero a Tatiana para poder comprar lencería que había sido solicitada por un cliente, Tatiana le ordenó que debería ir acompañada por Pietro. Así hizo, Pietro la acompañó a la tienda de lencería y éste le comentó que tenía que hacer unos recados y que regresaría en media hora, en este intervalo de tiempo, María contempló la posibilidad de poner en conocimiento de la policía su situación y así procedió.

Posteriormente las fuerzas policiales se dirigen hacia el club, procediendo a la detención de Tatiana, Zulaika y Pietro y comprueban que se encuentran en el local siete mujeres más entre ellas una joven de 17 años de edad llamada Nicoara. Tatiana, Zulaika y Pietro, declaran que desconocían su minoría de edad, aunque Zulaika guardaba los pasaportes de todas mujeres, y entre ellos el de la menor.

Se encuentra en la oficina que Tatiana utilizaba de recepción, un registro de la entrada de las mujeres al local, mediante el que se comprueba que todas han llegado de Rumanía entre 2012 y 2014, salvo María que llegó el día 29 de marzo de 2010.

Tatiana sostuvo que las mujeres venían a España con pleno conocimiento de que iban a ejercer la prostitución y que al llegar deberían abonar el coste del viaje que estaba financiado por la sociedad Na&Ma S.L que llevaba la gestión del local, indicó además que ella simplemente actuaba siguiendo las instrucciones de sus jefes, los socios Alberto M. y Santiago N, en análogos términos comentaron Pietro y Zulaika que sus funciones eran correlativamente, ejercer las funciones de camarero y

Zulaika de recepcionista y que se limitaba a controlar la entrada de hombres al local y retener en depósito el dinero que éstos le entregaban como contraprestación por los servicios sexuales prestados por las mujeres.

La policía observó que las ventanas de las habitaciones de las mujeres tenían rejas, sin embargo, Tatiana sostuvo que el motivo por el que había tales rejas estaba totalmente justificado por miedo a un posible robo en el local. Además afirmó que las mujeres podían salir del local fuera de su horario laboral y que debían ir acompañadas por Pietro "por su propia seguridad", ya que no se defendían en el castellano.

La policía también descubre un armario situado debajo de la barra del bar, procediendo Pietro a abrirlo al ser éste el poseedor de la llave, comprueban que en su interior se hallan 17 frasquitos etiquetados bajo nombre "Orgasmus" y "Liquid Gold", son *poppers* que según declaraciones de Pietro, eran adquiridos por éste a una tienda online polaca, para vendérsela a los clientes que lo soliciten. Analizado con posterioridad, se determina que se trata de nitrito de amilo. Además encuentran en dicho armario una bolsa que contenía pastillas que suman un total de 7 gramos de una sustancia que, posteriormente analizada, resulta ser hidrocloreto de ketamina. Pietro, al ser preguntado por las pastillas, explicó que un cliente que no tenía dinero suficiente para sufragar un servicio sexual entregó como pago en especie dichas pastillas y que, en ocasiones, algunas de las chicas (si así se lo piden, pues él es el único que tiene llave del armario) y él mismo las consumen en el local. También comentó que en una ocasión vendió una de esas pastillas a un cliente.

El local Plenilunio era propiedad de la mercantil Na&Ma S.L, cuyo domicilio social se sitúa en C/Real, 21, (A Coruña) se constituyó como sociedad limitada con fecha 1 de febrero de 2008 y se inscribió en el Registro Mercantil de dicha ciudad con fecha 3 de febrero del mismo año.

Tiene como socios desde su fundación a Santiago N titular del 51% de las participaciones en que se divide el capital social y Alberto M., titular del 49% de las participaciones. En los estatutos de dicha sociedad se indica que su objeto social consiste en la "gestión de locales de ocio", siendo de su propiedad dos establecimientos abiertos al público, el ya señalado Plenilunio y un restaurante llamado Luna del Principito.

Gran parte de las ganancias obtenidas del negocio desarrollado en Plenilunio no se declaraba a la Hacienda Pública sino que Tatiana las entregaba cada mes en metálico a los socios de la sociedad Na&Ma S.L en la sede de la misma, y a cambio recibía una contraprestación del 10% de las cantidades. Otra parte relevante de las ganancias eran facturadas falsamente, en concepto de comidas en el mencionado restaurante "Luna del Principito". En caso de que las ganancias se hubiesen satisfecho a la Hacienda Pública a través del impuesto correspondiente en este caso, mediante el Impuesto sobre Sociedades, las siguientes cuotas tributarias, que se deberían declarar son las siguientes:

Ejercicio 2009: 156.000 euros, ejercicio 2010: 161.000 euros, ejercicio 2011: 170.000 euros, ejercicio 2012: 125.000 euros, ejercicio 2013: 119.000 euros

Dichas sumas, han sido objeto de depósito en una cuenta bancaria gibraltareña abierta el 1 de febrero de 2008, la idea de desviar los fondos a Gibraltar fue de Xaime P, abogado de la sociedad aconsejando esta operación dada la opacidad de las cuentas gibraltareñas y los obstáculos que supondría a la policía proceder a su investigación.

Las preguntas objeto de resolución jurídica son las siguientes:

De carácter penal:

-La posible responsabilidad penal en la que habrían incurrido Romelia, Tatiana, Pietro, Zulaika, Alberto y Santiago por los hechos relacionados con el ejercicio de la prostitución por parte de las ocho mujeres rumanas.

-Las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Tatiana, Pietro y Zulaika por su

relación con las sustancias encontradas en el armario de Plenilunio.

- Las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Tatiana, Alberto, Santiago y Xaime por la gestión de las ganancias provenientes de Plenilunio.

-Las posibles responsabilidades tributarias y/o penales en las que habría incurrido la sociedad Na&Ma S. L. por los hechos narrados en el supuesto.

De índole mercantil:

-La posibilidad de que la sociedad Na&Ma, S. L. sea considerada una sociedad nula de conformidad con la legislación societaria.

-La posibilidad de que la sociedad Na&Ma, S. L. registre como marca “Pequeñas Sumisas Ardientes” para la clase 43.

-La posibilidad de que un local competidor dedicado a similar “género de comercio”, pero que cumple puntualmente con sus obligaciones fiscales, ejercite acciones de competencia desleal contra Na&Ma, S. L.

De carácter procesal:

-¿Qué órgano jurisdiccional sería el encargado de la investigación? ¿y del posterior proceso? ¿Cómo podría solicitarse la detención en Rumanía de Romelia? ¿Podrían tomarse medidas contra la sociedad antes de dictarse sentencia? ¿Es posible que estén intervenidas las comunicaciones de la sociedad? ¿Podrían investigarse los movimientos de la cuenta gibraltareña?¿Cómo se debería articular la representación en juicio de la sociedad?

Como vemos tras la lectura de dichas cuestiones, adelantamos que se aplicarán normas, doctrina y jurisprudencia de muy diferentes ramas del Derecho. Tanto penal en relación con su parte especial y general, concretando los diferentes hechos ilícitos cometidos, así como el grado de participación y ejecución de los mismos. Nos centraremos también en la figura de las organizaciones, grupos criminales y asociaciones ilícitas y en las diferencias existentes entre trata, tráfico ilegal de inmigrantes, etc. Todo ello con la finalidad de crear un todo unificado que permita comprender el porqué de nuestras conclusiones.

Además también trataremos cuestiones mercantiles especialmente relativas al derecho de sociedades, derecho de defensa de la competencia y de marcas, todos ellos ámbitos de gran trascendencia práctica.

Finalmente y al intentar dar respuesta a las cuestiones procesales, tendremos en cuenta la diferente normativa de Derecho Procesal, al investigar sobre cuál es el tribunal competente para realizar las primeras diligencias así como el tribunal competente para el enjuiciamiento y fallo del posterior proceso, sin olvidar que varias cuestiones se refieren directamente a la participación en el procedimiento de un persona jurídica y por tanto también se comentaran las posibles medidas que se puedan adoptar sobre esta antes de dictar sentencia.

Otra cuestión de importancia es la relativa a la posibilidad de investigar las cuentas tributarias, para dar con la solución, tendremos que adentrarnos en el mundo del derecho comunitario, que a través de diferentes directivas pretende poner freno al fraude y evasión fiscal.

Además de los fundamentos jurídicos que sirvan de base a nuestras conclusiones, adjuntaremos, como anexos, una serie de documentos que faciliten la investigación, el estudio y la decisión concluyente del supuesto. De modo que a continuación procederemos a tratar los diferentes dictámenes objeto de resolución, siempre desde un punto de vista jurídico.

III.DICTAMEN ACERCA DE LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES EN LAS QUE HABRÍAN INCURRIDO ROMELIA, TATIANA, PIETRO, ZULAIKA, ALBERTO Y SANTIAGO POR LOS HECHOS RELACIONADOS CON EL EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN POR PARTE DE LAS OCHO MUJERES RUMANAS.

A la vista de los hechos vemos como Romelia amiga de María la **capta engañándola** al prometerle

un trabajo de limpiadora en España en un restaurante propiedad de su tía, Tatiana. Al llegar España Tatiana **la recibe, la acoge, aloja**, todo ello con la finalidad de **explotarla sexualmente**, estos verbos resaltados, constituyen, como será objeto de explicación, los medios comisivos del delito tipificado en el Código Penal como trata de seres humanos, regulado en el art. 177bis, sin embargo no podemos aplicar respecto de María, este delito, tal como será explicado, a continuación.

En los hechos se indica que se encontró en la oficina que utilizaba Tatiana, una especie de libro registrando la entrada de las mujeres al local, constanding que todas ellas, a excepción de María (cuya fecha de entrada es, efectivamente, marzo de 2010), han llegado de Rumanía entre 2012 y 2014. Por tanto **no podemos aplicar** el art. 177bis, en el que se tipifica **la trata de seres humanos** puesto que entro vigor en diciembre de 2010 con la reforma introducida por la LO 5/2010, respetando el principio de irretroactividad de las normas penales que crean o agravan la responsabilidad penal, respecto de la conducta que han realizado. Lo que nos lleva a pensar que tal vez pueda aplicarse el art. 318bisCP¹, que fue introducido por la LO 4/2000, de 11 de enero, en el Título XV bis, que posteriormente sería modificado por la LO 13/2007 y más tarde por la LO 5/2010. Por tanto dado que como ya comentamos María llega a España en marzo de 2010, y la reforma realizada por la LO 5/2010 no entró en vigor hasta diciembre de ese mismo año, deberíamos aplicar el art. 318 bis conforme a la redacción dada por la LO 13/2007.

Sin embargo, **no podemos aplicar** dicho artículo respecto de ciudadanos de la Unión Europea, María es rumana y Rumanía se adhirió a la UE el 1 de enero de 2007 y ella fue captada y trasladada a España en 2010. Recordemos el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 mayo de 2007 que establece que “Las conductas que favorezcan o promuevan la entrada de ciudadanos rumanos en España, incluso para el ejercicio de la prostitución, no son sancionables al amparo del **art. 318 bis** del Código Penal²”.

De acuerdo con lo señalado en la STS 605/2007 de 26 de junio de 2007 “el art. 318. bis CP tipifica conductas que implican un quebrantamiento de la normativa administrativa de entrada de personas en territorio español, por tanto es imprescindible que tal normativa exista y que la entrada en territorio nacional esté limitada, esto último no ocurre respecto de ciudadanos comunitarios las conductas que faciliten su entrada no serán entonces constitutivas del delito tipificado en el art. 318 bis CP”.

Sin embargo sí cabe aplicar el art. 177bis CP respecto de los delitos frente a las demás mujeres ya que estas llegan a España entre 2012 y 2014, fechas en las que ya está en vigor la LO 5/2010.

Por tanto ahora procederemos a deslindar en primer lugar, el delito que sería aplicable respecto de las demás mujeres, es decir, la trata de seres humanos y posteriormente el delito cometido en relación con María.

Debemos explicar que el tráfico ilegal de inmigrantes termina con la llegada de los traficados a su destino mientras que el objetivo de la trata de seres humanos es el trabajo forzado posterior para obtener beneficios económicos. El tráfico ilegal es siempre transnacional, desde un país a otro, implica el cruce de fronteras mientras que la trata se puede producir en distintas zonas de un mismo

¹ Según la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, “los tipos del art.318bisabarcan dos modalidades de conductas de muy distinta gravedad: eldenominado “tráfico ilícito de emigrantes” y la “trata de personas”.

El art. 318.1 bis de acuerdo con la LO 5/2010, dispone lo siguiente:

1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

² Es ejemplificante la STS de 10 abril de 2014, sección 1ª, rec nº:10684/2013 ”Y decimos que los hechos declarados probados no encajan en el delito que ha sido objeto de acusación por cuanto que -sin necesidad de examinar si concurren o no en este caso los elementos de dicho tipo penal-, resulta que al tiempo de suceder, no existía el art. 177 bis, introducido como artículo único del novedoso Título VII bis mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el día 22 de diciembre de 2010. Evidentes razones de legalidad penal (art. 1.1 CP) impiden castigar acciones u omisiones que no estaban previstas como delito por ley anterior a su perpetración. Tampoco es aplicable el art. 318 bis - que sí existía antes de entrar en vigor aquél precepto”, “(por todas, SSTS 29-V-2007, 26-VI-2007 y 14-II-2008).”.

país o puede producirse dentro de la UE, de unos países a otros sin que medien fronteras. Sin embargo, en la práctica la distinción se torna un tanto más difusa.

1. Delito de trata de seres humanos (art. 177bis CP).

El bien jurídico que protege este delito es la libertad y la dignidad de las personas, es por tanto un violación grave de los derechos humanos.

Se encuentra tipificado en el Título VII bis del CP, concretamente en el art. 177bis y en el apartado primero de dicho artículo³.

La conducta típica está comprendida por una serie de elementos objetivos y subjetivos:

Objetivos: captación, transporte o recepción de la persona. El desplazamiento nacional o transnacional. La violencia, intimidación, engaño o abuso.

Subjetivos: el dolo y la finalidad de explotación.

Es necesario que el autor del delito tenga intención de explotar a la persona, pero no es necesario que la explotación llegue a producirse a efectos de consumación del tipo penal. En el caso que nos ocupa, nos interesa la explotación sexual, art. 177 bis. 1 b), que engloba modos de explotación de la víctima de naturaleza sexual sin ser necesario que lleven aparejado el ejercicio de prostitución, incluyendo así supuestos que impliquen servidumbre sexual por parte de la víctima (venta de esposas o novias y matrimonios forzados, elaboración de productos pornográficos, esclavas sexuales en conflictos armados) y no siendo necesario que de la explotación se obtengan ganancias, bastando con que suponga un beneficio incluso personal al explotador.

A continuación vamos a proceder a analizar si la actuación de Romelia, Tatiana, Pietro, Zulaika, Alberto y Santiago, se identifica con la conducta típica del delito de trata de seres humanos.

Respecto de **Romelia** considero que incurre en el delito del 177bisCP, en grado de autoría, si se encargase de la **captación** mediante **engaño** de las mujeres todas ellas de nacionalidad rumanana, prometiéndoles al igual que a María un empleo que realmente no sería el que efectivamente desempeñasen al llegar a España.⁴

La conducta de **Tatiana** también puede subsumirse en el **mismo delito** en grado de autoría al **recibir, acoger, alojar** en el local Plenilunio a cada una de las mujeres, con la **finalidad** de someterlas a la situación de **explotación sexual** concretamente la prostitución coactiva. A la vez que abusa de la situación de **vulnerabilidad** de las víctimas debiendo estas además desprenderse de su pasaporte, todo esto nada más llegar a un país extranjero como resultaba para ellas, España, y

³ De acuerdo con el art.177.1bisCP “Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.

b) La explotación sexual, incluida la pornografía.

c) La extracción de sus órganos corporales.”

⁴ Debemos explicar que para la aplicación de la ley penal en el espacio rige como regla el principio de territorialidad de la ley penal, se aplica a los hechos cometidos en el territorio del Estado, sean nacionales o extranjeros los sujetos participantes, sin embargo el dilema nos lo encontramos cuando existe una separación geográfica entre el comienzo de la ejecución que se produce en el territorio de un país, en este caso Rumanía y su consumación tiene lugar en el territorio de otro Estado, en este caso, España, hay tres teorías relativas a esta cuestión:

La teoría de la actividad o de la acción sostiene como lugar de realización del delito el lugar donde se realiza la acción

La teoría del resultado, el lugar donde se produce el resultado.

La teoría de la ubicuidad que considera cometido el delito tanto en el territorio donde se realiza la acción como en el que se produce el resultado.

Nos parece más adecuada la tercera teoría, en defecto de regulación expresa, debido a que los actos y el resultado del delito ambos, afectan al ejercicio de la potestad punitiva a fin de velar por la seguridad jurídica en todo el Estado.

seguramente, al igual que hizo con María, advirtiéndoles de que desde ese mismo día debían ejercer la prostitución a fin de saldar la deuda que había contraído. Apreciamos así que las mujeres no tuvieron una alternativa real diferente de someterse a dicha situación abusiva⁵. Según el informe explicativo del Convenio de Varsovia, la vulnerabilidad puede ser: física, psicológica, emocional, familiar, social o económica.

Por tanto dicha conducta es susceptible de subsumirse en el delito de trata de seres humanos, en grado de participación de autoría y en grado de ejecución de consumación. Actuó dolosamente ya que conocía y quería la realización tanto de los elementos objetivos como subjetivos integrantes de la conducta típica.

En tercer lugar, **Pietro** es camarero del local, pero además, desempeña funciones de vigilancia de las prostitutas. Conoce la situación en la que se encuentran si bien no consideramos que haya participado en el delito de trata de seres humanos ya que este no realizó ninguna de las conductas de comisión de tal delito, recordemos que éstas son: trasladar, transportar, recibir, acoger, alojar, por lo que en cierta medida estimamos que su conducta es la de **encubrir** el delito, al encajar perfectamente en el art. 451CP⁶, auxilia con sus actos de vigilancia a que Tatiana, Alberto y Santiago se beneficien del delito de trata de seres humanos cometido por estos.

Respecto a **Zulaika**, era la recepcionista del local, controlaba la entrada y salida de hombres al mismo y depositaba el dinero por los servicios sexuales prestados por las mujeres. Consideramos que no ha participado tampoco en el delito de trata de seres humanos por lo que se desprende de los hechos y de las investigaciones de las autoridades policiales, al igual que sucede con Pietro consideramos que su conducta encaja en la del **delito de encubrimiento**.

Finalmente, respecto a **Santiago y Alberto**, que eran los socios de la sociedad Na&Ma S.L, propietaria del local Plenilunio, y a la vez según declaraciones de Tatiana, se encargan de la financiación del viaje de María, esto supone un indicio de que también han abonado los gastos de viaje de las demás mujeres, además son los responsables de todas las actuaciones de los sujetos hasta ahora señalados, ya que actuaba bajo sus órdenes. Por todo ello si entendemos que si son veraces tales declaraciones, han incurrido en el **delito de trata de seres humanos** del citado art. 177 bisCP y su apartado seis. Además constituye un claro indicio el hecho de que no declaran las cuantías que Tatiana les entregaba y que depositan en una cuenta bancaria en Gibraltar con la finalidad de obstaculizar las actuaciones de investigación por parte de las autoridades españolas.

Con relación al descubrimiento de la **menor de edad**, Nicoara de 17 años⁷, por la policía, entre las siete mujeres de nacionalidad rumana. Tanto Tatiana, como Zulaika y Pietro declararon que desconocían la minoría de edad de la joven, aunque Zulaika retenía los pasaportes de las mujeres en la oficina que servía de recepción. En este caso, los presuntos autores del delito de trata de seres humanos, no es necesario que hayan perpetuado la conducta típica mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o abuso, ya que aunque no recurran a tales medios al ser la víctima menor de edad carece de capacidad para prestar el consentimiento que hubiese podido prestar, se entiende que éste se encuentra viciado y por tanto carece de validez. Se aplica la agravante del apartado 4 b, del art. 177 bis CP, en función de la corta edad de la víctima, descartamos la aplicación de dicha

⁵ En la Decisión Marco 2002/629/JAI, en el apartado 1 del art.1 letra c) se equipara la situación de vulnerabilidad con la situación en la que la víctima no tenga un alternativa real y aceptable de someterse al abuso, al señalar que "1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de los actos siguientes: la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella, cuando: o c) haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso ...".

⁶ De acuerdo con lo dispuesto en el art. 451.1CP "Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1.º Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio."

⁷ Análogamente en el Protocolo de Palermo se establece un tipo alternativo par el supuesto de que la trata recaiga obre un menor de edad, entendiendo por tal toda persona menor de 18 años, según su art.3 letra d) "Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años."

agravación ya que Nicoara como ya indicamos antes tiene 17 años por tanto no posee la corta edad que se indica en el mencionado apartado 4 letra b) del art. 177 bis CP ya que tan solo en un año será adulta.

Cabe comentar que se aplicará la agravante prevista en el apartado 6 del art. 177bis, relativa a la pertenencia a una organización criminal a cada uno de los sujetos a los que acabamos de atribuir responsabilidad respecto del delito de trata de seres humanos.

En relación con el delito de trata de seres humanos, art. 177.bis si tenemos en cuenta la reforma introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que entrará en vigor en julio de 2015 vemos como prevé un tipo penal más amplio al incluir entre fines de la trata la explotación para realizar actividades delictivas así como para realizar matrimonios forzados además de que se procede a definir cuando nos encontramos ante una situación de vulnerabilidad entendiendo por esta cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso, la cual venía siendo delimitada por la jurisprudencia. También apreciamos una ampliación respecto al apartado 4 del art. 177bis al indicar como agravante el hecho de que se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito y dejando atrás como agravante si se pone en grave peligro a la víctima, por tanto vemos como se concreta más.

2. Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores. (arts.187 y 188 CP)

a) Determinación a la prostitución no autónoma y explotación de prostitución no autónoma

Este delito sí puede tanto a María como a las demás mujeres que se encontraron en el local, entendemos que es un delito que se siguió produciendo hasta mayo de 2014 fecha en la que María denuncia los hechos, y por ello debemos aplicar la legislación actual.

A través de los art. 187 y 188.3 CP dedicados a la prostitución de menores e incapaces se pretende proteger la libertad sexual e indemnidad.

Y mediante el artículo 188⁸CP en el que se tipifica el delito de prostitución de adultos se protege la libertad sexual de éstos frente a una agresión de estado de prostitución no autónoma.

En primer lugar, respecto a **Romelia** entendemos que su conducta es subsumible en este delito en grado de **cooperadora necesaria** ya que sus actos son de importancia esencial a fin de que se cometa el delito, recordemos que es quien engaña a María acerca de un puesto de trabajo en España como limpiadora cuando la realidad es que va a tener que someterse una situación de prostitución coactiva, realiza por tanto, la conducta del inciso primero del art. 188.1CP.

Con relación a **Tatiana**, consideramos que es **autora** del delito tipificado en el art.188.1CP puesto que en primer lugar, **determina** a María, es decir, crea en ella la voluntad de ejercer la prostitución abusando de la **situación de vulnerabilidad** de María, le advierte de que debe ejercer la prostitución inmediatamente, para abonar la deuda que había contraído, le retiene su pasaporte, la situación de vulnerabilidad se aprecia no solo por el hecho de que se le priva de su documentación sino también porque carece de medios económicos y se encuentra en un país extranjero. También entendemos que Tatiana ha incurrido en la conducta del inciso segundo del art.188.1 es decir **explotar la prostitución no autónoma** no por el simple hecho de que disfrute de los ingresos de la prostitución si no porque detrae una cuantía totalmente desproporcionada de los ingresos de la persona prostituida, recordemos que las ganancias obtenidas de cada uno de los servicios sexuales serán fuente de lucro de Tatiana, al ser la totalidad de lo recibido por el primer servicio de la noche

⁸El artículo 188.1CP, establece lo siguiente: “El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.”.

para los responsables del club y las demás cantidades obtenidas por el resto de servicios, se repartirán por mitades, sin que María llegue a desarrollar más de un servicio en un noche, salvo en un ocasión.

Además le comenta que debe prestar los servicios sin la protección de un preservativo si así se lo demanda algún cliente, lo que supone un gran riesgo de contraer enfermedades de transmisión sexual (ETS). Cabe la aplicación de la **agravación del apartado 4 del art. 188**, letra c), que dispone que “Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.”

Con respecto a **Pietro** entendemos siguiendo la STS de 7 de mayo de 2003 sala 2ª, sección única. Rec nº:434/2002, explicativa de la doctrina de los medios escasos, ya aplicada en sentencias como las del TS de 26 de febrero de 1993, sala 2ª, rec nº: 4805/1989 y 27 enero 1998, sala 2ª, rec nº: 118/1997, puede entenderse que es **cómplice del delito tipificado en el art. 188.1 CP** abusando de las situación de necesidad y vulnerabilidad de María que se mantenga en el ejercicio de la prostitución, ya que si Pietro se hubiese negado a ejercer la labor de vigilancia no habría sido difícil encontrar a otro que lo sustituyese, es decir, Pietro en sí mismo, no constituye un bien o medio escaso ni irremplazable, ya que es fácilmente reemplazable y la conducta que realizó pudo llevarse a cabo por una persona distinta⁹.

En relación con la conducta de **Zulaika**, ella sabe que el dinero que guarda procede de los servicios sexuales ejercidos por las chicas. Por tanto colabora en la consecución del delito de explotación sexual puesto que deposita el dinero que permite a Tatiana lucrarse a costa de la prostitución ajena al igual que en el caso de Pietro debemos entender que su conducta no es irremplazable ni constituye un bien escaso, lo que nos conduce a entender que el **grado de participación** es el **cómplice y no como cooperador necesario** del delito tipificado en el art.188.1CP

Respecto de la conducta de **Santiago y Alberto**, podemos contemplar las siguientes opciones:

a) Que tal como declararon Tatiana, Pietro y Zulaika, Alberto y Santiago eran los “artífices de todos sus actos” y reciben la mayoría del dinero procedente de los servicios sexuales ejercidos por las chicas. En este caso incurrirían en delitos relativos a la prostitución.

b) Sin embargo, también podría valorarse que en realidad ellos desconocían la procedencia ilícita de este dinero. Y que permanecían al margen de las actuaciones de Tatiana, Pietro, Zulaika y Romelia.

Para poder decantarnos por una u otra opción es necesario esperar el curso de las investigaciones. Si bien son indicios el hecho de que conocen la procedencia ilícita del dinero y que son los organizadores de las actuaciones de, al menos, Tatiana, Pietro y Zulaika, pues como indicó anteriormente ocultan los ingresos de la sociedad en cuentas gibraltareñas y no lo declaran a la Hacienda Pública.

⁹ Vid. también la STS de 26 de octubre, sala 2ª, rec nº:208/1994, “Una reiterada doctrina jurisprudencial, ha señalado que la distinción entre el cómplice y el cooperador necesario radica en la necesidad o no de la cooperación, conjugando diversos criterios, tales como el de la teoría de la conditio sine qua non, la del dominio del hecho, o la del carácter de las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios, es decir, será cooperador necesario aquel que contribuya al hecho con una actividad difícil de conseguir esto es, escasa. Por el contrario, si se trata de una aportación fácilmente reemplazable, la cooperación no será necesaria. Toda actividad, pues, claramente criminal, que por serlo el ciudadano corriente no está dispuesta a llevarla a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria, si además es causal para el resultado y supone un obstáculo serio para la comisión del delito”.

Respecto de las **7 mujeres que se encontraron en el local Plenilunio**, que estaban siendo explotadas sexualmente mediante el ejercicio de prostitución coactiva, por tanto todos los sujetos a los que les atribuimos responsabilidad mediante la aplicación e interpretación del delito tipificado en el art. 188.1CP incurrir en **tantos delitos como mujeres prostituidas**. Produciéndose un concurso real por tanto, entre los 8 delitos de determinación a la prostitución no autónoma y explotación de la misma.

Cabe destacar que se agravará la pena de cada uno de los sujetos los que les atribuimos responsabilidad por el delito de prostitución coactiva mediante la aplicación de la agravante del art. 188.4 letrab) por la pertenencia a una organización criminal.

b) Delito relativo a la prostitución de menores

Se encuentra tipificado en el art. 187 CP. La conducta consiste en inducir, promover, favorecer o facilitar y solicitar, aceptar, obtener una relación sexual a cambio de un precio o promesa. Se admite el dolo eventual, es decir, no preocuparse por la edad del sujeto.

El consentimiento es irrelevante, lo relevante es que se cause un estado de prostitución, en el que se produzca una destrucción sistemática de la sexualidad inmadura. Si la creencia de que el sujeto era mayor de edad es razonable se aplicaría el art.14CP, en el que se prevé el error de tipo. Respecto a esto último Zulaika, Pietro y Tatiana declararon que desconocían su minoría de edad aunque difícilmente podemos sostener la veracidad de tales manifestaciones sabiendo que habían retenido los pasaportes de cada una de las mujeres y Zulaika los guardaba en su oficina. También debemos comentar que para la persecución de este delito basta denuncia por el Ministerio Fiscal.

El art. 188.2 prevé la imposición de una pena mayor para el caso de que la conducta descrita en el 188.1 se realice sobre una persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, es decir empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

3. Delito contra los derechos de los trabajadores (art.311CP)

Consideramos que la conducta de **Tatiana** encaja con la tipificada en el artículo 311.1ºCP¹⁰, ya que **abusando de la situación de necesidad** de María impuso a esta **condiciones laborales que suprimen** los derechos que tiene reconocidos por **disposiciones legales**. **El abuso de la situación de necesidad** viene dada no por la simple razón de la necesidad de buscar un trabajo si no por la situación en la que esta se encontraba, al llegar a España esperándose un trabajo de limpiadora y se encuentra con que el trabajo que debe desempeñar es el de la prostitución. En este caso se le imponen unas condiciones totalmente restrictivas puesto que no percibirá nada por el primer servicio que preste cada día y al imponérsele la obligación de que en caso de realizar más de un servicio tan solo se le retribuirá con la mitad de las ganancias, sin olvidar que María durante los cinco años en los que se ha sometido a estas circunstancias, no presto más que en una ocasión un segundo servicio por día por tanto no llegó a percibir ningún tipo de contraprestación salvo ese día. Apercibiéndole de una deuda por el viaje desde Rumanía que debe ir abonando con las cantidades que reciba.

Debemos emplear el concurso de delitos y no de normas ya que los bienes jurídicos protegidos son diferentes descartamos que un delito haya sido medio para cometer el otro, no existe una relación de instrumentalidad, entre el delito de prostitución coactiva y el de imposición de condiciones

¹⁰El mencionado artículo señala “serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses:

1.º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual (...)”

laborales irregulares.

Se exige que las condiciones impuestas sean especialmente gravosas y perjudiciales de manera que evidencien una situación de verdadera explotación y falta de respeto de la dignidad del trabajador, situación que siempre se dará cuando el trabajo sea forzado o coactivamente impuesto, como sucede en nuestro caso¹¹.

4. Delito de detención ilegal (art. 163CP)

El tipo básico de este delito se encuentra en el art. 163 CP¹² situado en el título VI sobre los Delitos contra la libertad.

El bien jurídico protegido es la libertad ambulatoria, la capacidad del ser humano de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico.

Se prevén dos modos de acción: encerrar y detener. Encerrar supone situar a una persona en un lugar no abierto ya sea mueble o inmueble, por el contrario, detener consiste en privar a una persona de la facultad de alejarse en un espacio abierto, por ejemplo atándola o golpeándola.

Se consuma el delito en el momento de privación de libertad sin embargo es preciso una mínima continuidad temporal para que exista detención a efectos del tipo penal. Se trata de un delito de efectos permanentes, durará mientras subsista la privación de libertad.

Considero que **Tatiana** incurre en el delito de detención ilegal en grado de participación de **autoría y tanto Pietro como Zulaika** en calidad de **cooperadores necesarios**.

Sostengo este razonamiento respecto de **Tatiana** puesto que es quién a la vista de los hechos idea el encierro de las mujeres y al ser ésta quién le informa a María de la prohibición de salir del local sin estar acompañada por Pietro y debiendo desposeerse de su pasaporte que se guardará en la oficina que sirve de recepción a Zulaika. Teniendo en cuenta además de que Tatiana es quién regenta el local estando Pietro y Zulaika sujetos a sus órdenes. Respecto de **Pietro** considero que es cooperador necesario ya que con sus actos de vigilancia su contribución es de importancia esencial para la realización del delito.

Respecto de **Zulaika**, también considero que es cooperadora necesaria ya que como recepcionista controla la entrada y salida y que esto unido a que retiene en la habitación que emplea como oficina los pasaportes de las mujeres dificulta la posibilidad de que estas salgan del local sin estar acompañadas por Pietro. Tal necesidad debe analizarse respecto a la posibilidad de realizar el hecho delictivo, desde una perspectiva “ex ante” del hecho, ambos han desempeñado una función imprescindible, que posibilitó que Tatiana realizase el hecho.

Realizan la conducta típica prevista en el art.163.1CP puesto que en primer lugar las mujeres explotadas sexualmente no pueden salir por si mismas del local Plenilunio, sino que sí quieren salir Pietro debe acompañarlas, éste ejerce funciones de vigilancia. Por otra parte se les retiran los pasaportes lo que dificulta que las mujeres puedan plantear diferentes vías como por ejemplo sería la de fugarse del local y encontrar un trabajo en España, ya que para poder entrar en España al ser todas ciudadanas europeas precisan DNI o pasaporte con o sin visado dependiendo de si se ha firmado o no acuerdo de supresión de visado, por lo tanto si no lo poseen estarían en situación irregular. Además, se encontraron por la policía rejas en cada una de las ventanas de las

¹¹ De acuerdo con la Circular 5/2012, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración

¹²

Artículo 163.1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.4. El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

habitaciones del local lo que también obstaculiza la posibilidad de fuga de las mujeres. No solo incurren en la conducta del tipo básico sino que también en la del tipo agravado del art. 163.3CP al durar la **detención ilegal más de tres días**, recordemos que María llega al local Plenilunio el día 29 de marzo de 2010 y el 13 de mayo de 2014 finaliza la situación de detención ilegal al lograr escapar de Pietro y acudir a las dependencias policiales. Por otra parte debe aplicarse la agravación contemplada en el art.165 CP, ya que entre las mujeres descubiertas por la policía se encontró una **menor** de 17 años.

5. Cuestiones concursales

En este apartado analizaremos los diferentes concursos entre los delitos explicados hasta el momento.

- Concurso medial entre el delito de trata de seres humanos y el delito relativo a la prostitución.

El propio art. 177 bisCP en su apartado 9 dispone que “En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.” Por tanto se produce un **concurso medial** de delitos, entre el delito de trata de seres humanos y el delito relativo a la prostitución coactiva en sus dos modalidades: determinar a la víctima a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella así como lucrarse de la prostitución ajena. No se produce una doble acusación en la calificación de los hechos como delito de trata de seres humanos, art. 177bis CP y el delito de relativo a la prostitución. En el presente caso dichos tipos penales se relacionan a través de la figura del concurso medial de delitos. Cuando la explotación sexual se ha consumado, entendemos que aunque esta sea un elemento esencial en el art. 177bis CP, la sanción derivada de la comisión de este delito no absorbe la gravedad del hecho. Las conductas de trata de seres humanos son preparatorias de la comisión del delito de explotación sexual, se trata de conductas que pueden calificarse de instrumentos o medios para cometer un fin, el cual es la explotación sexual, en el presente caso.¹³

- Concurso medial entre el delito relativo a la prostitución y el delito de detención ilegal

La jurisprudencia¹⁴ establece que a pesar de que la determinación al ejercicio de la prostitución mediante violencia o intimidación, o incluso aprovechando una situación de superioridad del autor o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, implica ya de por sí restricción de la libertad ambulatoria ya que la persona que se ve determinada a actuar de esa forma no puede abandonar el

¹³De acuerdo con jurisprudencia asentada del TS, a través de la sentencia de 15 diciembre de 2014, sala 2ª, rec n.º: 10313/2014 “Lo mismo cabe decir respecto de la relación entre los tipos penales definidos en el artículo 177.1 bis y 188.1 del Código Penal, si bien en este caso la relación entre ambos tipos penales es la de concurso medial de delitos del artículo 77.1 del mismo texto legal. Con nueva cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de cuatro de febrero de 2014, “aun cuando la finalidad de explotación sexual constituye un elemento del tipo del art 177 bis, la sanción por este delito no absorbe toda la gravedad de la conducta realizada, cuando dicha explotación se llega a consumir”. La trata de seres humanos con fines de explotación sexual se tipifica de acuerdo con su naturaleza comisiva como una actividad preparatoria de la explotación posterior, que cuando se produce, constituye en cierto modo, un agotamiento de la conducta de trata, por lo que la relación entre ambos tipos penales es la de un delito instrumento y un delito fin.”

¹⁴Es ejemplificante la STS de 20 de diciembre de 2007, sala 2ª, Rec n.º:11026/2006 “Si bien en general ha de estimarse que en el campo de la prostitución coactiva existen manifestaciones menores de la restricción ambulatoria directamente relacionadas con el comportamiento de la prostitución, que debe ser absorbida por el delito de prostitución --STS 1397/2001 de 11 de julio y 2205/2002 de 30 de Enero de 2003 --, es lo cierto que en el examen individualizado, caso a caso, que es la esencia de toda actividad de enjuiciamiento, pueden encontrarse supuestos en los que sea apreciable un mayor grado de restricción ambulatoria cualitativamente más intensa que supera y excede al derivado de la prostitución coactiva. En tal caso, ha de estarse por la existencia de un delito de detención ilegal, autónomo. En relación al delito de prostitución, tal autonomía puede existir en casos en los que las personas que explotan la prostitución ajena tienen un control permanente sobre su víctima, compatible con una mínima capacidad ambulatoria que no es libertad ambulatoria strictu sensu por referirse a personas extranjeras que se encuentran en la situación que se ha relatado.”

lugar en el que ejerce la prostitución durante su ejercicio. Solo se aprecia **autónomamente** un delito de **detención ilegal** si nos encontramos ante un encierro, es decir, ante una **situación de encierro** forzado en un lugar del que las **víctimas no puedan salir por sí mismas**, la doctrina jurisprudencial considera que en situaciones en que las víctimas se encuentran sin documentación, sin dinero y desconocen el idioma no es preciso un encierro absoluto sin olvidar por supuesto que se encontraron rejas en las ventanas de las habitaciones. Por tanto sí entendemos que la conducta de Tatiana, Pietro y Zulaika es susceptible de calificarse de delito de detención ilegal en concurso medial con el delito de prostitución. Existe en el presente caso, un mayor grado de control del necesario para que se desarrolle la prostitución, **se vulnera** otro bien jurídico, la libertad individual, específicamente **la libertad ambulatoria o de movimientos**, protegida constitucionalmente en el art. 17.1 CE.

-Concurso real entre la prostitución coactiva y los delitos contra derechos de los trabajadores.

Como ya explicamos, dado que los bienes jurídicos protegidos son diferentes y puesto que no hay una relación instrumentalizada entre estos delitos, deben aplicarse las reglas del concurso real de delitos.

- Concurso real entre cada uno de los delitos de determinación a la prostitución de mayores de edad.

Como comentamos anteriormente, la policía encontró en el local Plenilunio 7 mujeres rumanas además de María, sometidas a prostitución coactiva, por ello cabe explicar que los autores del delito de determinación a la prostitución de mayores de edad, incurrirían tantos delitos como víctimas haya de los mismos. Se resuelve la cuestión mediante el concurso real de delitos.

6. Conclusiones

De acuerdo con todo lo expuesto en este primer dictamen nos referiremos a las cuestiones esenciales y así facilitar la comprensión de la lectura.

En primer lugar, entendemos que no cabe aplicar a María el delito de trata de seres humanos tipificado en el art. 177bis ya que este fue introducido por la reforma 5/2010 y esta no entró en vigor hasta diciembre este año, sin embargo María entró en España en marzo de 2010, tampoco consideramos que pueda aplicarse el art. 318bis CP puesto que este no se aplica a ciudadanos de la UE y precisamente en 2007 Rumanía se adhirió a la Unión Europea. Por todo ello tan solo podemos atribuir responsabilidad a Romelia, Tatiana, Pietro, Zulaika, Alberto y Santiago, respecto la prostitución coactiva a la que fue sometida nada más llegar a España, tipificada en el art. 188.1CP que incurre en él en grado de autoría, Tatiana al desarrollar las dos conductas comprendidas en referido precepto es decir determinar a qué María se inicie y mantenga en la prostitución abusando de su situación de vulnerabilidad además de lucrarse de su prostitución, recordemos que percibe un 10% de las ganancias. Además debe de aplicarle la agravante comprendida en el art.188.4CP letra c) ya que obliga a María a prestar los servicios sexuales sin preservativo, atentado así a la salud e incluso la vida de la víctima. Además la conducta de Tatiana también se corresponde con la contemplada en el art.311.1 CP debido a la imposición de condiciones irregulares en el trabajo al imponer horarios abusivo de 17.30 a 4.00 horas y sin una justa contraprestación, ya que tan solo percibirá ganancias si presta más de un servicio y no la totalidad del dinero obtenido por este sino que solo la mitad. Estimamos que tanto Pietro como Zulaika sí participan en él pero a título de cómplices ya que en aplicación de la doctrina de los medios escasos, sus actos no son esenciales para la consecución del ilícito penal por Tatiana, por ello apoyamos que participen en grado de cómplices. Alberto y Santiago, respecto de estos afirmamos que sí son autores del delito relativo a la prostitución al lucrarse económicamente de ésta ya que Tatiana les entrega las ganancias obtenidas, además de que son los jefes de los sujetos antes indicados, de acuerdo con declaraciones de estos últimos.

Sin embargo, el delito de trata de seres humanos previsto en el art. 177bis CP entendemos que sí se puede aplicar respecto de las demás mujeres, que se encontraron en el local, y cuya entrada tuvo lugar entre 2012 y 2014. Incurren en este delito en grado de autoría, Romelia y Tatiana:

Romelia, ya que consideramos que esta puede haber sido quien las engañase ofreciéndoles un puesto de trabajo y así atraerlas hacia España, aunque tan solo es un indicio.

Tatiana, puesto que seguramente haya sido quien las recibiese, alojase, acogiese abusando de su situación de vulnerabilidad en la que se debieron encontrar al hallarse en un país extranjero, carecer de fluidez en el idioma, de medios económicos y ser desposeídas de sus pasaportes.

Respecto de la conducta desarrollada por Pietro y Zulaika, consideramos que es susceptible de ser calificada como de encubridores del delito de trata de seres humanos, ya que con sus actos auxilian a Tatiana, recordemos que el primero además de ser camarero ejerce funciones de vigilancia de las mujeres explotadas sexualmente y que la segunda es recepcionista, controla las entradas y salidas del local, sus conductas encajan con las del art. 451CP.

En relación con Alberto y Santiago entendemos que son los artífices de las actuaciones de los sujetos antes analizados, han financiado el viaje de María, constituyendo estas circunstancias indicios de que también han organizado y pagado el viaje de las demás mujeres además de que lucran a costa de su consecución y por ello también consideramos que son autores del delito de trata de seres humanos.

En tercer lugar, también se han llevado a cabo actos y circunstancias que son susceptibles de calificarse de detención ilegal, tales como: la presencia de rejas en las ventanas de las habitaciones del local Plenilunio, la prohibición de que las mujeres no puedan salir del local sin la compañía de Pietro, el hecho de que se les retengan los pasaportes. Concluimos que Tatiana incurre en el delito de detención ilegal tipificado en el art. 361 CP en grado de autoría ya que ésta es quién regenta el local siendo Pietro y Zulaika sujetos a sus órdenes. Respecto de Pietro y Zulaika considero que ambos son cooperadores necesarios ya que mediante sus actos de vigilancia y de registro de las salidas y entradas, respectivamente contribuyen de forma esencial a la realización del delito ya que obstaculizan la posibilidad de que las mujeres explotadas sexualmente se fuguen del local. Cabe también aplicar la agravante prevista en el art.163.3 CP al durar la privación de libertad más de tres días, recordemos que María llega al local Plenilunio el día 29 de marzo de 2010 y el 13 de mayo de 2014 finaliza la situación de detención ilegal al lograr escapar de Pietro y acudir a las dependencias policiales. Siguiendo jurisprudencia anteriormente detallada, puesto que se causa una privación de libertad mayor de la inherente a la situación de prostitución se produce un concurso real de delitos entre la detención ilegal y el delito relativo a la determinación y lucro de la explotación ajena.

Finalmente, dado que se han cometido tantos delitos de determinación a la prostitución no autónoma y explotación de la misma como víctimas haya, en este caso 8, aplicando las reglas del concurso real de delitos. Pero además entre ellas también se encontró a una menor de 17 años, Nicoara, respecto de la cual, si tras el curso de las investigaciones se descubre que ha sido efectivamente sujeto pasivo del delito de trata de seres humanos, debemos detallar que no es necesario que para entender cometido este delito en relación con un menor, que se han ejecutado empleando medios comisivos contemplados en el art.177.1 bis CP, ya que aunque hubiese prestado su consentimiento este se encuentra viciado al ser menor de edad. Respecto a la prostitución que desempeña la menor consideramos que Tatiana, Zulaika y Pietro, debemos valorar la aplicación en función de los medios empleados o bien el art.187CP o el 188.2CP. Para que la acción sea delictiva basta con que se induzca, promueva, favorezca o facilite su prostitución ya que el consentimiento prestado por el menor en este caso, o bien por el incapaz a los requerimientos de los que pretenden su prostitución no carece de validez para poder justificar su conducta, se atenta contra su libertad sexual a pesar de que no se le coaccione, engañe, aunque no se abuse de su situación de necesidad o que el sujeto pasivo se prevalega de su superioridad. Independientemente de que se pueda incurrir en un delito todavía más grave, como se prevé en el art. 188.2 si se emplean los medios comisivos de violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o

vulnerabilidad de la víctima, detallados estos en el art. 188.1. Dado que seguramente Nicoara también haya sido captada, transportada, alojada, como consecuencia del proceso de trata de seres humanos, nos decantamos por el hecho de que lo más seguro es que se ha empleado los medios comisivos del art. 188.1 como son la intimidación, como sería en el supuesto de que le advirtiesen de la existencia de una deuda derivada del viaje que debe abonar con la retribución que perciba por los servicios sexuales, o bien abusando de su situación de necesidad, al encontrarse en el extranjero, desprovista de pasaporte y desconociendo el idioma, posiblemente con escasos medios económicos. Tatiana, Pietro y Zulaika declararon que desconocían la minoía de edad de la menor, algo que descartamos puesto que habían retenido su pasaporte, por ello no cabe alegar error de tipo, como causa de exoneración o de reducción de pena.

IV.-DICTAMEN SOBRE LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES EN LAS QUE HABRIAN INCURRIDO TATIANA, PIETRO Y ZULAIKA POR SU RELACIÓN CON LAS SUSTANCIAS ENCONTRADAS EN EL ARMARIO DE PLENILUNIO.

1. Concepto de droga y bien jurídico protegido

A modo de introducción me parece importante concretar el **concepto de droga**. A la luz de diferentes declaraciones de la OMS, se puede definir como toda sustancia que introducida en un organismo vivo pueda modificar una o más funciones de éste. Se puede entender por droga la sustancia, natural o sintética, cuyo consumo repetido, en dosis diversas, provoca en las personas:

-dependencia psíquica; es decir deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo.

-tolerancia; tendencia a aumentar las dosis para lograr los mismos efectos.

-dependencia física; que hace necesario el consumo repetido para evitar el síndrome de abstinencia.

El bien jurídico al que afectan los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, es **la salud pública**, dicho bien jurídico tiene respaldo constitucional en el art. 43.1CE en el que se reconoce el derecho a la protección de la salud. Al hablar de salud pública nos referimos a un bien jurídico de carácter colectivo que se alza sobre el bien jurídico de salud individual, reconocido constitucionalmente en el art. 15 CE y al que se le proporciona protección específica en el CP dentro de los delitos de lesiones en los art. 147 y ss. Siguiendo sentencias como la STS de 29 de mayo de 1993, sala 2ª, rec nº: 1106/1991 “el bien jurídico protegido en el art. 349 es la salud pública colectiva y consecuentemente, la individual (física y psíquica) de cada una de las personas que componen la comunidad, pues lo contrario, implicaría pensar que la colectividad o la comunidad posee una salud distinta de aquella de todos y cada uno de los individuos que la integran”.

Por otra parte también conviene recordar las diferentes posturas que mantienen diversos autores: así VIVES ANTÓN¹⁵ considera que el castigo de tráfico de drogas que causan igual o menor daño a la salud pública que el alcohol o el tabaco puede mantenerse porque “lo cierto es que el consumo de alcohol se halla tan fuertemente implantado en el país que el recurso a la pena para erradicar el tráfico sería en absoluto contraproducente y ocasionaría, quizá más daño que el que ocasionaría el propio consumo de alcohol; sin embargo, en el caso de las drogas a las que se refiere la incriminación, el problema no tiene la mismas dimensiones; su consumo no se halla aun generalizado hasta el extremo de que la pena deba ser considerada inútil o contraproducente como barrera al crecimiento de ese consumo nocivo”.

Opinión similar mantiene QUINTERO OLIVARES¹⁶ afirmando que la discriminación que se hace entre el hachís y el alcohol se fundamenta en que “el Derecho Penal tiene un componente cultural,

¹⁵VIVES ANTÓN, T-S/ORTS BERENGUER, E/CARBONELL MATEU, J-C/GONZÁLEZ CUSSAC, J-L/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C, *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pp.: 566-584.

¹⁶Ibídem.

en España, en Europa, y en todo el mundo. Que cada sociedad tenga su preciso carácter antropológico, sin perjuicio de que el paso del tiempo y la facilidad de las comunicaciones vayan paulatinamente mitigando las diferencias, es algo que no tiene que ser para el jurista o para el sociólogo causa de escándalo o asombro”. De todo esto se deduce, que el verdadero motivo del castigo de las conductas relacionadas con las drogas tóxicas es dificultar su consumo a las personas que pretenden consumirlas, según ÁCALE SÁNCHEZ “La tipicidad de la circulación de ciertas drogas que dañan igualmente la salud que otras que son legales implica arbitrariedad por parte del CP. Dicha arbitrariedad desaparecería si dejara de ser típico el tráfico de drogas de curso legal, así se estaría protegiendo la salud pública de los consumidores eximiéndoles de la obligación de recurrir al mercado ilegal para abastecer una calidad difícilmente controlable.”¹⁷

2. Análisis farmacológico y legal de la ketamina y el “popper”

Los *poppers*, son unos compuestos químicos dentro de los nitritos de amilo que tienen efectos terapéuticos vasodilatadores. Entre ellos destacan los nitritos de amilo, de butilo y de isobutilo. Debido a sus efectos vasodilatadores se empezó a realizar un uso desviado de los mismos, casi únicamente para su uso como sustancia de abuso por el sector homosexual norteamericano a fin de lograr una erección asegurada y relajar el esfínter, así como el incremento de la libido o sensación de bienestar. En la actualidad su uso también tiene lugar en el ambiente heterosexual, como afrodisíaco y en el ámbito de los drogodependientes, ya que tiene efectos depresores y cuasi alucinógenos. Son productos de fácil adquisición al venderse en sex shops muchas veces camuflado como productos industriales o domésticos. El nitrito de amilo tiene cierto uso hospitalario ya que sirve como tratamiento coadyuvante del envenenamiento por cianuros. Entre sus efectos secundarios se encuentran: cefalea, taquicardia, hipotensión, síncope, angina, hipertensión de rebote, bradicardia, sofocos, rubefacción, náuseas, vómitos, dolor abdominal, pérdida de control de esfínteres. Inquietud, vértigo, mareo. Constituyen signos de sobredosis: vértigo, cansancio severo, fiebre y crisis convulsivas.¹⁸

A la vista del Informe sobre la consideración legal de los *popper* en España, de la secretaria de Estado de Seguridad, Centro de Inteligencia contra el crimen organizado, de 18 de febrero de 2009 se detalla que no figuran en las listas de Estupefacientes o Psicotrópicos sometidos a fiscalización internacional¹⁹, tampoco en los Cuadros de las Sustancias Susceptibles de Desvío para la Fabricación de Estupefacientes o sustancias psicotrópicas (precursores) **ni tampoco existe ninguna droga de abuso fiscalizada en cuya fabricación se usen poppers**. Pero es considerada una droga de abuso consolidada a nivel mundial, el Observatorio Europeo de la Droga y las Toxiconomías) y Europol, la han introducido desde en un programa de seguimiento y de valoración del riesgo a fin de que finalmente se fiscalice. Son medicamentos pero son utilizados como droga para conseguir no los efectos terapéuticos sino otros secundarios. Al ser **medicamentos** no cabe su venta libre, siendo esta contraria a lo establecido en la Ley 29/2006 de 26 de julio, de garantías y uso racional de medicamentos y productos Sanitarios, y lo establecido en su art. 7 y 8, además de que su venta precisa de un determinado control, de acuerdo con lo indicado en el art.9 de la mencionada ley. Respecto al campo de lo penal, su fabricación y venta no está prohibida, por ello deberíamos hablar de sustancias nocivas para la salud en concreto a través del art. 359CP. Diferentes informes elaborados por autoridades sanitarias acreditan que los *popper* son dañinos para la salud.

La **ketamina** se incluye en la lista de sustancias fiscalizadas, según consta en el Boletín Oficial del Estado de 21 de octubre de 2010, en el que se publicó la Orden SAS/2712/2010 de 13 de octubre, por la que se incluye la sustancia Ketamina en el Anexo I del Real Decreto 2819/1977, de 6 de octubre, que regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y

¹⁷ ÁCALE SÁNCHEZ, M, *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp.156-162.

¹⁸ VILLA ALCÁZAR, L-F; *Medimecum*, guía de terapia farmacológica, Medimecum, 2014, p.1156.

¹⁹ Se adjunta Anexo sobre Informe sobre la consideración legal de los *popper* en España, de la secretaria de Estado de Seguridad, Centro de Inteligencia contra el crimen organizado, de 18 de febrero de 2009.

preparados psicotrópicos. Se trata de un anestésico general de acción rápida pero tiene una serie de resultados adversos como son: hipertensión, hipotensión, bradicardia, arritmias. Depresión respiratoria tras administración rápida de altas dosis.²⁰

3. Delito de relativo a productos nocivos para la salud o sustancias químicas peligrosas

En el ámbito penal, los *poppers* son considerados sustancias nocivas para la salud, y su comercio o elaboración sin las necesarias autorizaciones sanitarias, conforman un delito contra la salud pública en concreto el tipificado en el art.359CP, en el que se castigan acciones de elaborar, despachar, suministrar o comerciar con este tipo de sustancias nocivas para la salud sin la preceptiva autorización administrativa. Podemos destacar así el auto de la AP de Sevilla, de 24 de noviembre de 2010, sección 7ª, rec nº: 7522/2010. “Ciertamente los "*poppers*", productos basados en nitritos de alquilo volátiles, son sustancias que no están incluidas de momento en los listados internacionales de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. De esta manera no están sometidas a fiscalización (así se menciona en auto del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009, nº 2258/2009, rec nº:2258/2008), por lo que las actividades de tráfico con ellas relacionadas no serían encuadrables en el artículo 368 y concordantes del Código Penal por ausencia del objeto material del delito, constituido por las drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas, concepto normativo que se completa acudiendo a los convenios suscritos por España y que contienen las listas actualizadas de sustancias sometidas a fiscalización internacional. Así lo entiende el Ministerio Fiscal cuando insta el encaje de las conductas perseguidas en esta causa en el artículo 359 del Código Penal”²¹. Este delito es un delito común de forma que el sujeto activo no tiene por qué ser necesariamente un profesional farmacéutico en ejercicio de su profesión cabe que también pueda llegar a cometerse por una persona diferente, como ocurre en nuestro caso, ya que Pietro es camarero. A la vez que cabe la posibilidad de contemplar un concurso real de delitos con el delito de intrusismo profesional tipificado en el art. 403CP ya que Pietro ejerce actos propios de la profesión de farmacéutico sin estar en posesión del correspondiente título académico. Por tanto incurre en **delito relativo a productos nocivos para la salud o sustancias químicas peligrosas** del art. 359²² CP y en el **delito de intrusismo profesional** del mencionado art. 403CP, ambos en grado de **autoría**.

4. Delito de tráfico de drogas

Traficar es comerciar o intercambiar con otros, no siendo necesario en los comportamientos habitualidad o profesionalidad basta con cualquier acto de trasmisión de las sustancias prohibidas normalmente a cambio de precio o de otra contraprestación.

Respecto de la **ketamina**, Pietro afirmó que un cliente que no tenía dinero suficiente para sufragar un servicio sexual entregó como pago en especie dichas pastillas²³ y que, en ocasiones, algunas de las chicas (si así se lo piden, pues él es el único que tiene llave del armario) y él mismo las consumen en el local. Asimismo, reconoce que en una ocasión vendió una de esas pastillas a un cliente. Es frecuente la permuta de drogas a cambio de servicios sexuales.

Entendemos que la conducta que realiza Pietro en relación con el consumo de la ketamina conjuntamente con las mujeres, es delictiva, ya que a pesar de parecer una donación, no podemos calificarla como tal, ya que según el Diccionario de la Lengua Española, una donación es una liberalidad de alguien que transmite gratuitamente algo que le pertenece a favor de otra persona que lo acepta. Rechazamos que la conducta de Pietro pueda ser la de una donación, porque la ketamina

²⁰SANZ, J.; *Vademecum internacional*, Medicom, Madrid, 2007, p.2386.

²¹Vid. ATS de de 13 de julio de 2009, nº 2258/2009, rec nº:2258/2008

²² De acuerdo con el art. 259CP: “El que, sin hallarse debidamente autorizado, elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o los despache o suministre, o comercie con ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para profesión o industria por tiempo de seis meses a dos años.”

²³ Vid STS de 24 de febrero de 1996, rec nº: 258/1995 que se refiere a la entrega a una prostituta por sus servicios sexuales de una cantidad de cocaína.

no le pertenece a él, sino que esta la ha entregado un cliente como pago en especie por los servicios sexuales prestados por las mujeres, concluimos que el destinatario de este tipo de pago son las mujeres y no Pietro y por ello la sustancia no le pertenece a él. Por otra parte, si aceptásemos que se trata de una donación, esta no reúne los requisitos que la jurisprudencia²⁴ establece para ser entendida como una modalidad atípica de donación.

Los requisitos que deben concurrir son los siguientes:

1. Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, o consumidores habituales.
2. El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo;
3. La cantidad de droga programada para la consumición ha de ser insignificante como correspondiente a un normal y esporádico consumo
4. La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes, perfectamente identificables por su número y condiciones personales, por lo que han de ser personas ciertas y determinadas
5. Ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas y sin contraprestación especulativa de las sustancias adquiridas al efecto.

No se cumple el primer requisitos, ya que en los hechos se indicó que tan solo las mujeres consumen en alguna ocasión, no son ni siquiera consumidores habituales.

No se cumple el segundo requisito, no se realiza el consumo en un lugar cerrado, explicación el local Plenilunio es un local o establecimiento abierto al público.

Además de que media contraprestación, ya que como ya comentamos, el cliente entregó la sustancia después de haber accedido a servicios sexuales de las mujeres, se lo entregó a la recepcionista, Zulaika, como pago en especie, de este hecho deriva la contraprestación.

Dicha jurisprudencia advierte de que dichos requisitos “que se establecen para la declaración de concurrencia no pueden ser examinados es su estricto contenido formal, a manera de test de concurrencia pues lo relevante es que ese consumo sea realizado sin ostentación, sin promoción del consumo, y entre consumidores que lo encarguen, para determinar si por la cantidad puede establecerse un razonado juicio de inferencia de estar destinada al tráfico o de consumición entre los partícipes en la adquisición, y no medie contraprestación remuneratoria alguna por parte de los drogodependientes.”.

Por todo ello concluimos que la conducta de Pietro respecto a esta sustancia es delictiva, siendo subsumible en del delito relativo a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tipificado en el art. 368CP²⁵.

También es subsumible en ese delito la conducta que desarrolla Pietro al vender la ketamina a un cliente. Sabemos que la venta se efectúa en el local Plenilunio, por tanto debemos analizar si cabe la aplicación de la agravante del art. 369.3 CP por haber realizado los hechos en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos, para ello valoraremos la concurrencia de una serie de requisitos:

²⁴ Resulta ejemplificante la STS de 23 de febrero de 2010, sala 2ª, rec nº:1743/2010

²⁵ El art. 368, establece lo siguiente: “ Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.”.

En **primer lugar** debe de tratarse de una conducta típica, y sí consideramos que realizar un acto de tráfico. Respecto al **segundo requisito** para aplicar la agravante es que se lleve a cabo en un **local abierto al público**. Cabe plantearnos aquí si se debería aplicar la circunstancia cuando el local está cerrado el precepto se refiere a “local abierto al público” y no “local público”. Si nos fijamos en el fundamento de la agravación deducimos que ésta radica en el mayor peligro para el bien jurídico protegido por los riesgos de difusión, si el local está cerrado no habrá público y el riesgo para el bien jurídico anulado. La jurisprudencia por local abierto al público entiende aquel en el que esté “la **posibilidad indiscriminada de acceso y entrada al mismo por cualquier persona**, siempre constando con una cierta infraestructura y acondicionamiento” según la STS de 19 de diciembre de 1997, sala 2ª, rec nº:1826/1996, también la STS de 14 julio de 1993, sala 2ª, rec nº:3795/1991, que establece que lugar abierto al público es aquel en que cualquier persona puede entrar indiscriminadamente sin ninguna clase de impedimento.

Se consideran lugares abiertos al público: bares, restaurantes, pubs, tiendas, etc. en nuestro caso se trata de un club. La jurisprudencia ha establecido en pronunciamientos como el del STS de 30 de junio de 1997, sala 2ª, rec nº:2536/1996, que la aplicación de la agravación debe restringir a las zonas del local que sean públicas, así dicha sentencia no aplicó la agravación ya que el tráfico de drogas de realizaba en el cuarto particular que hacía las veces de pequeño almacén, sin estar específicamente destinado al uso público, sino al propio del acusado. Aunque las sustancias se encontraron en un armario bajo llave en la barra del bar, no se especifica que su tráfico o consumo tenga lugar en un espacio al que no accede el público, por tanto sí se **cumple también este requisito de la agravación**. Por otra parte, se requiere que el local abierto al público tenga una **infraestructura y permanencia** a fin de que se pueda encubrir o disimular el tráfico tal como estableció la sentencia TS de 5 de marzo de 1994, al negar la aplicación de la agravación al emplear un kiosco de venta de loterías para vender las drogas. GALLEGO SOLER cuestiona si cabe aplicarla, en el supuesto de que se restrinja la entrada al local, estableciendo el requisito de que los usuarios se hagan socios del establecimiento. Se aminora el riesgo de la mayor difusión de la droga aunque el sujeto activo tiene la misma facilidad para traficar que en los establecimientos de entrada no restringida a socios. Podría deducirse que se limita el daño a la salud pública.²⁶ El **tercer requisito** que exige la jurisprudencia para aplicar la agravación es que sea el **responsable o empleado del local o establecimiento abierto al público** quién realiza las conductas del tipo básico. Deben entenderse los conceptos de responsable o empleado, en un sentido material, es decir aquellas personas que trabajan en el local y lo mantienen abierto al público (cabe incluir a Pietro que es camarero). Y existe ánimo de difusión de droga a terceros. Por todo ello concluimos que se **cumplen todos los requisitos para su aplicación**.

Por otra parte, también nos debemos cuestionar sobre la aplicación de la agravación se “si el culpable participare en otras actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito”. El legislador tiene en cuenta la participación del culpable (como autor, cooperador necesario o cómplice) en otras actividades delictivas organizadas, es decir, su pertenencia a organizaciones que se dediquen a cometer otros delitos distintos al tráfico de drogas y en su ámbito se realicen algunas conductas del tipo básico de modo secundario. La actuación del culpable debe favorecer a la organización, si solo le favorece al mismo, si actúa a título particular, la agravación no se aplicaría. “Así REY HUIDOBRO considera que la actuación de quien, dedicándose a un actividad delictiva organizada, comete por su cuenta delitos de narcotráfico, estos no organizadamente, no debe estar dentro del presente tipo, ya que en este caso la pertenencia a una organización delictiva no aporta un desvalor superior al tráfico de drogas.”²⁷, por tanto considero que no debe aplicarse esta agravación.

En resumen, **Pietro**, incurre en un delito del art.368.1CP, es decir de tráfico de drogas ya que ejecutó actos de tráfico que propiciaron el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o

²⁶ÁCALE SÁNCHEZ, M, *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

²⁷Ibídem.

sustancias psicotrópicas. Con la agravación del art. 369.3 CP, al realizar los hechos en establecimientos abiertos al público por sus responsables o empleados, para la aplicación de la agravante de establecimiento abierto al público, no basta con que haya droga depositada allí, sino que debe haber venta en el local.

Respecto de **Tatiana**, desconocemos si sabía que Pietro guardaba las sustancias en el armario de bar y estaba al tanto de que Pietro había comprado los *poppers* para venderlos a clientes y que la Ketamina en una ocasión también era consumida alguna vez por él y las chicas. Sin embargo como **responsable del local** si se puede fundamentar su responsabilidad por el delito de tráfico de drogas respecto de la Ketamina, ya que su venta tiene lugar en el establecimiento que regenta por ello comete el delito de tráfico de drogas por omisión, al consentir la distribución de la droga por parte de Pietro a las mujeres y proceder a su venta ya que el artículo 368CP, prevé como responsables de este delito aquellos que faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, por ello cabe la posibilidad de entender que Tatiana es autora de este delito con la agravante del 369.3, Tatiana tiene una posición de garante ya que el ámbito de su dominio se ha convertido en un medio más fácil para la ejecución del delito²⁸. Sin embargo debemos recordar que la llave del armario se encontraba en posesión de Pietro, lo que dificulta fundamentar dicha responsabilidad por el delito de tráfico de drogas.

En Relación con **Zulaika**, considero que puesto que la Ketamina fue entregada como pago en especie de un servicio sexual y Zulaika era la persona que guardaba en depósito las cantidades que los hombres le entregaban por los servicios sexuales prestados por las mujeres, lo que nos lleva a apoyar que es autora del delito de tráfico de drogas puesto seguramente haya sido ella quien entregó la Ketamina a Pietro quien posteriormente la repartía y consumía entre las mujeres y vendió una parte a un cliente, de modo que también estaría facilitando el consumo ilegal de drogas, incurre en el delito en grado de autoría del art. 368CP con la agravante del 369.3²⁹

5. Conclusiones

Valorando lo expuesto hasta ahora en este apartado haremos unas conclusiones acerca de las cuestiones planteadas en el segundo dictamen, a fin de facilitar la comprensión y dotar de mayor claridad al texto.

En primer lugar, debemos recordar que Pietro, el camarero del local Plenilunio compra *poppers* para venderlos a clientes tal como sabemos mediante sus declaraciones y al encontrar la policía 17 frasquitos etiquetados bajo nombre “Orgasmus” y “Liquid Gold”, se trataba de nitrito de amilo. El *popper* no es una sustancia incluida en los listados internacionales de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. De esta manera no están sometidas a fiscalización, en el Informe sobre la consideración legal de los popper en España, de la secretaria de Estado de Seguridad, Centro de Inteligencia contra el crimen organizado, de 18 de febrero de 2009 se comenta que se trata que medicamentos y que a nivel mundial se considera droga de abuso, sin embargo al ser una sustancia dañina para la salud, a efectos penales la conducta de Pietro encaja en la del art. 359CP al despachar sustancias nocivas para la salud sin la preceptiva autorización administrativa a la vez que incurre en el delito de intrusismo profesional tipificada en el art.403 CP. Se produce por tanto un concurso real de delitos entre el relativo a productos nocivos para la salud o sustancias químicas peligrosas del art. 359 CP con el delito de intrusismo profesional del art. 403CP.

En segundo lugar, respecto de los 7 gramos de Ketamina, como ya vimos esta sustancia sí que se

²⁸ Destacan la SSTS 10 de febrero de 1996, rec n°: 2804/1993, y 30 de junio de 1997, rec n°: 2536/1996 que condenan al titular del bar ya que sus actos de tolerancia implican una participación omisiva en el delito de tráfico de drogas ya que “el dominio sobre el ámbito cerrado con acceso público es una circunstancia idónea para fundamentar su posición de garante con relación a la comisión de delitos graves que puedan ser cometidos en ese ámbito”.

²⁹ SAP de Cádiz de 11 de febrero de 1999, rec n°: 205/1998 “todos aquellos que participan en la cadena que va desde el cultivo de la droga hasta su comercialización y distribución final al consumidor, realizan actividades que favorecen o facilitan el consumo ilegal de drogas y como tales, se consideran autores de ese tipo penal”.

incluye en la lista de sustancias fiscalizadas desde 2010. Pietro es autor del delito de tráfico de drogas puesto que como vimos, no apreciamos la modalidad atípica de donación que ha desarrollado la jurisprudencia por otra parte, también estimamos que su conducta se puede subsumir en este delito ya que vendió la sustancia a un cliente, por tanto además de incurrir en este delito del 368CP también cabe aplicar la agravación del art. 369.3 CP al ser Plenilunio un local abierto al público y ser Pietro un empleado del referido local.

En último lugar, consideramos que Tatiana sí es autora del delito de tráfico de drogas puesto que como responsable del local tenía una posición de garante, y debió evitar la venta de las mismas, sin olvidar que la llave del armario en el que se guardan las sustancias obraba en posesión del camarero. Respecto de Zulaika, estimo que sí es autora del delito de tráfico de drogas ya que fue quien acepo como pago en especie por los servicios sexuales las pastillas de ketamina con las que posteriormente traficó Pietro.

V. DICTAMEN SOBRE LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES EN LAS QUE HABRÍAN INCURRIDO TATIANA, ALBERTO, SANTIAGO Y XAIME POR LA GESTIÓN DE LAS GANANCIAS PROVENIENTES DE PLENILUNIO.

1. Delito fiscal (art.305CP)

El bien jurídico protegido por este delito es el patrimonio en concreto el erario público.

La conducta típica, consiste en **defraudar**, por acción u omisión, a la **Hacienda Pública** ya sea estatal, autonómica, foral o local, **eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hayan debido retener o ingreso a cuenta de retribuciones en especie, obteniendo indebidamente devoluciones en especie o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma.**³⁰

En el presente supuesto, **la conducta consiste en eludir pagos**, tal defraudación puede llevarse a cabo por acción, en caso de que se declare falsamente o bien por omisión, como ocurre en nuestro caso ya que no se declaran los ingresos de la sociedad.

Hay dos tendencias respecto a quién ha de ser el sujeto activo de este delito, por una parte, quienes apoyan que solo puede serlo el obligado tributario, es decir, en nuestro caso, Na& Ma S.L, y por otra parte aquellos que consideran que puede ser autor del delito fiscal todo el que se encuentre en situación de afectar a la Hacienda Pública y a su patrimonio.

Apoyamos la primera tendencia y por ello en la explicación se detallará cual es la obligación y quien está sujeto a la misma. Debemos destacar que para poder incurrir en este delito es esencial la **existencia de un deber fiscal** que incumple el autor. Es necesario conocer **quién es el sujeto obligado al pago** y la existencia del hecho imponible del cual se deriva tal obligación.³¹ Pues solo puede incurrir como autor en este delito el sujeto pasivo de la obligación tributaria.³²

Lo que nos debemos plantear es la posibilidad de que las ganancias obtenidas de hechos delictivos

³⁰ El art.305.1 CP indica : “El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.

La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.”

³¹ Siguiendo a la jurisprudencia asentada la STS 12 de febrero de 2009, sala 2ª, rec nº:10548/2008

³² Vid. Artículo 36 LGT

como son la trata de seres humanos, delitos relativos a la prostitución coactiva es decir, sin duda ilícitas puedan ser objeto de tributación. Recordemos aquí que según lo manifestado por Tatiana, los ingresos que ésta percibía los entregaba a los propietarios del local, es decir, a Santiago y Alberto socios de la sociedad Na&Ma S.L y dichas ganancias procedían de los servicios sexuales prestados por las mujeres que habían captado de Rumanía y que finalmente explotaban sexualmente. Entendemos que **aunque sea ilícito el origen de esos ingresos sí que deben ser objeto de tributación** y por tanto constituye su elusión de pago un delito fiscal, de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia³³.

Es necesario que se cause un perjuicio a la Hacienda Pública que supere los 120.000 euros, para que el hecho sea constitutivo de delito, ya que si es una cantidad inferior hablaríamos de infracción administrativa. A fin de determinar si nos hallamos ante un delito o bien ante una infracción administrativa debemos comprobar las cantidades que se deberían haber declarado por el Impuesto sobre Sociedades en cada uno de los ejercicios:

Por tanto excepto la cantidad que se debería haber declarado en el ejercicio del año 2009, que al ser inferior a los ciento veinte mil euros se trata de un ilícito administrativo. Los actos relativos a los demás años (2009, 2010, 2011, 2015) sí son delitos, al superar dicha cantidad.

El CP, prevé como agravante que se hayan utilizado personas interpuestas, es decir, personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que dificulten u oculten la identidad del obligado tributario o del responsable del delito. Además también sería de aplicación la agravación relativa a que la defraudación se cometiese en una organización o grupo criminal. Comentaremos más adelante la aplicación de ambas agravaciones.

a) Plazos de prescripción penal y tributaria

Otro tema de absoluta relevancia es la prescripción del delito fiscal, el plazo de prescripción es de 5 años, al establecerse en el señalado art. 305CP una pena de prisión de entre “uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía” de acuerdo dicho plazo de prescripción con lo establecido en el art. 131.1.CP³⁴, sin embargo la infracción administrativa prescribe a los 4 años. Siguiendo lo previsto en el art. 131.1CP en relación con el art. 66 y 67 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Los hechos ante los que nos encontramos son denunciados el día 13 de mayo de 2014, día en el que María comparece ante las autoridades policiales. Por tanto deducimos que el delito cometido

³³ STS de 15 de septiembre de 2005 rec n°:1671/2004,, “esta sala casacional ya ha declarado que tales incrementos patrimoniales cuando son consecuencia directa de un delito, no pueden servir a su vez, para conformar, una omisión tributaria que configure el delito fiscal, al menos si no ha existido una posterior transformación en otros activos patrimoniales”

A diferencia del caso, Urralburu, STS 28 de marzo de 2001, sala 2ª, rec n°: 4234/1998 que señaló que las ganancias de procedencia delictiva no pueden implicar a la vez un delito de defraudación tributaria, se señaló en esta sentencia que el delito de defraudación tributaria será absorbido por el delito del cual se originan las cantidades dinerarias si concurren los siguientes requisitos: 1º que los ingresos que generen el delito de defraudación tributaria procedan de modo directo e inmediato del delito anterior; 2º que el delito inicial sea efectivamente objeto de condena; 3º que la condena penal del delito precedente incluya el comiso de las ganancias obtenidas en el mismo o la condena a su devolución como responsabilidad civil.

³⁴ Art.131.1CP:

“ 1. Los delitos prescriben:

A los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años.

A los 15, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años.

A los 10, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10.

A los cinco, los demás delitos, excepto los de injuria y calumnia, que prescriben al año.”

respecto al ejercicio del año 2009 ya ha prescrito, ya que según lo establecido en el art. 66LGT, prescribirá a los cuatro años el derecho de la administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación. Además en relación con lo señalado por el art. 67.1CP, comenzará a computarse el plazo de prescripción de dicho derecho “desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo reglamentario para presentar la correspondiente declaración o autoliquidación” y dicho plazo para presentar la declaración o autoliquidación finaliza tras los veinticinco días consecutivos a los seis meses posteriores a la conclusión del periodo impositivo. “Por tanto si el periodo impositivo coincide con el año natural el impuesto se devenga, es decir, nace la obligación tributaria el 31 de diciembre y el plazo de presentación de la autoliquidación será del día 1 al 25 de julio de cada año, por tanto comienza a computarse el plazo de prescripción del derecho de la administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación. a partir de día 26 de julio.”³⁵

Por todo lo expuesto en relación con la cuantía que limita el delito fiscal de una infracción administrativa y la prescripción de ambos, podemos concluir lo siguiente:

Ejercicio 2009: se deberían haber declarado 156.000 euros, este hecho **es constitutivo de delito** al sobre pasar 120.000 €, incurriendo por tanto en el delito del antes citado artículo 305 CP este hecho tuvo lugar en el año 2009 y **está prescrito** al haber transcurrido el periodo de 5 años de prescripción establecido en el art. 131 CP.

Ejercicio 2010: se dejaron de declarar 161.000 euros, **es delito** al excederse de la cuantía de 120.000 € y al realizarse en el ejercicio de 2010 **no está prescrito** al no haber transcurrido el periodo de prescripción prescrito.

Ejercicio 2011: 170.000 euros también **constituye un delito** del art. 305 CP al no haber declarado dichas ganancias, y **no se encuentra prescrito** al no transcurrir el plazo de prescripción.

Ejercicio 2012: se debería haber tributado mediante el Impuesto sobre Sociedades la cantidad de 125.000 euros **se trata de un delito** y excede de la cantidad de 120.000€ y **no está prescrito**.

Ejercicio 2013: en este año la cuota que se deja de pagar alcanza la cuantía de 119.000 euros se trata de una **infracción administrativa**, al no alcanzar la cantidad de 120.000 € y **no se encuentra prescrito**, ya que el plazo de prescripción no ha empezado a computarse al iniciarse este a partir del 25 de julio. (art. 66 y 67LGT).

b)Deber de la sociedad de tributar en territorio español

Es importante ahora, determinar que sujetos eran los obligados tributarios puesto que el sujeto pasivo de este delito es el sujeto pasivo de la obligación tributaria, es un **delito especial propio** y por tanto no puede ser cometido por cualquier persona, **solo el obligado tributario**. Son **contribuyentes** del Impuesto sobre Sociedades; de acuerdo con la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, según lo dispuesto en su art.7 “cuando tengan su residencia en territorio español: a) **Las personas jurídicas, excluidas las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil.**

Procede entonces indicar **quienes tienen su residencia fiscal en el territorio español**, según la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, en su art. 8 se consideran residentes en territorio español las entidades que cumplan algún requisito como: haberse constituido conforme a las leyes españolas. Que tengan su domicilio social en territorio español. Que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español. Entendiendo que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en territorio español cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades.

Se cumplen los requisitos que hemos indicado ya que **la sociedad se ha constituido de acuerdo**

³⁵MERINO JARA,I; Derecho tributario. Parte Especial, Tecnos, Madrid, 2013 p. 222.

con las leyes españolas, puesto que se cumplen las exigencias establecidas en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital., según lo dispuesto en su art.20, “La constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil.” La sociedad Na&Ma S. L., propietaria del local, Plenilunio, se constituyó como tal sociedad limitada con fecha 1 de febrero de 2008 y fue inscrita en el Registro Mercantil en la ciudad de A Coruña con fecha 3 de febrero del mismo año. Además de que su domicilio social se encuentra en territorio español, dicha sociedad, con domicilio social en C/Real, 21, (A Coruña).

Su domicilio y residencia fiscal se encuentra en territorio Español, por tanto debe tributar en España.

Por todo lo expuesto, en relación con la conducta típica, la obligación de tributar en territorio español por parte de la sociedad, concluimos lo siguiente:

Tatiana, dado que ella se limitaba a proporcionar las ganancias a sus jefes, Alberto y Santiago, **no realiza una conducta típica, jurídica, punible y culpable**, y por tanto no podemos calificarla de delictiva.

Santiago y Alberto, al ser los socios de Na&Ma S.L,y al menos administradores de hecho de la misma, están obligados a que ésta como obligada tributaria cumpla con su deber de tributar por las ganancias que ha percibido. Al omitir esta obligación incurren en la conducta delictiva tipificada en el mencionado art. 305 CP, por **omisión, defraudan a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos**, incurren en este hecho delictivo respecto de las cuentas defraudadas que superen los 120.000€, son autores de **3 delitos fiscales** (ejercicios de los años 2010, 2011 y 2012) ya que el delito fiscal cometido en relación con las ganancias obtenidas en el año 2009 y no declaradas, ya ha prescrito. Por otra parte, han cometido una infracción administrativa respecto al último ejercicio, el del año 2013. No se prevé la posibilidad de cometer el delito por imprudencia, se exige que se conozca el deber tributario, simplemente consiste este deber en saber que hay obligación de contribuir de alguna manera con los gastos públicos. **Incurren en tales delitos en grado de participación de autoría, grado de ejecución consumación**, además de que han cometido tales actos dolosamente, ya que ambos conocían la existencia de la obligación tributaria, sabían que debían contribuir a los gastos públicos a través del pago del impuesto. **No comprendemos que actúen bajo error** sobre la existencia de su obligación fiscal, ya que son socios con una gran participación en el capital social lo que nos lleva a excluir tal posibilidad.

Por otra parte destacamos que no han puesto la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias como causa de exoneración de responsabilidad respecto de infracciones tributarias tal como se prevé en el art. 179.2 d)LGT³⁶.

Determinamos además que se produce un concurso real de delitos respecto de las diferentes defraudaciones realizadas en relación con cada uno de los periodos impositivos, no consideramos que quepa una acumulación de las cuantías de cada uno de los ejercicios, por ello no podemos hablar de un delito fiscal continuado, siguiendo para llegar a dicha conclusión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo.³⁷

c) Posible responsabilidad civil

Debemos plantearnos si el Tribunal penal puede exigir la cuota tributaria defraudada por los cauces civiles. O si la cuota ostenta el carácter de derecho de crédito público de acuerdo con la normativa administrativa. “La jurisprudencia dominante y un sector doctrinal defienden que del delito de defraudación tributaria nace la acción civil y reclamar por tanto por la vía penal mediante el ejercicio de la acción civil la cuantía de la cuota defraudada.”³⁸

³⁶ Vid. Art.179.2LGT letra d).

³⁷ Vid.STS, 10 de octubre de 2001, sala 2ª, rec n°:4569/1999 y 9 de marzo de1993, sala 2ª, rec n°:2593/1990, en contraposición con sentencia de 26 de abril de 1993, sala 2ª, rec n°:475/1992.

³⁸MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ,C; *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*,cit; p.704.

2. Delito de falsedad documental

Como se ha señalado en los hechos, una parte de las ganancias facturaban en concepto de comidas del restaurante llamado, “Luna del Principito”. Estimamos que se trata de una **falsedad en documento mercantil**, ya que de acuerdo con reiterada jurisprudencia del TS las facturas constituyen documentos mercantiles³⁹. En nuestro caso, se ha falsificado la totalidad de la factura constituye una falacia, ya que la parte de las ganancias que se ha facturado como si proviniesen de cobros por comidas servidas en el referido restaurante, puesto que proceden de los servicios sexuales prestados por las mujeres objeto de explotación sexual y del proceso de trata. **Dichas facturas no se corresponden con ninguna realidad, se finge un negocio jurídico** que no ha tenido lugar. Se incurre por tanto en la conducta tipificada en el art. 390.1.2ºCP⁴⁰.

Y además debemos tener en cuenta lo dispuesto en el art.395 ya que la falsedad se comete en documento privado.⁴¹

3. Delito de blanqueo de capitales (art.301CP)

El blanqueo de capitales se refiere a determinadas actuaciones que tiene como finalidad incorporar al tráfico económico legal bienes procedentes de hechos delictivos dotándolos de una apariencia de legalidad.

Se aprecia, en primer lugar en que se falsean unas facturas, es decir, parte de las ganancias obtenidas de la prostitución ejercida por las mujeres, se computan en facturas como comidas del restaurante Luna de Principito, es decir, **se oculta la procedencia ilícita de tales cantidades**. Se pretende justificar el origen de las ganancias, consideramos que se ha cometido un delito de blanqueo de capitales ya que la actuación encaja en la conducta típica del art.301 CP.⁴²

Tatiana ha adquirido, las ganancias a través de los servicios sexuales que han realizado forzosamente las mujeres, que a la vez son víctimas del delito de trata de seres humanos como ya sabemos, de ahí deriva su origen en una actividad delictiva cometida por ella a la vez que las ha **transmitido** a sus jefes, Santiago y Alberto. Y por otra parte y es lo que ahora nos importa con relación al tema de las facturas, en los hechos se ha indicado que una parte de las ganancias provenientes del club Plenilunio, se facturaban en concepto de comidas del restaurante Luna del Principito propiedad de Santiago y Alberto, no conocemos detalladamente quien realiza falsedad pero constituyen indicios el hecho de que el restaurante sea propiedad de Alberto y Santiago y por ello fueran estos los que falseasen dichas facturas. Por todo ello considero que incurren este delito de blanqueo de capitales en grado de participación de autoría y grado de ejecución de consumación. Por otra parte, también contribuye a atribuir esta responsabilidad a Tatiana el hecho de que participa en un 10% de las ganancias delictivas.

a) El autoblanqueo

³⁹ Destaca la STS de 8 de mayo de 1992, sala 2ª, rec nº:4408/1990.

⁴⁰ Art.390.1CP : 1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.”

⁴¹ Art. 395CP: El que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.”

⁴² De acuerdo con el Artículo 301.1CP. “ El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.”

En concreto consideramos que la conducta que realizan Tatiana, Alberto y Santiago es de autoblanqueo, entendiendo por este el blanqueo de capitales cometido por el sujeto responsable del delito anterior. Apoyamos que se produce un concurso real con los delitos precedentes y el delito de blanqueo de capitales, sin infracción del principio de “ne bis in idem”.

b) Importancia de la conducta de abogados y demás profesionales respecto de este delito

Partimos de que la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, dota de cierta importancia, la postura que pueden adoptar profesionales como abogados, notarios, contadores o contables, así como otros profesionales, respecto de sus clientes ya que estos pueden servirse de sus servicios para blanquear sus capitales. El legislador español, tomó como punto de referencia la ya señalada normativa comunitaria y la reflejó en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, concretamente su art.2.1 letra ñ) indica como sujetos obligados entre otros profesionales a los abogados. Lo que ocurre en nuestro caso es que **Xaime P abogado de la sociedad Na & Ma S.L** aconseja a los socios sobre la posibilidad de depositar las ganancias en la cuenta gibraltareña abierta el 1 de febrero de 2008 y así dificultar las investigaciones por parte de las autoridades españolas. Por tanto también es **autor del delito de blanqueo de capitales**.⁴³ La función de un abogado es defender al acusado o imputado así como su asesoramiento jurídico, forma parte del blanqueo de capitales el abogado que asesore como sortear la ley, sin embargo sí hay una exoneración de la responsabilidad acerca de la revelación de información que recibieren de sus clientes.⁴⁴ Sin embargo en opinión de SÁNCHEZ STEWART, “es evidente que no cabe hablar de obligada confidencialidad frente a un hecho de esa naturaleza. Mucho menos si no sólo se conoce el hecho sino se ha intervenido en el delito. El Abogado no podría acogerse a la exención de la obligación de denunciar que impone el artículo 263 de la LECr.”⁴⁵

4. Cuestiones concursales

- Concurso real de delitos entre las diferentes defraudaciones a la Hacienda Pública.

Como ya comentamos con antelación, no se pueden tratar las conductas delictivas respecto a cada uno de los ejercicios sociales como constituyentes de un delito continuado, no se pueden acumular las cuantías que han sido objeto de defraudación en cada uno de los períodos impositivos, aunque la jurisprudencia no adopta una posición absoluta en este tema, ya que podemos encontrar algunas sentencias que fundamentan el concurso real de delitos mientras otras admiten el delito continuado de delitos.⁴⁶

-Concurso ideal de delitos entre el blanqueo de capitales y la falsedad documental.

En el presente caso, como ya hemos hecho referencia, “el blanqueo se asocia a la realización de un delito de falsedad documental, ya que la ocultación de las manifestaciones externas de los bienes se consigue a través de la falsificación de documentos”⁴⁷. Como indica MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁴⁸,

⁴³ PUNTAS DOMÍNGUEZ, A; *Delito Fiscal y Blanqueo de Capitales*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011

⁴⁴ Vid. art. 263 Lecrim y art. 542. LOPJ

⁴⁵ SÁNCHEZ STEWART, N; “Abogados y blanqueo de capitales” en *II Congreso sobre prevención y respresión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, ABEL SOUTO; M(Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.30.

⁴⁶ Vid. SAP de Madrid de 29-01-2005, sección 17ª, rec nº:10/2004.

⁴⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C; *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit; p.628.

⁴⁸ *Ibidem*.

las relaciones entre ambos delitos será no el concurso de leyes si no el de delitos puesto que los bienes jurídicos objeto de tutela por los diferentes delitos son diferentes. Existe un amplio debate doctrinal a la hora de determinar qué tipo de concurso aplicar el real o el ideal, así por ejemplo la STS de 28 de octubre de 1997, rec n°:880/1991, consideró que se produjo un concurso ideal entre el delito de defraudación a la Hacienda Pública y la falsedad documental. De acuerdo con lo previsto en el art. 77CP, se aplica en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave sin que pueda superar la suma de las penas que correspondería aplicar si se sancionaran las infracciones separadamente.

-Concurso real entre delito fiscal y delito de blanqueo de capitales.

En este caso, las cuotas defraudadas son objeto de blanqueo, por tanto en primer lugar se incurrió en diferentes delitos fiscales y posteriormente para dotar de legitimidad a las sumas defraudadas se procedió a ocultar su origen y localización. Por todo ello entendemos que el delito fiscal es antecedente del delito de blanqueo de capitales tal como se ha puesto de manifiesto por la sentencia TS, de 20 de marzo de 2007, rec n°:364/2003.

“En efecto, no hay concurso de normas entre el art. 344 bis h) y ss. y el 349 CP 73 (ahora 301 y ss. y 305 CP 95). No cabe hablar de absorción del art. 8.3 CP actual, sino de concurso real de delitos del art. 73. Existieron actos diferentes para la consumación de uno y otro delito que merecen la aplicación de las penas correspondientes a cada uno para abarcar todo el contenido antijurídico de los comportamientos punibles aquí examinados.”

5. Conclusiones

Sintetizamos en este apartado los elementos clave que sirven de premisa para fundamentar la responsabilidad por los delitos fiscales, delito de falsedad documental y de blanqueo de capitales.

En primer lugar, se elude el pago del Impuesto sobre Sociedades, el sujeto obligado son las personas jurídicas excepto las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil, de acuerdo con el art. 7 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Como ya explicamos, hay dos tendencias respecto a quién ha de ser el sujeto activo de este delito, por una parte, quienes apoyan que solo puede serlo el obligado tributario, es decir, en nuestro caso, Na& Ma S.L, y por otra parte aquellos que consideran que puede ser autor del delito fiscal todo el que se encuentre en situación de afectar a la Hacienda Pública y a su patrimonio. Considero que los Alberto y Santiago, socios únicos de la sociedad y al menos administradores de hecho de la misma sí responden penalmente por estos delitos. Se han cometido 3 delitos fiscales tipificados en el art. 305CP en relación con los ejercicios fiscales de 2010, 2011, 2012 puesto que el delito cometido respecto al ejercicio de 2009 ha prescrito, recordemos que se establece en el art.131 CP un plazo de prescripción de 5 años y la denuncia tiene lugar el 13 de mayo de 2014, y puesto que la conducta de defraudación del ejercicio fiscal del 2013 no alcanza la cuantía necesaria para ser delito se trata de una infracción administrativa. Apoyamos que se produce un concurso real de delitos por cada una de las defraudaciones cometidas en lugar de un delito continuado.

En segundo lugar, otra parte de las ganancias procedentes de los servicios sexuales se computaban en concepto de comidas del restaurante Luna de Principito propiedad de Alberto y Santiago, se falsean unas facturas, de modo que se oculta la procedencia ilícita de las ganancias, por tanto ambos son autores del delito de blanqueo de capitales tipificado en el art.301 CP pero además también es autora de este delito Tatiana ya que percibe un 10% de las ganancias a pesar de que no sea la autora material de la falsedad de las facturas. Estimamos que se produce un concurso ideal entre el delito de falsedad de documento mercantil y el de blanqueo de capitales. Por otra parte, puesto que tanto Tatiana, Alberto y Santiago son autores de los delitos de los que se derivan las ganancias posteriormente blanqueadas por estos su conducta se encuadra mejor en llamada de autoblanqueo. Por otra parte, también debemos recordar que también engloba el blanqueo de capitales el ocultar la localización de las ganancias delictivas por ello el abogado de acuerdo con lo previsto en el art. 1.2

letra b) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, Xaime P. también es autor de dicho delito al aconsejar el depósito de las mismas en una cuenta gibraltareña y obstaculizar posibles investigaciones, sin perjuicio del deber de confidencialidad del abogado ya que este es un sujeto obligado de acuerdo el art. 2.1 letra ñ) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

VI. DICTAMEN SOBRE LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES TRIBUTARIAS Y/O PENALES EN LAS QUE HABRÍA INCURRIDO LA SOCIEDAD NA&MA S-L POR LOS HECHOS NARRADOS EN EL SUPUESTO.

Con la reforma del Código Penal efectuada por la LO 5/2010, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas establecida en su art. 31 bis. Lo que supuso el fin del principio “societas delinquere non potest” a favor del principio “societas delinquere et purini potest”.

El art. 31 bis CP establece : *“En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.*

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.”

Como ya vimos, Alberto y Santiago son los únicos socios de Na&Ma S.L, considero que **al menos, son administradores de hecho de dicha entidad mercantil**⁴⁹, ya que perciben prácticamente la totalidad de las ganancias- recordemos que Tatiana se quedaba tan solo con un diez por ciento de las mismas-, además de que según las declaraciones de Pietro, Tatiana y Zulaika, ellos son sus superiores de los que emanan las direcciones de actuación, imponiendo las decisiones de gestión de la sociedad, mandan y gobiernan. Desarrollan la dirección real, no se encuentran subordinados a nadie. Para ser administradores de derecho deben poseer un título jurídico válido, haber sido nombrados y estar inscritos como tales. Desconocemos si gozan de dicha condición o si existe un tercero que la ostenta, ya que tal como indica la Ley de Sociedades de Capital, no se requiere la condición de socio para ser nombrado administrador.⁵⁰

Ambos sujetos han actuado en provecho de la persona jurídica en nombre o por cuenta de la entidad, es decir para obtener un beneficio empresarial directo. Ambos desarrollan una conducta delictiva, en tanto que administradores de la sociedad aunque se desvían en el adecuado ejercicio, como ya ha sido objeto de explicación, incurrir en el delito de trata de seres humanos, explotación sexual, varios delitos fiscales y blanqueo de capitales, lo que les supone un importante ahorro en costes en primer lugar al no satisfacer a las mujeres ningún tipo de contraprestación por los servicios que prestan de los que se lucran directamente, no declaran a la Hacienda Pública a través del Impuesto sobre Sociedades, las ganancias que obtienen además de que justifican la existencia de dichas cantidades computándolas en concepto de facturas del restaurante Luna del Principito del que son propietarios, generando así una importante suma de beneficios.

Estas conductas pueden ser objeto de imputación a la persona jurídica, no estamos hablando de hechos ajenos a ella, los diferentes delitos han sido perpetuados por administradores, al menos de hecho de la sociedad, pero son imputables a la persona jurídicas si no se han tomado los

⁴⁹Destaca la STS de 26 de enero, sala 2ª, rec nº:1064/2006 «el administrador de hecho debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión. Debe desempeñar una función de dirección real, con independencia de la formalidad de un nombramiento».

⁵⁰Vid. art. 212 Ley de Sociedades de capital

imprescindibles mecanismos de prevención que lleguen a controlar la actuación de los administradores. Toda vez que se estaría contraviniendo el principio de culpabilidad consistente en que penalmente solo se responde por los actos propios y nunca por los ajenos, es decir, castigaremos a la persona jurídica por la conducta que a esta se le puede imputar, en este caso el no haber previsto o activado mecanismos para evitar la comisión de delitos en su ámbito, lo que la doctrina viene denominando defecto de organización. Por todo ello, consideramos que Na&Ma S.L. debe responder penalmente por los delitos cometidos en el seno de la misma, por sus administradores. Pero **también responderá por los delitos cometidos por sus empleados**, opinamos que ostentan esta condición, Romelia, Tatiana, Pietro y Zulaika, al ser sujetos situados bajo el ámbito de dirección de los administradores, al realizarse por cuenta de la sociedad y en provecho de esta. Lo fundamental como ya comentamos, es la carencia de medios necesarios para evitar estas actuaciones delictivas y es esta omisión del deber de control lo que conlleva a imputar a la entidad estos actos.

Pero además es que responde, de todos los delitos en los que han incurrido los sujetos mencionados, ya que todos ellos, delito de trata de seres humanos, delito relativo a la prostitución y corrupción de menores, delitos contra la Hacienda Pública, y blanqueo de capitales⁵¹ (pero no sin embargo respecto de los delitos cometidos contra los derechos de los trabajadores), se encuentran recogidos en el art. 31.1 bis CP, señalado este un **numerus clausus de delitos que las personas jurídicas pueden cometer**.⁵² Tal como se señala en la Circular de la Fiscalía 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la LO 5/2010, “la responsabilización de las personas jurídicas tiene por objeto evitar que se cometan ilícitos penales en su ámbito de actividad, bien por parte de la cúpula –gestores, administradores, representantes legales– bien por los empleados y colaboradores de la misma.”

Por tanto se le pueden imponer las **penas previstas en el art. 33.7CP**:

-Multa por cuotas o proporcional.

-Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

-Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

-Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

-Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

-Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

-Intervención judicial.

También se le pueden imponer las penas indicadas en el art.302CP en el que se tipifica el blanqueo de capitales consistiendo estas en:

-Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

-Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Con la reforma introducida por la LO 1/2015 que entrará en vigor el 1 de julio, se modifica este precepto y a mi modo de ver se procede a realizar una mayor concreción al indicar lo siguiente: “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de

⁵¹Respecto de los delitos contra los derechos de los trabajadores, no podemos establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas pero el CP señala que el juez puede adoptar medidas susceptibles de aplicación a empresas, vid. art. 129

⁵²Vid. art. 31.1 bis CP.

un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.”

En relación con las **responsabilidades tributarias** de la persona jurídica, recordemos que ésta es el sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, por tanto responderá de las omisiones al pago del mismo y por tanto no responde tan solo penalmente por los delitos cometidos en su seno sino también por los aquellos hechos que sean tipificados como infracciones administrativas por la LGT. La LGT tipifica una serie de infracciones entre ellas se encuentra el no presentar declaraciones, como ocurre en el presente caso, ya que gran parte de las ganancias obtenidas por Na & Ma S.L, no se declaraban. Se incurre por tanto en una infracción tipificada en el art. 184.2 LGT. Sin embargo, entendemos que se ha cometido dicha infracción respecto ejercicio fiscal del año 2013, al no alcanzar la cuantía defraudada la necesaria para que esta omisión del deber de pago de la obligación tributaria constituyese un delito. Por otra parte, también consideramos importante destacar que para el caso de que alguna de las actuaciones de impago constituyesen infracción administrativa, conforme a lo establecido en el art. el art. 191.4 LGT, constituiría una infracción muy grave al haber empleado medios fraudulentos, como son la falsificación de documentos mercantiles, las facturas, para justificar la procedencia de las sumas de origen ilícito defraudadas. Cabe recordar que se han emitido unas facturas falsas mediante las que se ocultaba el verdadero origen de las ganancias computándolas como cobros por comidas del restaurante Luna de Principito, se podría incurrir por tanto en una infracción tributaria tipificada en el art. 201.3 LGT, el cual señala que constituye infracción muy grave cuando se expidan facturas falsas, ya que uno de los deberes del obligado tributario es la expedición adecuada de las facturas. Sin embargo este hecho entendemos que queda absorbido por el delito de blanqueo de capitales por el que ya responde penalmente la persona jurídica.

Como vemos se ha incurrido en delitos contra la Hacienda Pública pero también en infracciones tributarias, conviene traer a colación lo establecido en el art. 180 LGT, de que en caso de que la Administración Tributaria estime que la infracción puede ser constitutiva de un delito contra la Hacienda Pública debe pasar el tanto de culpa a la jurisdicción competente o bien remitirá el expediente al Ministerio Fiscal absteniéndose de continuar el procedimiento administrativo, quedado este suspendido hasta que no recaiga sentencia firme, se produzca el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o el Ministerio Fiscal devuelva el expediente administrativo, lo que implica la preferencia del orden penal frente al procedimiento administrativo.

Nos parece relevante señalar de acuerdo con lo señalado en el art.81 LGT que en caso de que se interponga denuncia o querrela por delito contra la Hacienda Pública o se comience un proceso judicial por tal delito, con motivo de una comprobación e investigación inspectora, el órgano competente de la Administración Tributaria puede adoptar medidas cautelares. Una vez adoptada se notificará al interesado, al Ministerio Fiscal y al órgano judicial competente y se mantendrá hasta el momento en el que se levante o bien se convierta en por el órgano judicial competente en una medida jurisdiccional.

Cabe destacar en relación con el principio de non bis in idem, que en caso de que haya recaído una sentencia condenatoria, no se podrán imponer sanciones administrativas por el mismo hecho, sin embargo de acuerdo con jurisprudencia del TS tal como se aprecia en la sentencia de 20 de enero de 2006, se permitió que sobre un mismo hecho en virtud del cual se impuso una sanción administrativa, recayese sentencia condenatoria por delito si para el cumplimiento de esta condena se computa lo cumplido con la sanción administrativa.

1. Aplicación de agravantes por pertenencia a una organización criminal.

Los delitos relativos a la pertenencia a organizaciones, grupos criminales y asociaciones ilícitas, se encuentran tipificados en el título XXII del Libro II del Código Penal, entre los delitos contra el orden público, lo que implica que se pretende proteger la estabilidad social es decir, garantizar tranquilidad social en los diferentes ámbitos del país. La organización criminal se caracteriza por intercambiabilidad de los miembros, estructura jerárquica con relaciones de subordinación, coordinación y actuación al margen del Ordenamiento Jurídico⁵³. **Intercambiabilidad de los miembros**. Es decir que el número de miembros haga posible el reemplazo ante la negativa de actuar por alguno de los miembros. Hay una pluralidad de personas (Romelia, Tatiana, Pietro, Zulaika, Santiago, Alberto, Xaime P.). **Estabilidad en el tiempo** como mínimo llevaban desde el año 2009 organizados ya que a partir de ese año han defraudado a hacienda, es un indicio. **Estructura jerárquica** con relaciones de coordinación y de subordinación⁵⁴, FARALDO CABANA considera que ha de existir una relación vertical y por tanto, debe comprobarse la presencia de un centro de decisiones del que emanan órdenes obedecidas por los subordinados debe haber una división del trabajo entre los miembros siguiendo normalmente las órdenes de los dirigentes para lograr un objetivo común. Existe un reparto de funciones y coordinación, ya que Romelia, se encargó al menos de la captación de María, son indicios de que probablemente haya captado a las demás mujeres puesto que todas ellas son rumanas, Tatiana recaudaba gran parte de las ganancias de la sociedad Na&Ma S.L, Pietro se encargaba de la vigilancia de las chicas además de ser camarero del club. Zulaika guardaba los pasaportes de las chicas así como el dinero por los servicios sexuales y controlaba las entradas y salidas del local. Santiago y Alberto eran los “jefes” recibían el dinero obtenido de la prostitución. **Actuación al margen del Ordenamiento Jurídico**, nos hallamos ante la comisión de delitos como la trata de personas, prostitución, tráfico de drogas y delito de defraudación a la Hacienda Pública, blanqueo de capitales. Podría hablarse de grupo criminal si no hubiese estabilidad o coordinación o distribución de funciones. Bastando con que estuviesen concertadas 3 o más personas para la perpetración de delitos o faltas reiteradas.

Pero el hecho de pertenecer a un grupo u organización criminal también es delito, por tanto, hablamos de 2 injustos penales, el de la propia organización criminal y el delito cometido o intentado. Vemos que nos encontramos ante una **organización criminal**, por tanto además de los delitos cometidos en el seno de la misma, debe apreciarse el delito de pertenencia a dicha organización, tipificado en el art. 570bis⁵⁵. CP. Con lo cual se aplica un concurso real de delitos entre el tipo previsto en el mencionado artículo, 570 bis, y los concretos ilícitos penales ejecutados en el seno de la organización. Sin embargo la mayoría de los delitos que en esta se han cometido,

⁵³FARALDO CABANA, P. “Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita”, en *La Delincuencia Organizada: Un Reto a la Política Criminal Actual*, Villacampa Estiarte, C (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013;pp. 45-81.

⁵⁴ Destaca la SAP Madrid, 24-10-2014 “para la apreciación de la organización criminal no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, que podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de varias personas para la comisión de delitos, sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas entre ellos con la suficiente consistencia y rigidez, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de codelinencia o de grupos criminales. Del mismo modo, respecto de los medios empleados o disponibles para la agrupación o unión de personas con finalidad delictiva, es preciso señalar que no se requiere para poder acoger un supuesto de organización que esta se halle provista de medios muy sofisticados de comunicación y transporte. Ahora bien, sí ha de operarse con un baremo intermedio que imponga la exigencia de unos medios de cierta entidad con el fin de que la organización alcance una capacidad delictiva superior a la que tendría un grupo criminal o un mero supuesto de coautoría.”

⁵⁵El art. 570bisCP, prevé lo siguiente: “1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.”.

prevén subtipos agravados que hacen aplicables a esta situación entonces no se llegaría a producir el concurso real del delito concreto cometido y el delito de pertenecer a la organización, al estarse ya castigando a través del subtipo la comisión del ilícito en el marco de la misma y se estaría vulnerando el principio de non bis in ídem al emplear dos veces el mismo hecho para agravar la pena.

Nos encontramos con subtipos agravados con referencia a la pertenencia del culpable a una organización criminal o haberse cometido el delito en el seno de la misma en diferentes delitos que nos ocupan: el art. 177bis apartado seis CP señala “ Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, **cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio**, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriera la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior. **Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.** En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.” Sería posible aplicarlo dado que, consideramos que Tatiana, Santiago y Alberto, responsables del delito de trata de seres humanos, forman parte de una organización criminal, además de que los dos últimos, es decir, Alberto y Santiago, son los jefes de dicha organización, como ya comentamos y se puso de manifiesto en los hechos, éstos son los que perciben prácticamente la totalidad de las ganancias obtenidas de la prostitución coactiva a la cual se encontraban las mujeres, previamente captadas mediante el proceso de trata de seres humanos.

Respecto al delito de explotación sexual, también se prevé específicamente el castigo de la conducta delictiva realizada por el culpable que pertenece a una organización criminal, ya que se establece en el art. 188.4 letra b) letra “Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.” Cabe aplicar esta agravante.

De acuerdo con el art. 305.1 bis CP letra b), se prevé también agravación por realizar la defraudación en el seno de una organización criminal “El delito contra la Hacienda Pública será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal.” También cabe la posibilidad de aplicar dicho precepto ya que los responsables del delito fiscal, son Alberto y Santiago, presuntos jefes de la organización criminal.

Respecto al delito de blanqueo de capitales igualmente nos encontramos con una previsión similar a las anteriores, en el art. 302CP. “En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.”

Por tanto como vemos, se produce un concurso de normas con el 570 bis CP en el que se sanciona con independencia dicha pertenencia o dirección en la organización criminal.

Pero, tal como explica la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado en muchas ocasiones si aplicamos el subtipo agravado en lugar del concurso entre el art. 570 bis con el tipo básico del delito, siguiendo el criterio de especialidad, se proporciona un trato más favorable ya que se impone una pena menor que la que resultaría de aplicar el concurso real antes señalado en aras del criterio de alternatividad. El art. 570 quater 2 soluciona esta situación imponiendo como criterio preferente

el criterio de alternatividad, el cual a la vista del art. 8.4CP⁵⁶ este es subsidiario a los demás criterios, pero que mediante el 570 quater se le otorga preferencia.

Por tanto tenemos dos opciones o aplicar directamente el subtipo agravado que castigue la pertenencia del culpable a una organización criminal, la comisión del delito en el seno de la misma o bien su dirección previsto en cada uno de los delitos objeto de imputación sin aplicar el art. 570 bis, a fin de no contravenir el principio de *nom bis in idem*. O una segunda opción, aplicar un concurso real de delitos entre el de pertenecer a una organización criminal del 570 bis y los tipos referidos a los hechos delictivos cometidos.

VII. DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LA SOCIEDAD NA&MAS, S.L SEA CONSIDERADA UNA SOCIEDAD NULA DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA.

Na & Ma, se trata de una sociedad limitada, en tanto que sociedad de capital tal como se indica en el art.1⁵⁷ del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se encuentra sometida a ésta. Sin embargo, en el CC podemos encontrar una regulación básica del contrato de sociedad en los arts. 1665 y ss. A pesar de que se refiere a la sociedad civil, vertebrada una especie de parte general del Derecho de Sociedades, sirviendo de base a principios y de derecho de la organización societaria. La sociedad debe tener un objeto lícito y una causa lícita, dicho requisito no solo debe cumplirse al perfeccionar el contrato sino que este debe mantenerse durante toda la vida de la sociedad. De modo que la ilicitud sobrevinida es causa de nulidad. Debemos concretar en qué supuestos se puede declarar la nulidad de una sociedad de capital, así, de la lectura del art.56 de la LSC, se desprende de su primer apartado que una vez inscrita la sociedad la acción de nulidad puede ejercitarse por una serie de causas entre ellas la prevista en la letra e) ser su objeto social ilícito o contrario al orden público. Fuera de los supuestos que en este artículo se indican no puede ser declarada la inexistencia ni la nulidad de la sociedad ni tampoco declararse su anulación.

El objeto social debe determinar “las actividades que lo integran entendiendo por tales aquellas de carácter económico que la sociedad propone llevar a cabo”⁵⁸. El objeto social de la entidad mercantil Na&Ma S.L que consta en sus estatutos sociales, es la “gestión de locales de ocio” y tiene dos establecimientos abiertos al público, el club Plenilunio y el restaurante Luna del Principito. A simple vista, su objeto social es lícito, sin embargo ya conocemos que realmente en el club Plenilunio se desarrollaba el ejercicio de la prostitución forzada por parte de las mujeres de procedencia rumana previamente sometidas a un proceso de trata de seres humanos, como ya vimos con su captación, transporte, alojamiento...Lo que supone que realiza actividades delictivas y por tanto ilícitas. Hemos de deslindar lo que es el **objeto social formal** e inscrito y el **objeto social real** y efectivo. El objeto de gestión de locales de ocio no es ilegal ni ilícito, ni contrario por tanto al orden público por ello no se puede determinar la nulidad de la sociedad respecto del mismo.

Pero como se manifestó en los hechos y se explicó detalladamente en el presente trabajo, la sociedad se dedicaba a cometer hechos delictivos (trata de seres humanos, explotación sexual, delito fiscal, blanqueo de capitales...), siguiendo a la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante número 479/2012, de 22 de noviembre de 2012, sección 4ª, rec nº:303/2012 “mientras penalmente no se declare la existencia de algún delito de los que en la actualidad están siendo objeto de investigación instructora, tales infracciones no existen y no pueden ser tenidas en cuenta a la hora de catalogar la ilicitud del objeto social realmente existente.”, por tanto hasta que no recaiga condena por tal actividad delictiva no podremos declarar la nulidad de la sociedad.

⁵⁶Vid. dicho artículo, 8CP y 570bisCP

⁵⁷El mencionado art.1 LSC en su apartado primero dispone lo siguiente “1. Son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones.”

⁵⁸IGLESIAS PRADA,J/GARCÍA DE ENTERRÍA,J; en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, MENÉNDEZ,A/ROJO,A (Dir.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, p. 431.

Así según la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de noviembre de 1990, sala 6ª, 1991/78, “Según la Comisión, la expresión «**el objeto de la sociedad**» debe interpretarse de forma que se refiera exclusivamente al objeto de la sociedad, según la **descripción contenida en la escritura de constitución o en los estatutos**. De ello se desprende que la declaración de nulidad de una sociedad no puede ser consecuencia de la actividad que realmente desarrolla, tal como, por ejemplo, el expolio de los acreedores de los fundadores”. Por todo ello afirmamos que **sí puede ser objeto de nulidad la sociedad Na&Ma S.L.**, y en caso de que se ejercite la acción de nulidad y se dicte sentencia sobre esta se estará a lo dispuesto por el art. 57 LSC.⁵⁹

VIII. DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LA SOCIEDAD NA&MA, S.L. REGISTRE COMO MARCA “PEQUEÑAS SUMISAS ARDIENTES” PARA LA CLASE 43.

En primer lugar debemos explicar que una marca requiere ser inscrita en el Registro de Patentes y Marcas y que se realiza tanto a nivel nacional como supranacional la **diferencia entre las prohibiciones de registro absolutas y las relativas**.

El primer tipo de prohibiciones se refieren a **intereses particulares o privados**, al entrar en conflicto con terceros puesto que la marca puede no estar disponible. Sin embargo, las prohibiciones de registro absolutas se encuentran relacionadas con **intereses públicos o generales** (el mantenimiento del sistema de libre competencia y en especial, que el sistema de marcas no acabe convirtiéndose en un obstáculo frente al sistema de libre mercado en vez de un instrumento para que la competencia sea efectiva y no falseada), tal como se puede apreciar de la lectura de la exposición de motivos de la Ley de Marcas, se basan en la naturaleza y características del signo en sí y no en su relación con otras marcas y signos distintivos. **No cabe registrar una marca que adolezca de una prohibición absoluta**. Las prohibiciones relativas sin embargo, pueden ser objeto de subsanación o en caso de autorización expresa del tercero titular del derecho anterior pueden llegar a esquivarse, caso de la caducidad por tolerancia, por ejemplo.

Pero tan solo se podrá denegar la inscripción en caso de que la marca carezca de capacidad distintiva o bien porque incurra en alguna de las prohibiciones previstas por la ley.⁶⁰ Por otra parte también es preciso indicar que la **acción de nulidad de la prohibición absoluta es imprescriptible** a diferencia de la acción de nulidad respecto de las prohibiciones relativas. Prácticamente las causas de nulidad absoluta coinciden con las prohibiciones absolutas de registro, con excepción de la prohibición de registro por mala fe. Puesto que consideramos que la marca **“pequeñas sumisas ardientes” incurre en un caso de prohibición de registro absoluta** del art.5.1 f) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.⁶¹ Procederemos entonces a explicar el motivo que nos conduce a tal afirmación. La Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, Indica que no se podrán registrar como marcas los signos, según el mencionado apartado art.5.1 f) “Los que sean contrarios

⁵⁹De acuerdo con el art.57 LSC

“1. La sentencia que declare la nulidad de la sociedad abre su liquidación, que se seguirá por el procedimiento previsto en la presente ley para los casos de disolución.

2. La nulidad no afectará a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros, ni a la de los contraídos por éstos frente a la sociedad, sometiéndose unas y otros al régimen propio de la liquidación.

3. En las sociedades de responsabilidad limitada, cuando la sociedad sea declarada nula por no haberse desembolsado íntegramente el capital social, los socios estarán obligados a desembolsar la parte que hubiera quedado pendiente. En las sociedades anónimas, cuando el pago a terceros de las obligaciones contraídas por la sociedad declarada nula así lo exija, los socios estarán obligados a desembolsar la parte que hubiera quedado pendiente.”

⁶⁰ FERNANDEZ NOVOA,C; *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2004 p.231

⁶¹ Vid. Art.5 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. que no puedan constituir marca por no ser conformes al artículo 4.1 de la presente Ley.

a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres.” Por **ley** se debe entender, la normativa vigente así como los derechos constitucionalmente reconocidos. El **orden público**, entendido este como conjunto de principios jurídicos, morales, políticos y económicos obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada. Las **buenas costumbres**, equivalen a la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas honestas, según DE CASTRO⁶².

Además hemos de plantearnos si el significado inmoral de la denominación va a ser conocido por un amplio sector de la población o tan solo por un reducido segmento⁶³. En segundo lugar se apreciará a qué tipo de productos o servicios se va a dirigir la marca. En este caso se aplicaría a servicios sexuales. En tercer lugar, también hay que considerar la sensibilidad del consumidor del producto o servicio afectado por la marca, la tolerancia será menor cuanto más amplio sea el sector de población potencial consumidor de dicho producto o servicio.⁶⁴ Así como, su estructura denominativa⁶⁵. En nuestro caso, la marca “pequeñas sumisas ardientes” consideramos que atenta contra el orden público, es la Na & Ma S.L, entidad que se dedica a actividades delictivas como son la trata de seres humanos y la explotación sexual de las mujeres quien solicita el registro de dicho signo, fin de aplicarlo a los servicios que prestan forzosamente las mujeres víctimas de los delitos antes indicados. Al adolecer de una prohibición de registro absoluta por ser contraria al orden público, la OEMP la examinará “*ex officio*”.

Debemos referirnos al hecho de que el orden público es un concepto jurídico indeterminado, pero que la STS de 5 febrero de 2002, contempla el orden público como “los principios y directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas” o como “la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnera”.

En relación con **clase 43**, dicha clase forma parte de la denominada **Clasificación de Niza** la cual se basa en el Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, aprobado en 1957. Dicha clasificación consiste en una clasificación de productos y servicios, el solicitante indicará la clase para la cual desea solicitar la marca. Esta clasificación simplificó el trámite de solicitud, puesto que los productos o servicios que se verán afectados por una determinada marca se clasificarán de forma unitaria en cada uno de los países que adoptaron la clasificación.⁶⁶ Se actualiza cada 5 años por un comité de expertos, la última edición es de 2012. Ésta nos indica que la clase 43 se refiere a servicios de restauración (alimentación) y hospedaje temporal. Es decir está destinada para marcas que se vayan a aplicar a servicios consistentes en la preparación de alimentos y bebidas para el consumo, ya sean estos prestados por personas o establecimientos y por otra parte, también va dirigida a servicios de alojamiento, albergue y abastecimiento de comidas en hoteles, pensiones u otro tipo de establecimiento que ofrezca hospedaje temporal. Abarca servicios de reserva de alojamiento para viajeros habitualmente prestados por agencias o corredores así como residencias para animales. No incluye los servicios de alquiler de bienes inmuebles para la ocupación permanente (cl.36) servicios de organización de viajes prestados por agencias de turismo (cl.39); servicios de conservación de alimentos y bebidas (cl.40); servicios de discotecas (cl.41); servicios de internados (cl.41);

⁶² FERNANDEZ NOVOA,C; *Tratado sobre Derecho de Marcas*,cit; 2004, p.231

⁶³ Atendiendo al segmento de población al que se dirigía el producto, en el caso HEPPERTE, la oficina norteamericana de marcas que la denominación “Acapulco Gold”, empleada como sinónimo de marihuana, no era contraria a la moral puesto que el consumidor medio no la relacionaría con la droga sino con la ciudad de Acapulco.

⁶⁴ *Ibíd*em

⁶⁵ La Sentencia de 7 de mayo de 1979 del Tribunal de París estimó que la marca OPIUM para hacer referencia a productos de perfumería no atenta contra el orden público y las buenas costumbres como si lo sería si la denominación incluyese los conceptos de morfina o heroína.

⁶⁶ Al 15 de julio de 2001, eran parte en el Arreglo de Niza 61 Estados. Estos han adoptado y aplican la Clasificación de Niza para el registro de las marcas. Además, también utilizan la Clasificación de Niza las oficinas de marcas de más de 90 países, tres organizaciones y la Oficina Internacional de la OMPI.”

servicios de casas de reposo y convalecencia (cl.44).

Partimos de la base de que el local Plenilunio es un local de alterne y por ello en caso de que la denominación no adoleciese de la prohibición absoluta antes explicada, la clase 43 para ese tipo de servicios carece de validez.

IX. DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE UN LOCAL COMPETIDOR DEDICADO A SIMILAR “GÉNERO DE COMERCIO”, PERO QUE CUMPLE PUNTUALMENTE CON SUS OBLIGACIONES FISCALES, EJERCITE ACCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL CONTRA NA&MA S.L

En primer lugar, nos incumbe indicar qué se entiende por acto de competencia desleal, siendo este aquel que se realice en el mercado, con fines concurrenciales es decir, tenga por finalidad promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.⁶⁷

Para resolver la cuestión debemos acudir a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, la cual proporciona medios a fin de proteger la lealtad en la lucha competitiva entre empresarios a la vez que otorga una importante protección de los intereses colectivos del consumo con el objetivo de que no se realicen prácticas que vulneren el principio de libertad de competencia u obstaculicen la competitividad del mercado.

La Ley de Competencia Desleal en su art.15⁶⁸ establece como acto desleal, la **violación de normas**, se trata de un acto desleal frente al mercado, consiste en que se “adquieran ventajas competitivas por parte de un empresario a través de la infracción de normas de Derecho Público”⁶⁹. La función de dicho artículo es de acuerdo con reiterada jurisprudencia, asegurar que el mercado funcione correctamente.⁷⁰ De acuerdo con sentencias como la SAP de Barcelona de 1 de septiembre de 1995 sección 15ª, rec n°:815/1995, así como la SAP de Baleares de 19 de julio de 2002, sección 5ª,rec n°:84/2015, además de este requisito “Para que concurra el ilícito previsto en el apartado 1 del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal son necesarios los siguientes requisitos: 1) que exista una infracción de las leyes; 2) que precisamente de la infracción derive una posición de ventaja competitiva; 3) que la ventaja competitiva sea significativa y 4) que exista un prevalimiento de la ventaja así obtenida. Por tanto deben de producirse estos presupuestos de forma acumulativa, “la mera infracción normativa no constituye por sí sola conducta desleal, ya que se exige que la ventaja competitiva represente efectiva ventaja significativa...”, tal como se desprende de la STS de 24 de junio de 2005, sala 1ª, rec n°:226/1999. Por otra parte también es necesario prevalerse de la ventaja obtenida con la infracción de la norma, al utilizar el artículo el término prevalerse, se está

⁶⁷En el preámbulo de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, se indica lo siguiente:Para que exista acto de competencia desleal basta, en efecto, con que se cumplan las dos condiciones previstas en el párrafo primero del artículo 2; Que el acto se «realice en el mercado» (es decir, que se trate de un acto dotado de trascendencia externa) y que se lleve a cabo con «fines concurrenciales» (es decir, que el acto -según se desprende del párrafo segundo del citado artículo- tenga por finalidad «promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero»). Si dichas circunstancias concurren, el acto podrá ser perseguido en el marco de la nueva Ley. No es necesaria ninguna otra condición ulterior; y concretamente -según se encarga de precisar el artículo 3- no es necesario que los sujetos -agente y paciente- del acto sean empresarios (la Ley también resulta aplicable a otros sectores del mercado: artesanía, agricultura, profesiones liberales, etc.), ni se exige tampoco que entre ellos medie una relación de competencia.

⁶⁸De acuerdo con el art.15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

“1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.

2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

3. Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería.”

⁶⁹ALONSO SOTO, R; “Derecho de la Competencia II”, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, cit; pp. 348-349

⁷⁰Así se desprende de sentencias como la SAP de Barcelona de 26 de enero de 2000, sección 15ª, rec n°:25/1999, SAP de Barcelona de 15 de noviembre de 2000, sección 15ª, rec n°:598/1999, SAP de Baleares de 19 de julio de 2009, sección 16ª, rec n°:151/2008, entre otras.

refiriendo a que ha de tratarse de ventaja real y no potencial”. Además es imprescindible que la ventaja se derive de la infracción de la norma “debiendo darse el necesario nexo causal entre la infracción y la ventaja alcanzada”. Debe de tratarse la norma infringida de una norma formal⁷¹ y la carga de la prueba le corresponde al denunciante⁷². Estimamos que se cumplen todos los requisitos para poder aplicar el precepto analizado atendiendo a lo siguiente:

-Se infringen normas jurídicas, ya que no se tributan las ganancias obtenidas a través del Impuesto sobre Sociedades, en concreto se vulneran normas tributarias.

-De la infracción se derive en una posición de ventaja competitiva, respecto de otras empresas que se dediquen a tal actividad y que sí cumplan con sus obligaciones fiscales. Como ocurre en el presente caso, se origina por ello desigualdad entre la empresa que pretende ejercitar la acción de competencia desleal ya que esta cumple con tales obligaciones tributarias.

-La ventaja es significativa, puesto que supone una gran reducción de costes. “Derivado de la infracción de la norma jurídica (fiscal, social, sanitaria, etc.) el infractor consiga desviar clientela hacia su actividad comercial, industrial, de servicios, etc., bien porque consigue disminuir los precios de sus servicios o productora, bien porque aumenta el nivel de sus prestaciones o mejora la calidad de las mismas”, SAP de Zamora de 25 de octubre de 2007, sección 1ª, rec nº:126/2007.

-Desconocemos si se prevalece realmente y no potencialmente. Pero si así fuese y además se acreditase que se produce directamente de la vulneración de las normas fiscales, si nos encontraríamos ante un acto de competencia desleal.

Por otra parte el art. 15 de la Ley de Competencia Desleal también se refiere específicamente a la contratación de trabajadores extranjeros que no cuenten con un permiso de trabajo, lo que supone también un acto desleal por violación de normas de Derecho Público. Lo que nos lleva a plantear si la empresa que desea interponer la acción de competencia desleal, también podría invocar como motivo, el hecho de que las mujeres que ejercen la prostitución son extranjeras, ya que proceden de Rumanía y carecen de permiso de trabajo. No podemos olvidar que recientemente, en la sentencia de 18 de febrero de 2015, del Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona, sección 10ª, rec nº:835/2013 se reconocieron derechos laborales a trabajadoras del sexo, otorgando tal laboralidad a esta actividad “alegal” podría exigirse que tales trabajadoras extranjeras deben disponer de permiso de trabajo.

Afirmando que sí se ha producido un acto de deslealtad frente al mercado, lo siguiente que tenemos que determinar es la cuestión relativa a si la empresa que pretende ejercitar la acción está legitimada para ello. La Ley de Competencia Desleal, establece en su art. 33 que los sujetos que gozan de tal aptitud, señalando a cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado **cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal**.⁷³

Tras la lectura de dicho artículo, afirmamos que sí está legitimada activamente, y ahora lo que nos ocupa es determinar quienes se encuentran pasivamente legitimados, mediante la lectura del art. 34 de la Ley, esta indica que las acciones de competencia desleal se pueden ejercitar contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado en su realización.⁷⁴

⁷¹Resulta ejemplificante la STS de 16 de junio de 2000, sala 1ª, rec nº:2478/1995, en contraposición con jurisprudencia menor de la cual destaca la SAP de Barcelona de 15 de noviembre de 2000, rec nº:4402/1998.

⁷²Destaca la STS de 24 de junio de 2005, sala 1ª, rec nº:226/1999.

⁷³ Art. 33 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal “Legitimación activa. 1. Cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 5.ª”.

⁷⁴Art. 34 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal Artículo 34. “Legitimación pasiva.

1. Las acciones previstas en el artículo 32 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización. No obstante, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento.

Sí entendemos que está **pasivamente legitimada** la sociedad Na&Ma S.L, ya que sus socios Alberto y Santiago, son autores, como ya explicamos anteriormente, de varios delitos fiscales, respecto a los ejercicios de los años, 2010, 2011, 2012, (ya que el delito fiscal cometido con relación al ejercicio del año 2009 ha prescrito) así como de la infracción administrativa en la que incurrieron respecto al ejercicio del 2013.

Por todo ello, podemos llegar a entender, que **la sociedad que ejerce la acción de competencia desleal contra Na&Ma S.L**, aunque se dedique a similar género de comercio, pero cumpliendo sus obligaciones fiscales, sí puede considerarse como **sujeto del tráfico jurídico** y como tal puede ser **sujeto de deberes y obligaciones y con derecho a ejercer tal acción debido a la infracción de normas jurídicas por Na&Ma S.L**

X. DICTAMEN DE LAS DIFERENTES CUESTIONES PROCESALES

1. Competencia jurisdiccional para conocer de la investigación y del posterior proceso

El órgano jurisdiccional encargado de la investigación de acuerdo con lo indicado en el art. 14.2 LECr⁷⁵, el Juez de Instrucción del partido en el que el delito se hubiere cometido será competente para la instrucción de las causas. Por tanto se encargará de la **investigación el juzgado de instrucción de A Coruña**, al ser este el lugar donde se han cometido los hechos delictivos.

Se cometieron más de dos delitos consideramos que existe **conexidad** entre ellos, de acuerdo con lo establecido en el art. 17 LECr⁷⁶. Cada ilícito penal puede contar con su propio proceso sin embargo deben de enjuiciarse conjuntamente, al encontrarnos con una serie de elementos comunes tanto objetivos o como subjetivos, dependiendo de si el elemento común o nexo se refiere a los inculpados o bien a los delitos, también puesto que varios delitos pueden imputarse a una persona, manteniendo relación entre sí, lo que se denomina conexidad mixta. Se cometió el delito de trata de seres humanos por varios sujetos y estos a la vez responden por el delito de explotación sexual, además de que también se ha cometido el delito de defraudación por sujetos que posteriormente incurrir en el blanqueo de capitales. Lo que nos conduce a determinar la existencia de conexidad objetiva, subjetiva y mixta. Puesto que los delitos de trata de seres humanos así como el de blanqueo de capitales de las cuantías defraudadas, siendo estos los delitos para los cuales se prevé un pena privativa de libertad más elevada se han perpetuado en A Coruña, tienen competencia para el conocimiento de la causa los jueces y/o tribunales de A Coruña de acuerdo con lo señalado en el art.18 LECr⁷⁷. En concreto, la **Audiencia Provincial de A Coruña** ya que de acuerdo con lo

2. Si la conducta desleal se hubiera realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª, deberán dirigirse contra el principal.

Respecto a las acciones de resarcimiento de daños y de enriquecimiento injusto se estará a lo dispuesto por el Derecho Civil.”

⁷⁵ El art.14.2LECr establece lo siguiente: “ Para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido, o el Juez de Violencia sobre la Mujer, o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine.”

⁷⁶ El art. 17LECr, contempla lo siguiente: “Considéranse delitos conexos:

1.º Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito.

2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiese precedido concierto para ello.

3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.

4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.

5.º Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma, causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados.”

⁷⁷ El art. 18LECr; indica lo siguiente:

“1. Son Jueces y Tribunales competentes, por su orden, para conocer de las causas por delitos conexos:

1.º El del territorio en que se haya cometido el delito a que esté señalada pena mayor.

2.º El que primero comenzare la causa en el caso de que a los delitos esté señalada igual pena.

3.º El que la Audiencia de lo criminal o el Tribunal Supremo en sus casos respectivos designen, cuando las causas

dispuesto en el art. 14 LECr serán competentes para el conocimiento y fallo de las causas por delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad superior a cinco años, la Audiencia Provincial y no el Juzgado de lo Penal. Según reiterada jurisprudencia de Tribunal Supremo, para delimitar la competencia se tiene en cuenta la pena en abstracto consecuencia del delito por el que se acusa y no la pena concreta que sería aquella que se obtiene de tener en cuenta el grado de ejecución, de participación y las circunstancias modificativas de la responsabilidad.⁷⁸ A lo largo del presente trabajo hemos comprobado que nos encontramos ante la comisión de numerosos hechos delictivos, ahora de lo que se trata es de fijarnos en la pena en abstracto que la Ley prevé para cada uno de ellos:

-Delito de trata de seres humanos, art. 177 bis CP: se impone una pena privativa de libertad de 5 a 8 años.

-Delito de explotación de la prostitución ajena, art. 188.1 CP: Respecto a la conducta consistente en determinar a una persona a que se inicie o mantenga en la prostitución se prevé una pena de 2 a 4 años de prisión además de multa de entre 12 o 24 mensualidades. Respecto de la conducta consistente en lucrarse de la prostitución ajena, se prevé la misma pena. Sin embargo con la reforma introducida por la LO 1/2015 del CP que entrará en vigor a partir de uno de julio de 2015, se impone una pena de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses a quien determine a una persona a que se inicie o mantenga en la prostitución. Y Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona.

-Delito de detención ilegal, art.163.3CP: se prevé una pena de cinco a ocho años.

-Delito de tráfico de drogas, art.368 CP: se castiga con pena de 3 a 6 años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

-Delito por suministrar sustancias nocivas para la salud sin la preceptiva autorización, art. 359CP: se prevé la imposición de pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para profesión o industria por tiempo de seis meses a dos años.

-Delito de imposición de condiciones irregulares de trabajo a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, art. 312.2CP: se castiga con pena de prisión de 2 5 años y multa de 6 a 12 meses.

-Delito fiscal, art. 305 CP: se impone una pena de 1 a 5 años de prisión y multa del tanto al sextuplo de la cuantía.

-Delito de blanqueo de capitales, art. 301CP: castiga entre 6 meses a 6 años de prisión además de multa del tanto al triplo del valor de los bienes.

Nos fijamos en la pena con la que se castiga la comisión de la conducta del tipo básico del delito por lo que en este caso es suficiente para determinar que el órgano judicial competente para conocer del posterior proceso es la Audiencia Provincial ya que al haberse cometido el delito de Trata de seres humanos para el cual se prevé pena de prisión de 5 a ocho años superando por tanto el límite que determinaría la competencia en favor del Juzgado de lo Penal. Puesto que basta con que la pena privativa de libertad con la que se castiga uno de los delitos presuntamente cometidos alcance un periodo igual superior a los cinco años para determinar la competencia de la Audiencia Provincial.

hubieren empezado al mismo tiempo, o no conste cual comenzó primero.

2. No obstante lo anterior, será competente para conocer de los delitos conexos cometidos por dos o más personas en distintos lugares, si hubiera precedido concierto para ello, con preferencia a los indicados en el apartado anterior, el juez o tribunal del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial, siempre que los distintos delitos se hubieren cometido en el territorio de una misma provincia y al menos uno de ellos se hubiera perpetrado dentro del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial.”

⁷⁸Vid. Sentencia TS de 10 de junio de 1997, rec nº: 5008/1998

2. Detención en Rumanía de Romelia

Considero que el mecanismo para proceder a la detención de Romelia ya que se encuentra en Rumanía, es la **orden de detención europea**⁷⁹, a fin de que se ejecute la resolución judicial por la que se acuerde la detención de Romelia para que se ponga a disposición del tribunal que lleve una causa penal contra ella, en este caso, la Audiencia Provincial como ya comentamos en el apartado anterior. Este mecanismo se encuentra regulada en el Título II (artículos 34-62) de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, en adelante LRM. Será aplicable a las resoluciones que se transmitan o reciban tras su entrada en vigor, es decir posteriores al 11 de diciembre de 2014 con independencia de que hubieran sido dictadas con anterioridad o de que se refieran a hechos anteriores a la misma, por tanto en nuestro caso si será aplicable esta ley a la orden de detención que se puede decretar respecto de Romelia, aunque se refiere a un hecho anterior a el 11 de diciembre de 2014, ya que la denuncia se presenta por María el 13 de mayo de 2014, si se desea transmitir en la actualidad sí se podría. Dicha orden europea de detención y entrega debe respetar los derechos y libertades recogidos por la CE, el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1950. La **competencia para emisión** de la orden se atribuye al juez o tribunal que conozca de la causa en la que proceda dictar la orden, en este caso la **Audiencia Provincial de A Coruña**. Sin embargo para su **ejecución** es decir, la tramitación inicial del procedimiento así como para adoptar la decisión sobre la entrega de la persona serán competentes **los Juzgados Centrales de Instrucción o Central de Menores** (artículo 35.2 LRM) conociendo la Sala de lo Penal de la AN sólo del recurso de apelación conforme a las reglas generales del artículo 13 LRM. Expresamente señala la LRM que en el plazo de 72 horas tras su detención la persona detenida será puesta a disposición del Juez Central de Instrucción (artículo 50.2 LRM, no, por tanto, ante el Juez de Instrucción del lugar donde ha tenido lugar la detención).

Antes de procederse a emitir la orden de detención y entrega, puede enviarse una comisión rogatoria para que se le pueda tomar declaración en calidad de imputada, según lo dispuesto en el art. 38LRM, o bien primero localizarlo, ordenando averiguación de su domicilio⁸⁰ o su paradero para después tomarle declaración. En el presente caso, la orden europea de detención y entrega tiene como objetivo el ejercicio de acciones penales contra Romelia, pero deben reunirse una serie de requisitos contemplados en la LRM: los hechos deben ser castigados por la ley penal española con una pena o medida de seguridad privativa de libertad de al menos 12 meses.(art.37LRM), en segundo lugar, debe cumplirse con las condiciones que la LECr prevé para el ingreso en prisión preventiva del reclamado.(art. 39.1LMR) En tercer lugar, debe dársele traslado al Ministerio Fiscal y al denunciante, en el plazo de dos días salvo que se trata de una situación de urgencia y por esto tenga que realizarse en un periodo de tiempo más reducido. Finalmente y de extraordinaria importancia, es que solo podrá dictarse auto motivado por el que se acuerde su emisión cuando alguna de las partes la solicite, de acuerdo con el principio acusatorio (artículo 39.3 LRM). Una vez que Romelia se encuentre a disposición de la autoridad judicial española de emisión de la orden de detención y entrega, ya que se trata en este caso de un proceso, para el ejercicio de acciones penales (artículo 45.1 LRM), se convocará a una comparecencia para tomar un decisión acerca de su situación personal, del periodo máximo de prisión preventiva se deducirá el tiempo que haya sufrido el reclamado derivado de la ejecución de la orden europea de detención y entrega.

3. Posibles medidas que se podrían tomar contra la sociedad antes de dictarse sentencia

Se pueden adoptar una serie de medidas tendentes a asegurar el cumplimiento de la sentencia, se prevén en el art. 33.7 CP, son específicas para las personas jurídicas, incluyen: clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial,

⁷⁹Se adjunta Anexo sobre el modelo necesario para realizar una orden de detención europea.

⁸⁰Se adjunta Anexo sobre el modelo necesario para tramitar un exhorto europeo para la obtención de pruebas.

son adoptadas por el juez instructor de la causa. Estas constituyen las medidas cautelares adecuadas para las personas jurídicas ya que si observamos la LECr prevé medidas cautelares apropiadas para las personas físicas, tales como la citación, la detención, la prisión provisional y otras medidas cautelares. Su finalidad es asegurar la ejecución y cumplimiento de la sentencia condenatoria que pudiera dictarse, por otra parte también permiten garantizar que el juicio oral se celebrara con todas las garantías, por ejemplo que estará presente el imputado.

La **clausura temporal de los locales o establecimientos y la suspensión de las actividades sociales** son medidas cautelares que se adoptan a fin de evitar la reiteración de la conducta delictiva de la persona jurídica.

El **interventor** tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. La función principal de esta medida es como se indica en el precepto, la protección de los derechos de los trabajadores y de los acreedores cuyo perjuicio se puede ocasionar por la mala gestión de la persona jurídica que lleve a la insolvencia lo que supone un riesgo para los acreedores y por otra parte al cierre o disminución de la plantilla de trabajadores lo que supone un riesgo para estos. La actividad del interventor no consiste en encargarse de la dirección y administración de la persona jurídica, su actividad se ceñirá a controlar el modo en el que se realiza tal tarea por otras personas.

Para poder adoptar medidas cautelares contra una persona jurídica deben de reunirse dos requisitos recogidos en la LECr⁸¹: por una parte, el *fumus boni iuris* identificado con el principio de *fumus delicti comissi*, es decir, que exista la apariencia de que ha tenido lugar un hecho delictivo y que es imputable a la persona jurídica en cuestión y por otra parte, el denominado *periculum in mora*, que consiste en el riesgo existente para las pruebas, para el proceso o para condena en caso de no adoptarse la medida cautelar.

Lo que motiva la adopción de medidas cautelares son el riesgo de fuga, la ocultación, alteración o destrucción de pruebas, actuación contra bienes jurídicos de la víctima y el peligro de reiteración delictiva. Sin duda, el riesgo de fuga no puede darse al referirnos a personas jurídicas, aunque si que puede existir riesgo de despatrimonialización, lo que justifica la adopción de medidas cautelares de carácter patrimonial, evitando así que devenga en imposible el cumplimiento de la sentencia que imponga pena de multa. Los demás riesgos comentados, es decir, la ocultación, alteración o destrucción de pruebas, actuación contra bienes jurídicos de la víctima y el peligro de reiteración delictiva sí motivan la adopción de la medida cautelar, aunque el juez debe indicar cuales con las causas que originan tal temor. Por todo ello, el auto debe especificar por una parte los datos que manifiestan la existencia de un hecho delictivo y los que permiten justificar su imputación a la persona jurídica afectada y por otra parte, indicar el motivo por el cual se presume que en caso de no adoptar la medida existiesen los riesgos antes mencionados. Algunos autores consideran que⁸², cabe adoptar medidas diferentes de las indicadas en tal precepto, justificándolo en que quien puede lo más, puede lo menos, por ejemplo, si existe riesgo de que manipulen cuentas corrientes u otros activos, se puede dar orden de retención a las entidades financieras o prohibición de disponer sin autorización judicial, en lugar de nombrar a un administrador o a un interventor. El art. 544 ter.1 LECr indica que no se impondrán medidas cautelares diferentes de las contempladas en el Código Penal, por tanto respetando el principio de legalidad procesal, no se pueden imponer como medidas cautelares de tipo personal unas diferentes a las ya previstas por la Ley sin perjuicio de las medidas cautelares de carácter real o patrimonial.

Además la medida adoptada ha de ser proporcional y nos decantaremos por una u otra en función de aquella menos dañina valorando los intereses que estén en juego. Además de estas medidas

⁸¹ La LECr recoge el presupuesto relativo al *fumus delicti comissi* en el art. 503.1, 1º, 2º y el relativo a el *periculum in mora* en el tercer apartado.

⁸² BANACLOCHE PALAO, J/ ZARZALEJOS NIETO, J/GÓMEZ-JARA DÍEZ, C; en *Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Las Rozas, 2011, pp 227-236.

también se pueden adoptar otras que pretenden asegurar el cumplimiento de la responsabilidad civil derivada del delito, puesto que siguiendo lo señalado en el art.116CP y para asegurar el cumplimiento de dicha responsabilidad civil, se deben adoptar medidas como el **embargo** y la **fianza**, están reguladas en el art.599 y ss LECr que establece que cuando se deriven del sumario indicios de criminalidad contra una persona el juez mandará prestar fianza a fin de asegurar las responsabilidades pecuniarias procediendo a decretar el embargo de bienes a de alcanzar la responsabilidad en caso de que no se prestase la fianza, concluimos que el embargo solo tiene lugar en defecto de la correspondiente fianza. También se encuentra regulada la fianza en los art. 1854 y 1856 CC.

4. Posibilidad de intervenir las comunicaciones de la sociedad

Para resolver la cuestión relativa a si se pueden intervenir las comunicaciones de la sociedad, debemos comenzar preguntándonos si una persona jurídica es o no titular de derechos fundamentales, el art. 18.3 CE garantiza “el secreto de las comunicaciones y en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. Es decir, si las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales sería necesario para proceder a la intervención de sus comunicaciones autorización judicial en defecto de consentimiento de los afectados.

De la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional se desprende que las **personas jurídicas sí gozan de derechos fundamentales**.⁸³ El art. 579 LECr prevé que se pueda detener la correspondencia privada, postal y telegráfica que recibiere o enviase el procesado y abrirla y examinarla si hubiese indicios de que por estos medios se pudiese comprobar algún hecho o circunstancia de relevancia para la causa. Además se pueden intervenir las comunicaciones telefónicas con la correspondiente resolución motivada y siempre que hubiese indicios de que mediante su intervención se pudiesen realizar comprobaciones de hechos trascendentes para la causa. Por otra parte, además de disponer de **autorización judicial**, también será necesario concretar uno por uno y motivadamente las líneas telefónicas, correos electrónicos, envíos postales que estarán afectados, es decir, concretar que sujetos serán objeto de la intervención. No siendo válida una orden de intervención tan general que comprenda la totalidad de teléfonos, correos y envíos postales de la persona jurídica, como ha establecido la sentencia del TC de 27 de abril de 2010, sala 2ª, rec n°: 380/2007, “debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución”. La medida debe **guardar proporcionalidad respecto al hecho que se investiga**, así la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reflejada a través de sentencias como la antes citada y la de 18 de octubre de 2010, sala 2ª, rec n°: 379-2007, indican que debe de ser objeto de investigación un delito grave, que existan indicios de que las personas cuyas comunicaciones serán intervenidas han intervenido en el hecho delictivo.⁸⁴ También debe **acotarse el intervalo de tiempo por el que se adopta la intervención**, la LECr en su art. 579.3 indica que éste será de 3 meses admitiendo las prórrogas sucesivas por iguales periodos. El material obtenido debe ser sometido a control por parte del tribunal. También tenemos que destacar que aunque la medida se adopta frente a una persona jurídica evidentemente afectará a personas físicas.⁸⁵

5. Posibilidad de investigar los movimientos de la cuenta gibraltareña

Mediante el **Convenio de Asistencia judicial en materia penal**, de Bruselas, del 29 de mayo de 2000, y su Protocolo del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34

⁸³ Destacan la STC de 12 de abril de 1988, sala 1ª, rec n°:1375/1986, “La titularidad de los derechos a las personas jurídicas de Derecho privado siempre que se trate, como es obvio, de derechos, que por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas”. Así como la STC de 17 de octubre de 1985, rec n°: 124/1985.

⁸⁴ Es relevante la STC de 5 de abril de 1999 pleno, rec n°: núms. 195/1995254/1995255/1995256/1995, 257/1995y260/1995

⁸⁵ Destacan las SSTs de 20 de febrero de 1995, rec n°: 7460/1993, y 22 de abril de 1998, sección 1ª, rec n°:3256/1996.

del Tratado de la Unión Europea, se impone el deber de llevar a cabo medidas a fin de que las solicitudes de cooperación judicial en materia de investigación de cuentas bancarias titularidad de personas inmersas en un proceso penal puedan ser satisfechas, en el supuesto de que se pueda llegar a imponer o bien penas o bien o medidas de seguridad de como mínimo 4 años de privación de libertad en el Estado requirente y máximo de 2 años en el Estado requerido o infracciones contempladas en el artículo 3 del Convenio Europol de 1995, o el Convenio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Dichas solicitudes de cooperación judicial no se comunicarán al cliente y tampoco cabe ampararse en el secreto bancario como motivo para la no cooperación judicial. Podría realizarse una **comisión rogatoria** sin embargo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 26 del referido Convenio, su aplicación a Gibraltar no tendrá lugar sino cuando se produzca su ampliación al mismo. No se ha producido tal ampliación y por tanto Gibraltar no se encuentra sometido a la obligación de cooperar pudiendo rechazar la solicitud de cooperación judicial y alegar el secreto bancario.

Gibraltar es un considerado un Territorio de Ultramar dependiente de la corona británica con un estatus especial en la Unión Europea. Para España, Gibraltar es un paraíso fiscal puesto que se trata de un territorio en el que existe una tributación. Así la La Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, en su art. 1, incluye como paraíso fiscal entre otros⁸⁶, a Gibraltar. Sin embargo este Real Decreto fue modificado por el Real Decreto 116/2003 de 31 de enero y se posibilitó la salida de alguno de los territorios antes incluidos en el señalado precepto.

Desde la entrada en vigor de la modificación, 30 de febrero de 2003, han salido de la lista una serie de territorios pero entre ellos no figura Gibraltar. La lista se actualizará teniendo en cuenta, tal como dispone disposición adicional primera apartado segundo de la Ley 36/2006 de medidas para la prevención del fraude fiscal, que entro en vigor el 1 de enero de 2015, la existencia de un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa enmendado por el Protocolo 2010, que resulte de aplicación. Que no exista un efectivo intercambio de información tributaria, así como los resultados de las evaluaciones realizadas por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales.

Lo que nos concierne es averiguar si Gibraltar continúa considerándose un paraíso fiscal tal como se refleja en el señalado artículo 1 de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes. En primer lugar, comprobamos que entre España y Gibraltar no hay acuerdo de intercambio de información. Ni tampoco un convenio para evitar la doble imposición con Gibraltar. Concluimos que **todavía es considerado un paraíso fiscal**.

Debemos comentar que el delito de blanqueo que explicamos en el dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Tatiana, Alberto, Santiago y Xaime por la gestión de las ganancias provenientes de Plenilunio, no queda circunscrito al hecho de que una parte de las ganancias se facturaban falsamente en concepto de comidas del restaurante Luna del Principito, sino que también se extiende al hecho de ocultar la localización de las cantidades delictivas y no solo su origen, este mismo tratamiento se contempla en el apartado 2 del art. 1 de la Ley de 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. “A los efectos de la presente Ley, se considerarán blanqueo de capitales las siguientes actividades: b) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva”.

⁸⁶. Vid. art.1 de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes.

Una vez que comprobamos que el hecho de ocultar la localización bienes de procedencia ilícita también es susceptible de ser considerada una conducta delictiva de blanqueo de capitales.

Consideramos preciso, indicar si los tribunales españoles serían competentes para conocer este delito dado que se ha consumado en un territorio extranjero al pertenecer Gibraltar a Reino Unido.

La respuesta a esta posibilidad es afirmativa, amparándonos en el art. 301 CP en su cuarto apartado, dispone “El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero”. Se pone de manifiesto a través de este precepto el principio de **jurisdicción internacional**. También debemos valorar la posibilidad de que, en caso de la entidad financiera, en la que se abrió la cuenta en la que se fueron depositando gran parte de las ganancias, fuese una entidad no residente en España, pero que tuviese en España, sucursales o agentes a través de los cuales prestase servicios sin establecimiento permanente, será considerada sujeto obligado a efectos de la Ley de Prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, de acuerdo con lo establecido en su art.2.

Lo que implica, someterse a una serie de obligaciones, como las contempladas en el art. 21 de la mencionada Ley. No podemos olvidar que en el **plano comunitario**, se han dictado numerosas directivas acerca del intercambio de información bancaria entre los Estados Miembros, en esta materia destacan: la Directiva 2010/24/UE del Consejo de 16 de marzo de 2010 sobre la asistencia mutua en materia de cobro de créditos fiscales correspondientes a determinados impuestos derechos y otras medidas y la Directiva 2011/16/UE del Consejo de 15 de noviembre de 2011 de cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad. Además de que se acaba con el secreto bancario ya que según lo indicado en la Directiva 2010 en su art. 5 apartado 3, la directiva del 2014 da un paso más, incluyendo en su anexo II, las obligaciones de intercambio de información sobre cuentas bancarias.

Sin embargo Gibraltar hace caso omiso de las obligaciones de la directiva mediante la cual no se acepta como excusa a la no facilitación de información sobre cuentas el secreto bancario, la de 2011 de cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad. Recordemos que lo que dificulta la situación es que en caso de que Gibraltar accediese a facilitar información sobre las cuenta bancaria estaría infringiendo su legislación interna ya que, artículo 5 del Money Laundering and Proceeds Act⁴² (vigente en Gibraltar) reconoce el **secreto bancario**. Pero dicho secreto bancario quedará sin efecto cuando se comience a aplicar el acuerdo adoptado el 13 de febrero de 2014 en el seno del Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales celebrado durante los días 28 y 29 de octubre de 2014 en Berlín sobre el intercambio automático de información de cuentas financieras («global standard for automatic exchange of financial account information») elaborada por la OCDE. Sin embargo, no comenzará a aplicarse en Gibraltar hasta 2017. Concluimos por tanto que las posibilidades de investigar los movimientos de la cuenta de Gibraltar son nulas.

6. Representación en juicio de la sociedad

En caso de ser imputada una persona jurídica será necesario que sea representada por una persona física. El art. 119.1⁸⁷ a) de la LECr señala que cuando se cite a la persona jurídica a fin de que

⁸⁷ “Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 118 de esta Ley, haya de procederse a la imputación de una persona jurídica, se practicará con ésta la comparecencia prevista en el artículo 775, con las siguientes particularidades:

- a) La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como Abogado y Procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado.
- b) La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañada del Abogado de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el Abogado de la entidad.
- c) El Juez informará al representante de la persona jurídica imputada o, en su caso, al Abogado, de los hechos que se imputan a ésta. Esta información se facilitará por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querrela presentada.

comparezca debe designar un representante además de un abogado y un procurador para desarrollar dicho procedimiento. La persona jurídica es libre a la hora de designar a su representante lo habitual es que se decante por una persona de su confianza. La única restricción es que no se le permite la designación como representante a aquella persona que actúe en el juicio en calidad de testigo, tal como se establece en el art. 786 bis 1LECr para evitar de que éste en su declaración pueda acogerse a su derecho de guardar silencio y no confesarse culpable que como representante de la persona jurídica ostentaría. La designación del representante se realizará de acuerdo con los estatutos de la sociedad, debemos comentar que en caso de que no se haya designado representante se podrá desarrollar el procedimiento con el abogado y el procurador designados aunque en el supuesto de que estos tampoco se designasen, serán designados de oficio. La relevancia que tiene el hecho de la falta de designación de representante se encuentra en que precluyen determinadas facultades que tan solo el representante está habilitado a ejercer. Puede ocurrir que en caso de que en el marco del proceso penal se imputase a personas físicas y se esperase que sería imputada la persona jurídica, el representante ya hubiese sido designado previamente, cabe también la posibilidad de que la persona jurídica contase con un compliance officer, cuya función es asegurar el desarrollo de un programa de prevención del que estuviese prevista la sociedad. Por otra parte se puede producir una modificación del representante en caso de que este posteriormente a su designación sea imputado, que fallezca o que debido a su actuación en el proceso la persona jurídica haya perdido la confianza antes depositada en él. Conviene que el representante se acredite como tal en su primera actuación ante el juez instructor de la causa, en caso contrario, puede subsanar dicho defecto en caso de que así se le permita o no podrá intervenir en el acto objeto de celebración.

Hemos de explicar que la persona física designada como representante no tiene un estatus de parte en el proceso por ello no requiere de un abogado propio o diferente del de la persona jurídica, pudiendo este último asesorar al representante.

Las funciones del representante se concretan en: durante el desarrollo de la fase de instrucción debe asistir a las correspondientes diligencias de investigación así como a la prueba anticipada en la que esté presente el imputado, tal como se desprende del art. 120.1 LECr así como declarar ante el juez instructor en nombre de la persona jurídica imputada, de acuerdo con el art. 409bis LECr. Durante la celebración del juicio oral el representante podrá asistir a las fases del juicio, puede declarar en nombre de la persona jurídica en el supuesto de que esta prueba hubiese sido objeto de proposición y admisión así como ejercer el derecho a la última palabra. El hecho de que no asista a las actuaciones en las que pueda o deba intervenir o presenciar no supone un obstáculo al desarrollo del proceso este caso el juez instructor o en su caso el tribunal se dirijan hacia el abogado o hacia este y el procurador si se trata de la vista del juicio oral, a pesar de que estos no sustituyen al representante.

XI. CONCLUSIONES FINALES

Examinando todo lo expuesto hasta el momento procedemos englobar todas las ideas arrojadas a fin de determinar una serie de conclusiones y concretar nuestra respuesta a cada una de las cuestiones que se han planteado.

En primer lugar, respecto a la responsabilidad por la prostitución de las mujeres, consideramos que son autores del delito de trata de seres humanos, Romelia, Tatiana, Alberto y Santiago. Pietro y Zulaika se limitan a auxiliar con sus actos por tanto son encubridores de este delito, todo ello con relación a las demás mujeres que se encontraron en el local, ya que como ya explicamos, a María no se le puede aplicar este delito de trata de seres humanos, porque fue introducido autónomamente por la reforma de la LO5/2010 que no entró en vigor hasta diciembre de ese año y María entró en el local Plenilunio, en fecha de marzo de 2010. Por otra parte tampoco podemos aplicar el art. 318

d) La designación del Procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con el Procurador designado todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que esta Ley asigna carácter personal. Si el Procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada.”

anterior a dicha reforma puesto que se determinó que no debe aplicarse a ciudadanos de la UE y Rumanía se adhirió en el 2007.

En segundo lugar, se han cometido las conductas de determinar a la prostitución y lucrarse de la prostitución ajena tanto por parte de Tatiana a la cual también debe de aplicársele la agravante de poner en peligro la salud o la vida de María al obligarle a prestar los servicios sexuales sin protección si así lo solicitaba algún cliente. Como Alberto y Santiago ya que se lucran directamente. Sin embargo Pietro y Zulaika considero que son cómplices de este delito. Por otra parte, se produce un concurso medial entre el delito de trata de seres humanos (del que fueron sujetos pasivos las demás mujeres sin tener en cuenta María) y el de explotación sexual, ya que el primero es medio para cometer el segundo. Así como un concurso medial entre el delito de explotación sexual y la detención ilegal, recordemos que las mujeres no podían salir del local sin la compañía de Pietro y que se encontraban sin pasaporte además de que en las ventanas de las habitaciones había rejas, por tanto se produce una situación de encierro independiente y mayor de la que la propia prostitución forzada implica. Son responsables de este delito, Tatiana al considerarla autora del mismo y Pietro y Zulaika como cooperadores necesarios. Respecto de los delitos contra los derechos de los trabajadores, consideramos que Tatiana ha incurrido en el delito del art.311.1 por imposición de condiciones que contravienen los derechos de los trabajadores, recordemos que no percibían las mujeres una adecuada y proporcional retribución, y que su horario de trabajo de 17.30 a 4.00 es excesivo.

En relación con el tema de las sustancias encontradas en el pub, respecto de la sustancia denominada *popper*, estimamos que al tratarse de un medicamento y no se encuentra fiscalizado como droga, Pietro incurre en la conducta del art. 354CP al carecer de la preceptiva autorización para suministrarlo. Respecto de la ketamina estimamos que Pietro es autor de delito de tráfico de drogas tipificado en el art. 368CP con la agravante de realizar la conducta en establecimiento abierto al público y ser empleado del mismo prevista en el art. 369.3CP, por el hecho de promover su consumo entre las mujeres ya que no apreciamos que se trata esta circunstancias de una modalidad atípica de donación como se explicó en su momento, y por el hecho de que en una ocasión vendió la sustancia a un cliente. También responden por este último delito tanto Tatiana como Zulaika al participar en él, en grado de autoría, la primera debido a que al tener dominio sobre el lugar donde tiene lugar el tráfico al regentar el local posee la condición de garante, no debió haber tolerado la conducta de Pietro, se le aplica la agravante del art. 369.3CP. Respecto a Zulaika consideramos que también es autora de este delito puesto que facilita el tráfico al recibir como medio de pago en especie las pastillas de ketamina como ya explicamos anteriormente, también se le aplica la agravante del 369.3.

Respecto al modo de gestionar las ganancias, comprendemos que Alberto y Santiago al ser socios únicos de la sociedad Na & Ma S.L y al menos administradores de hecho de la misma y al ser la persona jurídica sujeto pasivo de la obligación tributaria incurren en el delito fiscal previsto en el art. 305C, por eludir la tributación de las ganancias obtenidas, mediante el impuesto sobre Sociedades, han incurrido en 3 delitos fiscales, puesto que la cuantía correspondiente al ejercicio fiscal del año 2009, ha prescrito y la cuantía defraudada en 2013 se trata de una infracción administrativa al no alcanzar la cuantía necesaria para que constituya un delito es decir, no es igual o superior a 120.000 euros. Por otra parte se comete un delito de blanqueo de capitales, de acuerdo con el art.301CP, al computar en concepto de comidas del restaurante Luna del Principito, propiedad de Alberto y Santiago, una parte de las ganancias obtenidas de origen delictivo a fin de ocultar tal procedencia y la vez se incurre en delito de falsedad de documento mercantil, son autores del delito de blanqueo de capitales Alberto y Santiago pero también Tatiana al participar en un 10% de las ganancias. Además no podemos olvidar que el abogado Xaime P. como sujeto obligado por la Ley 10/2010 de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo incurre también en el delito de blanqueo de capitales al aconsejar depositar las ganancias en una cuenta bancaria gibraltareña lo cual implica ocultar la localización de las ganancias de procedencia delictiva y esta conducta también es susceptible de subsumirse en el delito de blanqueo según la mencionada Ley 10/ 2010.

Se produce un concurso real entre el delito fiscal y el de blanqueo de capitales, un concurso ideal entre la falsedad de documento mercantil y el blanqueo de capitales. Y un concurso real entre cada uno de los delitos fiscales cometidos respecto de cada uno de los ejercicios fiscales.

También como ya fue objeto de explicación, la persona jurídica responde por todos estos hechos tanto los cometidos por los administradores de la sociedad, los cuales presumimos que estos son Alberto y Santiago como por los hechos de sus empleados, es decir, Romelia, Tatiana, Zulaika y Pietro, todo ello ya que no se han adoptado los necesarios mecanismos para controlar la actuación de estos sujetos. En relación con las cuestiones mercantiles, consideramos que efectivamente la sociedad puede ser declarada nula a pesar de que su objeto social inscrito no es ilícito pero si lo es la actividad a la que se dedica es decir, su objeto social real. Respecto de la marca Pequeñas sumisas ardientes para la clase 43, entiendo que no puede inscribirse en el Registro de Patentes y Marcas al adolecer de una prohibición de registro absoluta por ser contraria al orden público, ya que Na & Ma S.L es responsable por los delitos que en su seno han cometido tanto sus administradores como empleados, y pretende emplear dicha marca para referirse a los servicios sexuales que prestan las mujeres forzosamente al ser estas víctimas del delito de trata seres humanos tipificado en el art. 177 bis CP y de la posterior explotación sexual. Por otra parte, la clase 43 en caso de que no adoleciese la denominación de dicha prohibición de registro tampoco sería adecuada.

Sobre la posibilidad de que un local competidor dedicado a similar “género de comercio”, pero que cumple puntualmente con sus obligaciones fiscales, ejercite acciones de competencia desleal contra Na&Ma, S. L. sí goza de legitimación activa para ello y además consideramos que se ha realizado un acto desleal puesto que se han infringido normas tributarias y además se ha contratado a extranjeros sin permiso de trabajo, constituyendo estos actos desleales que pueden llevar a que prospere la acción de competencia desleal, de acuerdo con el art. 15 de la Ley de 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. En relación con las cuestiones procesales como ya se explicó, consideramos que para conocer de la investigación es competente el juzgado de instrucción de A Coruña y para el enjuiciamiento y fallo la Audiencia Provincial de A Coruña, siguiendo los arts.14, 17 y 18LECr. La detención de Romelia, de acuerdo con la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, se debe articular mediante la emisión de una orden de detención europea por la Audiencia Provincial de A Coruña y su ejecución por el Juzgado Central de Instrucción o el Juzgado Central de Menores. Por otra parte, afirmamos que como medidas cautelares contra la persona jurídica pueden adoptarse por el Juzgado de Instrucción y a petición de parte la clausura de los establecimientos y locales, la suspensión temporal de sus actividades y la intervención judicial. Respecto a la posibilidad de intervenir las comunicaciones de la sociedad sí es posible pero es necesaria autorización judicial al ser titulares las personas jurídicas de derechos fundamentales como es el secreto a las comunicaciones. Sobre la cuestión de investigar los movimientos de la cuenta bancaria, partimos de que Gibraltar es un paraíso fiscal y su legislación protege el secreto bancario lo que restringe el poder investigar las cuentas gibraltareñas unido a que a pesar de que hay directivas que obligan a los estados miembros a facilitar información en materia de fiscalidad y sobre cuentas bancarias, Gibraltar no es receptivo a cumplirlas existe un Convenio de Asistencia judicial en materia penal, de Bruselas, del 29 de mayo de 2000, que obliga a facilitar este tipo de información pero no ha tenido lugar todavía la ampliación a Gibraltar. En cuanto a la representación en juicio de la sociedad señalar que constituye un derecho/ deber el hecho de que la sociedad esté representada en juicio por abogado y procurador y que designe a un representante, de acuerdo con sus normas estatutarias, lo más frecuente es que designe una persona de su confianza, la regulación de esta figura se encuentra en la LECr.

XII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁCALE SÁNCHEZ, M, Salud pública y drogas tóxicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ALONSO SOTO, R; “Derecho de la Competencia II”, en Lecciones de Derecho Mercantil,

- MENÉNDEZ, A/ ROJO,A (Dir.), Civitas, Cizur Menor, 2013.
- BANACLOCHE PALAO,J/ ZARZALEJOS NIETO, J/GÓMEZ-JARA DÍEZ,C;en Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales, La Ley, Las Rozas, 2011.
- BLANCO CORDERO,I; El delito de blanqueo de capitales, Cizur Menor, Aranzadi, 2012.
- FARALDO CABANA, P. “Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita”, en La Delincuencia Organizada: Un Reto a la Política Criminal Actual, VILLACAMPA ESTIARTE, C (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- FERNÁNDEZ NOVOA,C; Tratado sobre Derecho de Marcas, Marcial Pons, Madrid, 2004
- GALVEZ BRAVO, R; Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales, Bosch, Barcelona, 2014.
- GARAIZÁBAL, C,"La trata de seres humanos",en Sistema penal y perspectiva de género:trabajo sexual y trata de personas, IGLESIAS SKULJ,A/ PUENTE ABA,L-M;(Coords.), Comares, Granada, 2012.
- GARCÍA PÉREZ, R; Ley de Competencia Desleal, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- IGLESIAS PRADA,J/GARCÍA DE ENTERRÍA,J; en Lecciones de Derecho Mercantil,VolumenI, MENÉNDEZ,A/ ROJO,A (Dir.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
- JUDEL PIETRO,A/PIÑOL RODÍGUEZ,J-R, Manual de Derecho Penal.Tomo II. Parte Especial, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ,C(Cord.), Aranzadi, Thomson Reuters,Pamplona, 2011.
- MARCO ARCALÁ,L-A; “Artículo 5” en Comentarios a la Ley de Marcas, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO,A;(Dir.)Thomson Aranzadi,Cizur Menor, 2003
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ,C; Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MERINO JARA,I; Derecho tributario. Parte Especial, Tecnos,Madrid,2013.
- PUNTAS DOMÍNGUEZ,A; Delito Fiscal y Blanqueo de Capitales,Ediciones Francis Lefebvre,Madrid, 2011.
- SÁNCHEZ STEWART, N; “Abogados y blanqueo de capitales” en II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), ABEL SOUTO;M(Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- SANZ, J.; Vademecum internacional, Medicom, Madrid, 2007.
- VILLA ALCÁZAR, L-F; Medimecum, guía de terapia farmacológica, Medimecum, 2014.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C,"Análisis de las políticas de criminalización de la prostitución", en Sistema penal y perspectiva de género:trabajo sexual y trata de personas, IGLESIAS SKULJ,A/ PUENTE ABA,L-M;(Coords.) Comares, Granada, 2012 .
- VIVES ANTÓN,T-S/ORTS BERENGUER,E/CARBONELL MATEU,J-C/GONZÁLEZ CUSSAC,J-L/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ,C, Derecho Penal.Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

XIII. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

STC 17 de octubre de 1985, rec nº: 124/1985

STC 12 de abril de 1988, sala 1ª, rec n°:1375/1986
STS 5 de octubre de 1988, sala 1ª, RJ: 1988/ 7381
STJCE 13 de noviembre de 1990, sala 6ª, 1991/78
STS 8 de mayo de 1992, sala 2ª, rec n°:4408/1990
STS 26 de febrero de 1993, sala 2ª, rec n°: 4805/1989
STS 9 de marzo de 1993, sala 2ª, rec n°:2593/1990
TS 26 de abril de 1993, sala 2ª, rec n°:475/1992
STS 29 de mayo de 1993, sala 2ª, rec n°: 1106/1991
STS 14 julio de 1993, sala 2ª, rec n°:3795/1991
STS 5 de marzo de 1994, sala 2ª, rec n°:1335/1993
STS 26 de octubre de 1994, sala 2ª, rec n°:208/1994
STS 20 de febrero de 1995, rec n°: 7460/1993
SAP de Barcelona de 1 de septiembre de 1995, sección 15ª, rec n°:815/1995
STS 10 de febrero de 1996, rec n°: 2804/1993
STS 24 de febrero de 1996, rec n°: 258/1995
STS 20 de mayo de 1996, rec n°: 1728/1994
STS 10 de junio de 1997, sala 2ª, rec n°:856/1997
STS 30 de junio de 1997, rec n°: 2536/1996
STS 28 de octubre de 1997, sala 2ª, rec n°:880/1991
STS 19 de diciembre de 1997, sala 2ª, rec n°:1826/1996
STS 27 enero 1998, sala 2ª, rec n°: 118/1997
STS 22 de abril de 1998, sección 1ª, rec n°:3256/1996
SAP de Cádiz de 11 de febrero de 1999, rec n°: 205/1998
STC 5 de abril de 1999, pleno, rec n°: núms. 195/1995254/1995255/1995256/1995, 257/1995y260/1995
SAP de Barcelona de 26 de enero de 2000, sección 15ª, rec n°:25/1999
STS 16 de junio de 2000, sala 1ª, rec n°:2478/1995
SAP de Barcelona de 15 de noviembre de 2000, sección 15ª, rec n°:598/1999
STS 28 de marzo de 2001, sala 2ª, rec n°: 4234/1998
STS 10 de octubre de 2001, sala 2ª, rec n°:4569/1999
STS 30 de enero de 2003, sala 2ª, rec n°:1425/2001
STS 7 de mayo de 2003, sala 2ª, sección única. Rec n°:434/2002
SAP de Baleares de 19 de julio de 2002, sección 5ª,rec n°:84/2015
STS 29 de marzo de 2004, sala 2ª, rec n°: 908/2003
SAP de Madrid de 29 enero de 2005, sección 17ª, rec n°:10/2004
STS 24 de junio de 2005, sala 1ª, rec n°:226/1999
STS 15 de septiembre 2005, rec n°:1671/2004

STS 26 de enero de 2007, sala 2ª, rec nº:1064/2006
STS 20 de marzo de 2007, sala 2ª, rec nº:364/2003
STS 26 de junio de 2007, sección 1ª, rec nº:11251/2006
STS 20 de diciembre de 2007 , sala 2ª, Rec nº:11026/2006
STS 12 de febrero de 2009, sala 2ª, rec nº:10548/2008
SAP de Baleares de 19 de julio de 2009, sección 16ª, rec nº:151/2008
ATS de 13 de julio de 2009, nº 2258/2009, rec nº:2258/2008
STS8 de abril 2010, sala 2ª, rec nº:2175/2009
STC 27 de abril de 2010, sala 2ª, rec nº: 380/2007
AAP de Sevilla 24 de noviembre de 2010, sección 7ª, rec nº: 7522/2010
STC 18 de octubre de 2010, sala 2ª, rec nº: 379-2007.
STS 23 de febrero de 2011, sala 2ª, rec nº:1743/2010
STS 21 de marzo de 2011, sala tercera, rec nº:613/2009
STS 23 de junio de 2011, sección 2ª, rec nº:70/2011
SAP de Alicante de 22 de noviembre de 2012, sección cuarta, rec nº: 303/2012
SAP de Barcelona, 6 de febrero de 2013, Sección 9ª, rec nº: 8/2012
ATS 13 febrero, sala 2ª, rec nº:10891/2013
STS 4 de febrero de 2014, sala 2ª, rec nº:10576/2013
STS 10 abril de 2014, sección 1ª, rec nº:10684/2013
SAP de Madrid de 24 de octubre de 2014, sección tercera, rec nº: 4/2014
STS 15 diciembre de 2014, sala 2ª, rec nº: 10313/2014
STS 18 de febrero de 2015, sección 10ª, rec nº:835/2013

XIV.PÁGINAS WEB CONSULTADAS

Boletín Oficial del Estado (en línea). (Fecha de consulta 17 de junio de 2015). Disponible en Internet: <http://www.boe.es/>

Agencia Tributaria (en línea). (Fecha de consulta 17 de junio de 2015). Disponible en Internet: <http://www.agenciatributaria.es/>

Consejo General del Poder Judicial (en línea). (Fecha de consulta 17 d junio de 2015). Disponible en Internet: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial

Thomson Reuters. Aranzadi (en línea). (Fecha de consulta 17 d junio de 2015). Disponible en Internet: <http://www.aranzadidigital.es/maf/app/authentication/signon>

Tribunal Constitucional de España (en línea). (Fecha de consulta 17 d junio de 2015). Disponible en Internet: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/Home.aspx>

XV. NORMATIVA CONSULTADA

Constitución Española de 1978

Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.-Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Vigente hasta el 15 de Julio de 2015).

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

Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Instrumento de Ratificación del Protocolo de enmienda al Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, hecho en París el 27 de mayo de 2010 y texto consolidado del Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1988.

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

-DIRECTIVA 2014/107/UE DEL CONSEJO de 9 de diciembre de 2014 que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad

-Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

XVI. ANEXOS

1. Anexo sobre Informe sobre la consideración legal de los popper en España, de la secretaria de Estado de Seguridad, Centro de Inteligencia contra el crimen organizado, de 18 de febrero de 2009.

3. Anexo sobre el modelo necesario para realizar una orden de detención europea.

4. Anexo sobre el modelo necesario para tramitar un exhorto europeo para la obtención de pruebas.



INFORME

Sobre

Consideración legal de los POPPERS en España

A MODO DE INTRODUCCIÓN

Bajo la denominación coloquial de **POPPERS** (Rush, Bananas, etc., en argot) se conoce a una serie de compuestos químicos dentro de los nitritos de alquilo, que poseen efectos terapéuticos **vasodilatadores**, pero cuyo uso actual se restringe en la práctica a los campos industrial y doméstico, al haber quedado en el campo terapéutico casi en desuso. Entre ellos se encuentran fundamentalmente los **nitritos de amilo, de butilo** y de **isobutilo**, siendo este último el de mayor incidencia actual en el mercado.

Por sus citados efectos vasodilatadores comenzaron a ser desviados, casi exclusivamente, para su utilización como **sustancia de abuso** en ambientes homosexuales norteamericanos, con objeto de conseguir el doble efecto de erección asegurada y relajación de esfínteres, junto a otros como el aumento de la libido o la sensación de bienestar. Actualmente, su uso abusivo se ha extendido también al mundo heterosexual, como **afrodisíaco** (por sus efectos vasodilatadores, citados) y al mundo de las drogodependencias, como **droga** (por sus efectos depresores e incluso cuasi alucinógenos a dosis tóxicas).

Altamente **peligrosos** en su utilización, tanto por la dificultad de su "correcta" dosificación (frascitos o ampollas cuyo contenido se inhala) como por el estrecho margen entre dosis **efectiva** y dosis **tóxica** (crea tolerancia rápidamente), puede provocar cuadros de náuseas y vómitos, enrojecimiento de la piel y mucosas, cefaleas y vértigos. Dosis altas llevan a un cuadro de hipotensión con taquicardia y metahemoglobinemia, que puede desembocar en depresión cardiorrespiratoria, en particular, y en depresión severa del SNC, en general. La muerte, de producirse, sería por **colapso** circulatorio.

Su potencial peligro, se torna siempre **real** en su uso conjunto con otros vasodilatadores o, como es frecuente, con medicamentos para la impotencia masculina como el Sildenafil o Viagra, por tener efectos **sinérgicos** sobre ellos.

De origen principalmente norteamericano y con entrada subrepticia en nuestro país, esquivando los controles **sanitarios**, son productos de fácil adquisición, incluso por los **menores**, (recientemente incorporados a su consumo) pues si bien su venta como tales



"poppers", se realiza casi exclusivamente en sex shops y similares; **camuflados** como productos de uso industrial o doméstico (ambientadores, limpiadores de cabezales de reproductores, etc) se venden **libremente** en algunos otros establecimientos, como los del ramo del papel (papelerías, librerías,...).

La dificultad de su control legal para consumo humano, radica tanto en **no estar incluidos** en las Listas de Estupefacientes o de Sustancias Sicotrópicas sometidas a fiscalización, como en sus diversos usos **industriales** no sanitarios (conservación de alimentos, fabricación de cosméticos,...) e, incluso, en la casi inexistencia actual de medicamentos **comerciales** que los contengan (terapéuticamente, subsiste el Nitrito de Amilo, pero muy restringido hoy a cierto uso **hospitalario**, como vasodilatador de urgencia ante anginas de pecho críticas, y como antídoto y coadyuvante al envenenamiento por **cianuro**)

ESTUDIO SOBRE SU CONSIDERACIÓN LEGAL

Los POPPERS **no figuran en las Listas de Estupefacientes o Sicotrópicos sometidos a fiscalización internacional**, ni con este nombre ni con algún otro con los que, técnicamente o en argot, se les conoce, por lo que no están fiscalizados como estupefacientes o sustancias sicotrópicas.

Tampoco figuran en los Cuadros de las Sustancias Susceptibles de Desvío para la Fabricación de Estupefacientes o Sustancias Sicotrópicas (coloquialmente "precursores") y, además, tampoco existe en principio ninguna droga de abuso fiscalizada, en cuya fabricación se usen, de una u otra forma, los POPPERS. Hasta el momento, son los propios POPPERS los que se utilizan directamente como tales drogas de abuso.

No obstante, al ser una **droga de abuso** consolidada como tal a nivel mundial, tanto el Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías (OEDT) como Europol, la tienen introducida desde hace años, junto con otras no fiscalizadas, como la Ketamina o las Piperacinas, en un programa de seguimiento y de **valoración del riesgo** con vista a su posible fiscalización (Sistema de Alerta Rápida de Nuevas Drogas de Síntesis, en el marco de la Decisión del Consejo de la UE del 19/05/05, sustitutiva de la Acción Común de 1997 sobre tal materia).

Sí son medicamentos desde el punto de vista legal, bien por definición o por principio, que se **desvían** del uso farmacológico o de los que se aprovechan sus propiedades, para ser utilizados **como droga** de abuso, buscando no sus efectos terapéuticos primarios, sino sus efectos **secundarios** (tan negativos en su uso médico, que son precisamente ellos los que causan que, como medicamento, vayan cayendo paulatinamente en **desuso** terapéutico o se restrinja su uso solo a ciertas situaciones de urgencia médica).

Como tales **medicamentos** (englobando en tal concepto tanto a los que industrialmente lo son, como al resto, por ser sustancias o productos que poseen propiedades o actividad de carácter medicinal o que, por las mismas, pueden utilizarse como medicamentos), se entiende que su **venta libre** es contraria a la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos



Sanitarios, que sustituyó a la anterior Ley 25/1990, del 20 de diciembre, del Medicamento, ya que para tales sustancias o productos, dicha Ley exige **controles** tanto sanitarios como administrativos.

El artículo 7 de la misma establece cuales son los medicamentos reconocidos por la Ley y, después de enumerarlos por clases, dice en su punto 3: "Corresponde a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios resolver sobre la atribución de la condición de medicamento". El mismo artículo, en su punto 6 aclara: "En caso de duda, cuando un producto pueda responder a la definición de medicamento, se le aplicará esta Ley, incluso si a dicho producto se le pudiera aplicar la definición contemplada en otra norma."

El artículo 8 de la misma Ley define en su apartado a) lo que se entiende como "Medicamento de uso humano", diciendo que es "toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de ... o que pueda usarse en seres humanos ...con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica,...", definiendo en su apartado c) lo que se entiende por "Principio activo": "toda materia, cualquiera que sea su origen -humano, animal, vegetal, químico o de otro tipo- a la que se atribuye una actividad apropiada para constituir un medicamento."

El mismo artículo 8, a los efectos de aplicación de dicha Ley, define medicamento como "toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones, destinadas a su utilización en las personas o en los animales, que se presenten dotadas de propiedades para prevenir, diagnosticar..., curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental...", así como aquellas "sustancias medicinales o sus combinaciones que puedan ser administradas a personas o animales con cualquiera de estos fines, aunque se ofrezcan sin explícita referencia a ello..."

Por lo que respecta al **control** de su venta, el artículo 9 dice en su punto 1 que "ningún medicamento elaborado industrialmente podrá ser puesto en el mercado sin la previa **autorización** de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios e **inscripción** en el Registro de Medicamentos o sin haber obtenido la autorización de conformidad con lo dispuesto en las normas europeas ...".

Esta consideración de medicamento y, por tanto, la **ilegalidad** de su libre comercio, se avala con recientes **informes periciales** de las autoridades sanitarias responsables del **control** de los medicamentos en España, ("Informe POPPERS" del 11/12/03, Ref. SGICM/CONT/MIL, de la División de Inspección y Control de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, al Juzgado de Instrucción nº 2 de Torremolinos, y **ampliación** del 23/06/2006, Ref. O/REF SGM/CONT/JMM/PR, al entonces Gabinete de Actuación Concertada para el Trafico de Drogas, hoy absorbido por este Centro de Inteligencia)

Por lo expuesto, se consideran de todo punto legal **actuaciones** que, apoyadas en la normativa sobre medicamentos a la que deben estar sometidos los "poppers" (por poseer actividad real apropiada para ser un medicamento; para poder ser considerado como tal, o por ser realmente un medicamento), y utilizando los mecanismos **administrativos** correspondientes (inspecciones, intervención de muestras y productos, inmovilización cautelar de los mismos, analítica, etc.) permitan ejercer un control legal **efectivo**, tanto sobre dichos productos como sobre los establecimientos que los venden o los proveedores o distribuidores que los proporcionen. Ello "... sin perjuicio de las responsabilidades **penales** o de otro orden que puedan concurrir" (artículo 100, Punto 1, de la citada Ley 29/2006).

En cuanto al **ámbito penal**, en concreto, y al no poder ser perseguida su fabricación y venta por el artículo 368 y siguientes del Capítulo III del vigente Código Penal (que persigue el trafico ilícito de **drogas**), habría que acudir al concepto genérico de



sustancias nocivas para la salud, para buscarla dentro del citado Capítulo III, que trata de los delitos contra la **salud pública**, en general.

El artículo 359 (primero de los que conforman dicho Capítulo) sanciona al que "...sin hallarse debidamente autorizado, elabore sustancias nocivas para la salud... o comercie con ellas...". Dicho artículo sería de clara aplicación a los POPPERS; aplicación que se completa en el artículo 361, que se refiere a los medicamentos que no cumplan las exigencias técnicas exigibles por Ley.

Que los POPPERS son productos **nocivos** para la salud, está fuera de toda cuestión, como acreditan tanto la literatura **científica** existente al respecto, como diversos **informes** emitidos puntualmente sobre tal consideración por organismos y autoridades sanitarias vinculantes (**informe** sobre nitrito de isobutilo, 7/04/06, de la Subdirección General de Control Farmacéutico y de Productos Sanitarios de la Comunidad de Madrid al SEPRONA, y otros).

A mayor abundamiento, es tan frecuente que en su asociación con Sildenafil o "Viagra", (cosa, por otro lado, muy habitual en el uso sexual de los POPPERS), se produzcan **situaciones de crisis circulatorias** que terminen en el departamento de urgencias de un hospital, que en el protocolo que se elaboró en 1999, tras la "Reunión Nacional de Consenso sobre manejo urgente de dolor torácico, cardiopatía isquémica y consultas urgentes en relación con el consumo de Sildenafil", (grupo de trabajo de la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias; SEMES), existe un apartado **específico** para hacer frente en Urgencias Hospitalarias a tales situaciones.

Así entendió tal nocividad, por ejemplo, el **Juzgado de Instrucción** nº 2 de Torremolinos que por tráfico de dichas sustancias, incoó Diligencias Previas 3.359/2003 por delito **Contra la Salud Pública**, sobre las que el Ministerio Fiscal solicitó apertura de Juicio Oral, con formulación de Acusación **por tal delito**. La propia **Audiencia Provincial** de Málaga, Sección Primera, dictó el Auto nº 448 (Rollo nº 422/2004 dimanante del Procedimiento Abreviado 9/2004 del citado Juzgado), **desestimando** la apelación del procesado por la apertura del Juicio Oral; apelación que se basaba en **questionar** la naturaleza de droga (en el sentido de sustancia **tóxica** o nociva para la salud) de los POPPERS.

No obstante, es conveniente hacer constar que, de la información de que se dispone en este Centro, se desprende que todas las cuestiones de **orden penal** que se refieren a los POPPERS, han sido resueltas ante tribunales de instancia, al no haberse hallado **jurisprudencia** del Tribunal Supremo, al respecto.

Finalmente, es necesario señalar en relación con su nocividad para la salud, que la **Directiva** 2005/80/CE de la Comisión Europea, por la que se modificó la anterior 76/768/CEE del Consejo, relativa a los productos cosméticos, incluye en su anexo II o de las sustancias clasificadas como **carcinógenas, mutágenas o tóxicas para la reproducción**, y que por tanto, no deben estar incluidas en la composición de productos cosméticos, al **Nitrito de Isobutilo**, diciendo el artículo 2 de dicha Directiva que "Los Estados miembro tomarán las medidas necesarias para **impedir** que, a partir del 22 de Agosto de 2006, los productos cosméticos que no cumplan lo dispuesto...**sean comercializados** por fabricantes comunitarios o importadores establecidos en la Comunidad."



De todo lo expuesto en el presente informe sobre la consideración legal de los POPPERS, se podría establecer la siguiente

CONCLUSIÓN

En el ámbito legal **administrativo**, los POPPERS son, por principio, **medicamentos** o tienen, por definición, la consideración de medicamentos, por lo que estarían sometidos al **control** que, para los mismos, establece la Ley 29/2006 De Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios y demás normativa legal sobre la materia.

En el ámbito legal **penal**, los POPPERS son o tienen la consideración de **sustancias nocivas para la salud**, por lo que su elaboración o comercio sin las preceptivas autorizaciones sanitarias al respecto, conformarían un ilícito penal **contra la salud pública**, en el tipo **genérico** del artículo **359**.

Si bien por su condición de **drogas de abuso** desde el punto de vista **toxicológico**, están sometidos a seguimiento y **valoración del riesgo** por la Unión Europea y son motivo de preocupación para Naciones Unidas, no tienen en cambio, por el momento, la consideración de **drogas** (Estupefacientes o Sicótropos) desde el punto de vista **fiscal**.



Madrid a 18 de febrero de 2009

ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

La presente orden ha sido dictada por una autoridad judicial competente. Solicito la detención y entrega a las autoridades judiciales de la persona mencionada a continuación, a efectos de enjuiciamiento penal o de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad.

La presente orden deberá redactarse o traducirse en una de las lenguas oficiales del Estado miembro de ejecución, si se conoce dicho Estado, o en cualquier otra lengua aceptada por éste.

a) Información relativa a la identidad de la persona buscada:

Apellido(s):

Nombre(s):

Apellido(s) de soltera (en su caso):

Alias (en su caso):

Sexo:

Nacionalidad:

Fecha de nacimiento:

Lugar de nacimiento:

Residencia y/o domicilio conocido:

En caso de conocerse: idioma(s) que entiende la persona buscada:

.....

Rasgos físicos particulares/descripción de la persona buscada:

.....

Fotografía e impresiones dactilares de la persona buscada, si están disponibles y pueden transmitirse, o señas de la persona a la que dirigirse a fin de obtenerlas o de obtener una caracterización del ADN (si no se ha incluido tal información y se dispone de ella para su transmisión).

b) Decisión sobre la que se basa la orden de detención

1. Orden de detención o resolución judicial ejecutiva de igual fuerza:

.....

Tipo:

2. Sentencia ejecutiva:

.....

Referencia:

c) Indicaciones sobre la duración de la pena:

1. Duración máxima de la pena o medida de seguridad privativas de libertad que puede dictarse por la infracción o las infracciones:

.....

.....

2. Duración de la pena o medida de seguridad privativas de libertad impuesta:

.....

.....

Pena que resta por cumplir:

.....

.....

d) Indique si el imputado compareció en el juicio del que deriva la resolución:

1. Sí, el imputado compareció en el juicio del que deriva la resolución.
2. No, el imputado no compareció en el juicio del que deriva la resolución.
3. Si ha marcado la casilla del punto 2, sírvase confirmar la existencia de uno de los siguientes hechos:

3.1a. el imputado fue citado en persona el ... (día/mes/año) e informado así del lugar y la fecha previstos para el juicio del que deriva la resolución, y se le informó de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia en el juicio;

O bien

3.1b. el imputado no fue citado en persona, pero recibió efectivamente por otros medios, de tal forma que ha podido establecerse sin lugar a dudas que tenía conocimiento de la celebración prevista del juicio, información oficial de la fecha y lugar previstos para el mismo, y se le informó de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia en el juicio;

O bien

3.2. teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, el imputado dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio;

O bien

3.3. al imputado le fue notificada la resolución el ... (día/mes/año) y se le informó expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer recurso, en el que tendría derecho a comparecer y se volverían a examinar los argumentos presentados e incluso posibles nuevos elementos probatorios, y de que el juicio podría dar lugar a una resolución contraria a la inicial, y

el imputado declaró expresamente que no impugnaba la resolución;

O

no solicitó un nuevo juicio ni interpuso un recurso dentro del plazo establecido;

O bien

3.4. al imputado no le fue notificada personalmente la resolución, pero:

- se le notificará la resolución sin demora tras la entrega, y
- cuando se le notifique, el imputado será informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso en el que tendría derecho a comparecer y volverían a examinarse los argumentos presentados e incluso posibles nuevos elementos probatorios, y de que el juicio podría dar lugar a una resolución contraria a la inicial, y
- se le informará del plazo en el que tiene que solicitar el nuevo juicio o interponer el recurso, que será de ... días.

4. Si ha marcado la casilla, de los puntos 3.1b, 3.2 o 3.3, se ruega proporcionar información sobre cómo se cumplió la condición pertinente:

.....
.....
.....

e) Infracción(es):

La presente orden se refiere a un total de: infracción/infracciones.

Descripción de las circunstancias en que se cometió/cometieron la infracción o infracciones, incluido el momento (fecha y hora), lugar y grado de participación en la(s) misma(s) de la persona buscada:

.....
.....

Naturaleza y tipificación legal de la infracción o infracciones y disposición legal o código aplicable:

.....
.....
.....

I. Márquense las casillas correspondientes si se trata de una o varias de las infracciones siguientes castigadas en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, según están definidas en el Derecho del Estado miembro emisor:

- pertenencia a organización delictiva,
- terrorismo,
- trata de seres humanos,
- explotación sexual de los niños y pornografía infantil,
- tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas,
- tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos,
- corrupción,
- fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas,
- blanqueo de los productos del delito,
- falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro,
- delitos de alta tecnología, en particular el delito informático,
- delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas,
- ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal,
- homicidio voluntario y agresión con lesiones graves,
- tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos,
- secuestro, detención ilegal y toma de rehenes,
- racismo y xenofobia,
- robos organizados o a mano armada,
- tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte,
- estafa,
- chantaje y extorsión de fondos,
- violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías,
- falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos,
- falsificación de medios de pago,
- tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento,
- tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares,
- tráfico de vehículos robados,

- violación,
- incendio voluntario,
- delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional,
- secuestro de aeronaves y buques,
- sabotaje.

II. Descripción detallada de la infracción o infracciones distinta(s) de las enumeradas en el punto I:

.....
.....

f) Otras circunstancias relacionadas con el caso (información facultativa):

(N.B.: Pueden incluirse observaciones sobre extraterritorialidad, suspensión de plazos de prescripción de limitación temporal y otras consecuencias de la infracción)

.....
.....

g) La presente Orden se refiere igualmente a la intervención y entrega de los objetos que pueden servir de prueba.

La presente Orden se refiere igualmente a la intervención y entrega de objetos en poder de la persona buscada de resultados de la infracción:

Descripción y localización de los objetos (en caso de conocerse):

.....
.....
.....

h) La infracción o infracciones por la(s) que se ha emitido la presente orden es/son punible(s)/ha(n) dado lugar a una pena o medida de seguridad privativas de libertad de carácter perpetuo.

— El ordenamiento jurídico del Estado miembro emisor dispone revisar la pena impuesta, previa petición o cuando hayan transcurrido al menos 20 años, a efectos de no ejecución de la pena o medida.

— El ordenamiento jurídico del Estado miembro emisor dispone aplicar las medidas de clemencia a que tiene derecho la persona en cuestión, con arreglo al Derecho o práctica del Estado miembro emisor, a efectos de no ejecución de la pena o medida.

i) Autoridad judicial emisora de la presente Orden:

Denominación oficial:

Nombre de su representante (1):

Función (cargo/grado):

Referencia del expediente:

Dirección:

N.º de tel.: (prefijo del país) (prefijo de ciudad) (...)

N.º de fax: (prefijo del país) (prefijo de ciudad) (...)

Correo electrónico:

Señas de la persona de contacto para los aspectos prácticos de la entrega:

.....

(1) Se incluirá, en las diferentes versiones lingüísticas, una referencia al «-titular-» de la autoridad judicial.

En caso de designarse una autoridad central para la transmisión y recepción administrativas de las órdenes de detención europeas:

Nombre de la autoridad central:

.....

Persona de contacto, en su caso (cargo/grado y nombre):

.....

Dirección:

.....

N.º de tel.: (prefijo del país) (prefijo de ciudad) (...)

N.º de fax: (prefijo del país) (prefijo de ciudad) (...)

Correo electrónico:

Firma de la autoridad judicial emisora, de su representante o de ambos:

.....

Nombre:

Apellidos:

Función (cargo y grado):

Fecha:

Sello oficial (si lo hay)

CERTIFICADO PARA LA EJECUCIÓN DE EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBAS¹

Este exhorto ha sido emitido por una autoridad jurisdiccional competente. Solicito la obtención y traslado de los objetos, documentos y datos especificados a continuación

A)

Estado de emisión:

Estado de ejecución:

B)

La autoridad considera que:

- i) Los objetos, documentos y datos recabados por este exhorto son necesarios y proporcionados al objeto de los procedimientos detallados más adelante
- ii) Si los objetos, documentos o datos se encontraran en el territorio del Estado de emisión, podrían obtenerse en virtud de su ordenamiento nacional en casos nacionales comparables, aunque hubieran de utilizarse medidas procesales diferentes

C) **AUTORIDAD JURISDICCIONAL QUE EMITIÓ EL EXHORTO**

Denominación oficial:

Nombre de su representante:

Función (título/grado):

Marcar el tipo de autoridad jurisdiccional que expidió el exhorto:

- a) Juez o tribunal
- b) Juez de instrucción
- c) Fiscal
- d) Cualquier otra autoridad jurisdiccional definida por el Estado de emisión que, en el caso concreto, actúe en calidad de autoridad de instrucción en procesos penales y tenga competencia para obtener pruebas en casos transfronterizos con arreglo al ordenamiento nacional.
- El presente exhorto ha sido validado por un juez o tribunal, un juez instructor o un fiscal (véase las secciones D y O).

Número de registro:

Dirección:

Teléfono: (prefijo de país) (prefijo local)

Fax: (prefijo de país) (prefijo local)

Correo electrónico:

Lenguas en que es posible comunicar con la autoridad requirente:

Datos de la persona o personas de contacto en caso de que se necesite información adicional sobre la ejecución del presente exhorto o para tomar las medidas prácticas necesarias para el traslado de objetos, documentos y datos (si procede):

¹ Este exhorto deberá escribirse, o traducirse, en una de las lenguas oficiales del Estado de ejecución o en otra lengua aceptada por dicho Estado.

D) AUTORIDAD JURISDICCIONAL QUE VALIDA EL EXHORTO (CUANDO PROCEDA)

Si se ha marcado la letra d) de la sección C y el exhorto está validado, marcar el tipo de autoridad jurisdiccional que lo ha validado:

- a) Juez o tribunal
- b) Juez de instrucción
- c) Fiscal

Denominación oficial de la autoridad validadora:

.....

Nombre de su representante:

.....

Función (título/grado):

.....

Número de registro:

.....

Dirección:

.....

Teléfono: (prefijo país) (prefijo local)

Fax (prefijo país) (prefijo local)

Correo electrónico:

**E) CUANDO UNA AUTORIDAD CENTRAL SE HAGA CARGO DE LA TRANSMISIÓN Y
RECEPCIÓN ADMINISTRATIVAS DE EXHORTOS Y, CUANDO PROCEDA, DE LA
CORRESPONDENCIA OFICIAL RELACIONADA CON ELLOS**

Denominación de la autoridad central:

.....

Persona de contacto, en su caso (función/grado y nombre):

.....

Dirección:

.....

Número de registro:

Teléfono: (prefijo país) (prefijo local)

Fax (prefijo país) (prefijo local)

Correo electrónico:

**F) AUTORIDAD O AUTORIDADES CON LAS QUE PUEDE CONTACTARSE [EN CASO DE QUE SE
HAYAN CUMPLIMENTADO LAS SECCIONES D) O E):**

- Autoridad mencionada en la sección C

Para cuestiones relativas a:

- Autoridad mencionada en la sección D

Para cuestiones relativas a:

- Autoridad mencionada en la sección E

Para cuestiones relativas a:

G) RELACIÓN CON ANTERIORES POSIBLES EXHORTOS O RESOLUCIONES DE EMBARGO PREVENTIVO

Si procede, indicar si el presente exhorto complementa un anterior exhorto o si es consecutivo a una resolución de embargo preventivo y, de ser así, facilitar la información pertinente que permita identificar el exhorto o la resolución (fechas de emisión del exhorto o de la resolución, autoridad a la que se transmitió y, si se conoce, fecha de transmisión del exhorto o resolución y números de referencia suministrados por la autoridad de emisión y la autoridad de ejecución):

.....
.....
.....
.....

H) TIPO DE PROCEDIMIENTO PARA EL QUE SE EXPIDE EL EXHORTO

Marcar el tipo de procedimiento para el que se expide el exhorto

- a) Para un proceso penal incoado por una autoridad jurisdiccional o proceso penal de que haya de conocer una autoridad jurisdiccional por delito tipificado en el ordenamiento jurídico del Estado de emisión.
- b) Procedimiento incoado por una autoridad administrativa por actos o hechos delictivos conforme al Derecho del Estado de emisión por estar tipificados en sus leyes, y cuando la decisión pueda dar lugar a un procedimiento ante una autoridad jurisdiccional competente, en particular, en materia penal.
- c) Procedimiento incoado por una autoridad jurisdiccional por actos o hechos delictivos conforme al Derecho del Estado de emisión por estar tipificados en sus leyes, y cuando la decisión pueda dar lugar a un procedimiento ulterior ante una autoridad jurisdiccional competente, en particular, en materia penal.

I) MOTIVOS DE LA EMISIÓN DEL EXHORTO

1. Resumen de los hechos y descripción de las circunstancias en que se han cometido los delitos que motivan el exhorto, entre ellos el momento y el lugar según los conozca la autoridad de emisión:

.....
.....
.....
.....

Naturaleza y calificación jurídica del delito o delitos que motivan el exhorto y norma legal o código aplicables:

.....
.....
.....
.....

2. Si procede, marcar aquellos de los siguientes delitos que en el ordenamiento jurídico del Estado de emisión sean punibles con pena o medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos tres años:

- pertenencia a organización delictiva
- terrorismo¹
- trata de seres humanos
- explotación sexual de menores y pornografía infantil
- tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas
- tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos
- corrupción
- fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas en el sentido del Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas
- blanqueo del producto del delito
- falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro
- delitos informáticos¹
- delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas
- ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal
- homicidio voluntario, lesiones graves
- tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos
- secuestro, detención ilegal y toma de rehenes
- racismo y xenofobia¹
- atraco organizado o a mano armada
- tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte
- estafa¹
- chantaje y extorsión¹
- falsificación y piratería de productos
- falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos
- falsificación de medios de pago
- tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento
- tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares
- tráfico de vehículos robados
- violación
- incendio voluntario
- delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional
- apoderamiento ilícito de aeronaves y buques
- sabotaje¹

3. Descripción completa de las infracciones no enumeradas en el punto 2, por las que se expide el exhorto:

.....

.....

.....

.....

¹ Si el exhorto está dirigido a Alemania, y de acuerdo con la Declaración hecha por Alemania de conformidad con el artículo 23, apartado 4 de la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, la autoridad de emisión puede además completar la casilla 1 para confirmar que los delitos entran en el ámbito de los criterios indicados por Alemania para este tipo de delitos.

J) IDENTIDAD DE LAS PERSONAS DE QUE SE TRATA

Información sobre la identidad de las personas físicas o jurídicas a las que se procesa o se puede procesar:

i) Para las personas físicas

Apellidos:

Nombre:

Apellidos de soltera o soltero, si ha lugar:

Apodo, si ha lugar:

Sexo:

Nacionalidad:

Número del documento nacional de identidad o número de afiliación a la seguridad social (cuando sea posible):

Fecha de nacimiento:

Lugar de nacimiento:

Residencia y dirección conocida; si no se supiera, la última dirección conocida:

.....

Idiomas que la persona comprende (si se sabe):

ii) Para las personas jurídicas

Denominación:

Forma de la persona jurídica:

Denominación abreviada, nombre comúnmente utilizado o nombre comercial, si ha lugar:

.....

Sede de registro (si se dispone de este dato):

Número de registro:

Dirección de la persona jurídica:

.....

K) OBJETOS, DOCUMENTOS O DATOS RECABADOS POR EL EXHORTO

1. Descripción de lo que se solicita en el exhorto (marque y complete las casillas que correspondan):

Objetos (especificarlos):

.....

.....

.....

Documentos (especificarlos):

.....

.....

.....

Datos (especificarlos):

.....

.....

.....

2. Ubicación de los objetos, documentos o datos (si se desconoce, última ubicación conocida):

.....
.....
.....

3. Si se trata de personas distintas de las que figuran en las casillas J i) y ii), información sobre la identidad de las personas físicas o jurídicas de las que se supone que poseen objetos, documentos o datos:

i) Para las personas físicas:

Apellidos:

Nombre:

Apellidos de soltera o soltero, si ha lugar:

Apodo, si ha lugar:

Sexo:

Nacionalidad:

Número del documento nacional de identidad o número de afiliación a la seguridad social (cuando sea posible):

Fecha de nacimiento:

Lugar de nacimiento:

Residencia y dirección conocida; si no se supiera, la última dirección conocida:

.....

Idiomas que la persona comprende (si se sabe):

ii) Para las personas jurídicas

Denominación:

Forma de la persona jurídica:

Denominación abreviada, nombre comúnmente utilizado o nombre comercial, si ha lugar:

.....

Sede de registro (si se dispone de este dato):

Número de registro:

Dirección de la persona jurídica:

.....

Otras direcciones donde tenga actividad empresarial:

.....

L) EJECUCIÓN DEL EXHORTO

1. Los plazos para la ejecución del exhorto se establecen en la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo¹. Sin embargo, si la solicitud es particularmente urgente se ruega indicar otro plazo más breve y justificarlo, marcando la casilla correspondiente:

Plazo más breve:(dd/mm/aaaa)

Motivos:

- Plazos impuestos por el procedimiento
- Otras circunstancias especialmente urgentes (especificarlas)
2. Marcar y cumplimentar, cuando proceda
- Se solicita a la autoridad de ejecución que cumpla los trámites y procedimientos siguientes²
-
-
- El exhorto de obtención de pruebas también comprenderá todo objeto, documento y dato que la autoridad de ejecución descubra al ejecutar el presente exhorto y que, sin mediar otras investigaciones complementarias, considere pertinente para los procedimientos a cuyos efectos se ha expedido el presente exhorto.
- Se requiere que la autoridad de ejecución tome declaración a las personas presentes durante la ejecución del presente exhorto que estén directamente relacionadas con el presente exhorto.

M) RECURSOS

1. Descripción de los recursos de que disponen en el Estado de emisión las partes interesadas, incluidos terceros de buena fe, y de los trámites que deben cumplir:

.....

2. Tribunal ante el que puede interponerse el recurso

.....

3. Información sobre quiénes pueden interponer el recurso

.....

4. Plazo para interponer el recurso

.....

5. Organismo del Estado de emisión que puede suministrar más información sobre procedimientos para interponer recurso en dicho Estado y sobre la posibilidad de obtener asistencia letrada y traducción e interpretación.

Denominación:

Persona de contacto (si procede):

Dirección:

Teléfono: (prefijo país) (prefijo local)

Fax (prefijo país) (prefijo local)

Correo electrónico:

¹ DO L350 de 30.12.2008, p. 72.

² Se supone que la autoridad de ejecución cumplirá con las formalidades y procedimientos indicados por la autoridad de expedición a menos que sean contrarios a los principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución. No obstante, ello no creará ninguna obligación de tomar medidas coercitivas.

N) DISPOSICIONES FINALES Y FIRMA

1. Información opcional que se dará solo en relación con Alemania.

- Se declara que el (los) delito(s) correspondientes con arreglo al Derecho del Estado de emisión se incluye(n) en el ámbito de los criterios indicados por Alemania en la declaración¹ formulada de acuerdo con el artículo 23, apartado 4 de la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo.

2. Otra información pertinente para la causa, si la hay:

.....
.....

3. Medios para trasladar los objetos, documentos o datos:

- Correo electrónico:
- Fax
- Envío del original por correo
- Otros medios (especificar)

.....

4. Firma de la autoridad de emisión o de su representante, por la que se certifica la exactitud del contenido del exhorto:

.....

Nombre y apellidos:

Función (título/grado):

Fecha:

Sello oficial (si lo hay):

O) SI LA SECCIÓN D) ESTÁ COMPLETA, FIRMA Y DATOS DEL REPRESENTANTE DE LA AUTORIDAD VALIDADORA

.....

Nombre y apellidos:

Función (título/grado):

.....

Fecha:

.....

Sello oficial (si lo hay):

¹ DO L 350 de 30.12.2008, p. 72.