



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO
Diciembre de 2015

TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO

Doble grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas

Gonzalo Gallego Santamarina
Tutor: José Luis García-Pita y Lastres

ÍNDICE

I. SUPUESTO DE HECHO.....	3-5
II. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.....	6
III. PARTE PRIMERA: CUESTIONES DE CARÁCTER PENAL.....	7-29
1. 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 8 mujeres rumanas.....	7-15
1.1. Aclaraciones previas.....	7
1.2. Fundamentación jurídica de los posibles delitos cometidos.....	8-13
1.2.1. Delito contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros y Delito de Trata de Seres Humanos.....	8-9
1.2.2. Delitos de determinación a la prostitución.....	10
1.2.3. Delitos de detención ilegal.....	11-12
1.2.4. Delitos contra los derechos de los trabajadores.....	12-13
1.3. Sujetos penalmente responsables.....	11-15
1.3.1. Personas físicas.....	11-15
1.3.2. Persona jurídica.....	15
2. Posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Tatiana, Pietro y Zulaika por su relación con las sustancias encontradas en el armario de Plenilunio.....	16-21
2.1. Fundamentación jurídica de los posibles delitos cometidos.....	16-19
2.1.1. Delitos contra la salud pública.....	16-19
2.2. Sujetos penalmente responsables.....	20-21
3. Posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Tatiana, Alberto, Santiago y Xaime por la gestión de las ganancias provenientes de Plenilunio.....	21-27
3.1. Fundamentación jurídica de los posibles delitos cometidos.....	21-26
3.1.1. Delitos contra la Hacienda Pública o delitos fiscales.....	21-23
3.1.2. Falsedad documental.....	24-25
3.1.3. Blanqueo de capitales.....	25-26
3.2. Responsabilidad penal de los sujetos activos.....	26-27
4. Posibles responsabilidades tributarias y/o penales en las que habría incurrido la sociedad Na&Ma S. L. por los hechos narrados en el supuesto.....	28-29

4.1. Infracciones tributarias	28-29
4.2. Responsabilidades penales de Na&Ma S. L.....	29
IV. PARTE SEGUNDA: CUESTIONES DE CARÁCTER MERCANTIL.....	30-35
5. Posibilidad de que la sociedad Na&Ma, S. L. Sea considerada una sociedad nula de conformidad con la legislación societaria.....	30-31
6. Posibilidad de que la sociedad Na&Ma, S. L. Registre como marca “Pequeñas sumisas ardientes” para la clase 43.....	31-33
7. 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.....	33-35
V. CUESTIONES DE CARÁCTER PROCESAL.....	36-45
8. Resolución de cuestiones procesales que podrían darse en relación con el supuesto.....	36-45
8.1. Órgano jurisdiccional encargado de la investigación.....	37
8.1.1. Órgano encargado del posterior proceso	38
8.2. Solicitud de detención en Rumanía de Romelia.....	39-40
8.3. Posibilidad de tomar medidas contra la sociedad antes de dictar sentencia.....	40-41
8.4. Posibilidad de intervención de las comunicaciones de la sociedad.....	41-43
8.5. Posibilidad de investigación de los movimientos de la cuenta gibraltareña.....	43-44
8.6. Representación en juicio de la sociedad.....	45
VI. NORMATIVA APLICADA.....	46
VII. APÉNDICE DE DOCUMENTACIÓN Y WEBGRAFÍA.....	47
VIII. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....	48
IX. BIBLIOGRAFÍA.....	49-50

I.SUPUESTO DE HECHO

El día 13 de mayo de 2014 comparece en dependencias policiales María D., ciudadana rumana, declarando que:

-En 2010, encontrándose en Rumanía, una amiga suya llamada Romelia le ofreció trabajar limpiando un restaurante en España propiedad de una tía de la mencionada Romelia, llamada Tatiana.

-Habiendo aceptado el trabajo, Romelia le compró un billete de autobús, llegando el 29 de marzo de 2010 a Coruña, en cuya estación de autobuses fue recogida por Tatiana, quien la llevó a un club llamado Plenilunio.

-Una vez en dicho club, Tatiana le informó de que realmente había sido trasladada desde Rumanía para ejercer la prostitución y que debía empezar a trabajar esa misma noche para saldar la deuda que había contraído.

-Acto seguido, Tatiana le facilitó ropa de trabajo y le dio instrucciones sobre cómo llevarlo a cabo, insistiéndole, entre otras cosas, en que si algún cliente demandaba servicios sin utilización de preservativo, ella debía aceptar.

Así, Tatiana informó a María de que el horario de trabajo sería de 17:30 a 04:00 y que durante ese tiempo no podía abandonar la sala del local, salvo para subir con clientes a las habitaciones. Asimismo, María debía pernoctar en el local, prohibiéndole Tatiana salir del local fuera del horario de trabajo sin ir acompañada de Pietro, quien ejercía las funciones de camarero en el local.

-En cuanto a las ganancias, Tatiana informó a María de que el primer servicio sexual que realizase cada noche sería al 100% para los responsables del club y el resto de servicios serían al 50% entre el club y ella.

-Durante los más de cuatro años desde su llegada a España, María se sometió a las condiciones marcadas por Tatiana, explicando que las copas a las que las invitaban los clientes eran abonadas por éstos a Pietro. En cuanto a los servicios sexuales, los clientes los abonaban a la recepcionista, Zulaika, quien al finalizar la noche le entregaba todo el dinero a Tatiana.

Sólo una noche realizó María más de un servicio, pero, en contra de lo que le había sido dicho por Tatiana el primer día, no le hizo entrega a aquélla del 50%, sino que Tatiana se lo quedó, “para ir reduciendo la deuda” que María había contraído al ser trasladada a Coruña.

-Este día 13 de mayo de 2014, María pidió a Tatiana dinero y poder salir para comprar algunas piezas de lencería que le había pedido un cliente. Tatiana accedió, pero diciéndole que sólo podría ir si lo hacía acompañada de Pietro.

-Pietro acompañó a María a una tienda de ropa interior del centro de la ciudad. Una vez allí, el hombre le dijo que fuese comprando, que él iba a hacer un par de recados y que volvería en media hora. Fue ése el momento que María aprovechó para contarle su situación a las dependientas del local, llamando éstas a la policía.

Tras la declaración de María, las fuerzas policiales se trasladan a Plenilunio y detienen a Tatiana, Zulaika y Pietro, comprobando, además, que en el local hay otras siete mujeres, todas ellas de nacionalidad rumanana, incluyendo Nicoara, de 17 años de edad. Preguntados por la situación de esta chica, los tres afirman desconocer su minoría de edad, si bien Zulaika, en la oficina que servía de recepción, tenía retenidos los pasaportes de todas las mujeres, incluyendo el de Nicoara, en el que consta claramente su fecha de nacimiento.

Asimismo, se encuentra en la oficina que utilizaba Tatiana, una especie de libro registrando la entrada de las mujeres al local, constando que todas ellas, a excepción de María (cuya fecha de entrada es, efectivamente, marzo de 2010), han llegado de Rumanía entre 2012 y 2014.

Preguntada al respecto, Tatiana sostiene que las mujeres eran en todo momento conscientes de que venían a España a ejercer la prostitución y de que tenían que abonar con su trabajo el viaje desde Rumanía, que corría a cargo de la sociedad que gestiona el local (Na&Ma S. L.), añadiendo que ella se limita a cumplir instrucciones de sus jefes, los socios Alberto M. y Santiago N. Lo mismo indican tanto Pietro, quien alega ser un simple camarero, como Zulaika, quien dice que su función era exclusivamente la de controlar la entrada de hombres al local y guardar en depósito el dinero que éstos entregaban a cambio de los servicios sexuales de las mujeres.

Inspeccionado el local, la policía observa que las ventanas de las habitaciones de las mujeres tienen rejas, si bien Tatiana afirma que ello es debido exclusivamente al miedo a un posible robo en el local, que las mujeres podían salir del local fuera de su horario de trabajo y que el hecho de ir siempre acompañadas de Pietro era “por su propia seguridad”, dado que las mujeres apenas saben hablar español.

Examinada con detalle la barra del bar, se observa por los agentes actuantes que hay un armario bajo llave. Abierto éste por Pietro, descubren:

-En primer lugar, 17 frasquitos etiquetados bajo nombre “Orgasmus” y “Liquid Gold”. Preguntado por ellos, Pietro afirma que se trata de *popper*, un excitante sexual que él mismo adquiere a través de internet en una tienda *on line* polaca, para vendérsela a los clientes que lo soliciten. Analizado con posterioridad, se determina que se trata de nitrito de amilo.

-En segundo lugar, una bolsa de plástico conteniendo pastillas que suman un total de 7 gramos de una sustancia que, posteriormente analizada, resulta ser hidrocloreto de ketamina. Preguntado por ella, Pietro afirma 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. Asimismo, reconoce que en una ocasión vendió una de esas pastillas a un cliente.

Puestos a disposición judicial tanto Pietro como Tatiana y Zulaika, la investigación se dirigió a la sociedad Na&Ma S. L., propietaria del local. Dicha sociedad, con domicilio social en C/Real, 21, (A Coruña) se constituyó como tal sociedad limitada con fecha 1 de febrero de 2008 y fue inscrita en el Registro Mercantil de dicha ciudad con fecha 3 de febrero del mismo año.

TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO

La citada entidad cuenta desde su nacimiento con dos socios, Santiago N, quien es 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 hizo constar como objeto social la “gestión de locales de ocio”, contando con dos establecimientos abiertos al público, el mencionado Plenilunio y un restaurante llamado Luna del Principito.

La gran mayoría del dinero proveniente de Plenilunio no era declarado a la Hacienda Pública: Tatiana lo llevaba en metálico una vez al mes a la sede de Na&Ma S. L. y se lo entregaba en mano a ambos socios, quienes la recompensaban con un 10% de las cantidades. Otra parte sustancial de las ganancias se facturaban falsamente en concepto de comidas en el mencionado restaurante “Luna del Principito”.

En caso de haber declarado las cuantías, la Sociedad habría debido pagar a efectos del Impuesto sobre Sociedades, las siguientes cuotas tributarias:

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

Todas estas cantidades defraudadas se encuentran depositadas en una cuenta bancaria abierta en Gibraltar el 1 de febrero de 2008. La idea de desviar estos fondos a Gibraltar fue dada a Alberto y Santiago por el abogado de la sociedad, Xaime P., quien les garantizó la opacidad de las cuentas gibraltareñas y las dificultades que esto conllevaría en caso de una eventual investigación policial.

II.CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

PRIMERA CUESTIÓN: Dictamen sobre 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.

SEGUNDA CUESTIÓN: Dictamen sobre 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.

TERCERA CUESTIÓN: 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.

CUARTA CUESTIÓN: 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.

QUINTA CUESTIÓN: Dictamen sobre la posibilidad de que la sociedad Na&Ma, S. L. sea considerada una sociedad nula de conformidad con la legislación societaria.

SEXTA CUESTIÓN: Dictamen sobre la posibilidad de que la sociedad Na&Ma, S. L. registre como marca “Pequeñas Sumisas Ardientes” para la clase 43.

SÉPTIMA CUESTIÓN: 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.

OCTAVA CUESTIÓN: ¿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?

III.PARTE PRIMERA: CUESTIONES DE CARÁCTER PENAL

1.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 8 mujeres rumanas.

1.1. ACLARACIONES PREVIAS

En relación a esta cuestión se antojan precisas ciertas matizaciones al objeto de evitar dilaciones en la fundamentación.

Para comenzar, la nacionalidad de las mujeres resulta fundamental dada la condición de miembro de la Unión Europea de Rumanía desde el 1 de enero de 2007, lo que es relevante en cuanto a la libre circulación de trabajadores, que, reflejada en el artículo 45 del TFUE, es uno de los principios consitutivos de la Unión Europea. Incluye el derecho de desplazamiento y residencia del trabajador, el derecho de entrada y residencia de los miembros de la familia y el derecho a trabajar en otro Estado miembro y a recibir el mismo trato que los nacionales de ese país.

En segundo lugar, dado que no todas llegaron en el mismo momento de tiempo, se debe hacer una separación entre la primera (María D.), que llega a España en marzo de 2010 y el resto de mujeres, que llegan entre 2012 y 2014. Esta diferenciación se hace necesaria, dado que los preceptos penales aplicables van a variar, concretamente, entre estos períodos.

María D. llega a España en el año 2010, exactamente en marzo, y en ese momento el Código Penal no contemplaba el delito de “*Trata de seres humanos*”, que será introducido por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, con vigencia desde el 23 de diciembre de 2010. En este momento, con respecto a los hechos sucedidos con María D., solamente contemplaba el Código Penal, incorporado a través de la LO 4/2000, sobre derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, el Título XV bis denominado “*Delitos contra los derechos de Ciudadanos extranjeros*” compuesto por el artículo 318bis que sancionaba el tráfico de personas. Un precepto que, para la doctrina, respondía sobre todo a los intereses estatales en el control de flujos migratorios.

Para concluir las aclaraciones, me gustaría dejar constancia de que, dado que los hechos no sucedieron en el marco de la regulación penal actual, este dictamen al igual que los siguientes, se regirá por el principio de “*irretroactividad de las leyes penales*” encuaneto no sean favorables al reo. Para ello debemos atender a la Disposición Transitoria primera del Código Penal, que dice “*Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de este Código se juzgarán conforme al cuerpo legal y demás leyes penales especiales que se derogan. Una vez que entre en vigor el presente Código, si las disposiciones del mismo son más favorables para el reo, se aplicarán éstas*”, para lo cual, según la Disposición Transitoria segunda se atenderá a la pena establecida por cada una de las normas.

1.2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS POSIBLES DELITOS COMETIDOS

1.2.1. Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y Delito de Trata de Seres Humanos.

Con respecto a María D., su desplazamiento entre dos países de la UE, encajaría en el tipo del delito Contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318*bis* del Código Penal anterior a la reforma de 2010, que castigaba literalmente “*al que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea*” y el su punto 2 impone una pena mayor “*si el propósito del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas...*”, lo que es el caso. En relación a este delito se pronunció el Tribunal Supremo el 29 de mayo de 2007, observando que el mismo no absorbe al del 188.1 CP de Determinación a la prostitución, afirmando que la conducta típica del artículo 318*bis* se consuma con la ejecución de las actividades de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal, con la agravante del apartado segundo cuando la finalidad de esas actividades fuera la explotación sexual. Es cierto que, normalmente, tal finalidad vendrá demostrada por la ejecución posterior de actos concretos de explotación, pero para la consumación es bastante la ejecución de aquellas conductas con la referida finalidad, sin necesidad de ningún acto posterior, de forma que no es preciso que tal explotación sexual llegue a tener lugar, y ni siquiera que las víctimas hayan sido compelidas o determinadas de alguna forma a prestarse a ella. La misma sentencia expresa que no se vulnera el “*non bis in idem*” cuando se ejecutan actos de promoción de inmigración clandestina y cuando, una vez en España se desarrollan actos de determinación a la prostitución, por lo que el mantenimiento coactivo en la prostitución implica la aparición de un delito posterior distinto.

Sin embargo, y también a tenor de esta sentencia, en relación con la posición de Estado miembro de la UE de Rumanía, DAUNIS RODRÍGUEZ dice que, cuando habla el precepto de tráfico ilegal, está exigiendo un cruce ilegal de fronteras, por lo que, si hablásemos de ciudadanos españoles, extranjeros comunitarios o extranjeros no comunitarios con permiso para residir, este tipo penal no podría activarse. De esta manera, 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 artículo 318*bis* del Código Penal (STS núm. 484/2007 de 29 de mayo).

El resto de mujeres llegan entre 2012 y 2014, por lo que ya les sería aplicable la reforma vigente desde el 23 de diciembre de 2010 (Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio).

Dada la introducción de la Trata de seres humanos en el Código Penal con la reforma de 2010, los hechos se podrían encuadrar en este delito del artículo 177*bis* puesto que, mediante intimidación, engaño y abusando de una situación de superioridad, necesidad y vulnerabilidad de la víctima, en este caso extranjera, las víctimas son captadas con destino a España, con fines de explotación sexual. Este artículo recoge el proceso mediante el que se moviliza a las víctimas de un lugar a otro para su dominación y explotación, dañando el bien jurídico protegido que sería la dignidad de la persona.

Para comprender los conceptos del artículo se debe atender a la Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de

extranjería e inmigración, según la cual el significado jurídico de los verbos principales que relacionan cada una de las conductas típicas no puede delimitarse con carácter absoluto según su sentido semántico o lexicográfico propio, ya que dependen del medio comisivo empleado en cada caso y de su obligada interconexión.

Dicha circular, en lo referente a las conductas, considera que la palabra “captación” se debe orientar a la sustracción de la víctima de su entorno para la comisión del delito respecto a ella, el “transporte” sería la acción mediante la cual se lleva a la persona tratada de un lugar a otro por cualquier medio y por sí mismo o a través de un tercero, el “traslado” se entiende como entrega, cambio, cesión o transferencia al ser aplicado a una persona carente de capacidad de decisión por hallarse sometida a violencia, intimidación o situación abusiva y “acoger”, “recibir” o “alojar” se refieren las conductas de quienes aposentan a las víctimas tratadas en el lugar de destino donde piensa realizarse la dominación o explotación planificada.

Por otra parte, este documento también sintetiza los medios comisivos en referencia a varias sentencias del TS, aclarando que “violencia” equivale a fuerza física ejercida sobre la víctima para crear en la misma una sensación de miedo a sufrir malos tratos sin necesidad de daños corporales, “intimidación” alude a la fuerza psíquica o moral, como las amenazas, con la finalidad de doblegar la voluntad y “engaño” equivale a fraude o maquinación fraudulenta. Asimismo, los abusos de una situación de superioridad o necesidad se refieren a situaciones de prevalimiento del sujeto activo derivadas de situaciones como, por ejemplo, el estado de necesidad en que pueda encontrarse la víctima.

En el mismo orden de cosas, la ONU aclara el término “captar”, como el reclutamiento de la víctima, atraerla para controlar su voluntad con fines de explotación.

De esta manera, nos encontramos ante un delito común (que puede cometer cualquier persona), aunque el Protocolo de la Trata de Seres Humanos, en su afán de lucha y represión de las conductas protagonizadas por organizaciones criminales en un ámbito supranacional, redujo el sujeto activo a los individuos que pertenezcan o formen un grupo organizado, lo que no quita que se previera que los Estados miembros tipificaran la Trata de seres humanos cometida por sujetos individuales.

El artículo 177bis del CP vigente desde el 1 de Julio de 2015 define, de manera necesaria, situación de necesidad o vulnerabilidad como la situación en que “...*la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable que someterse al abuso...*”. En este caso, a las mujeres no les queda otra opción que ejercer la prostitución si quieren ver saldada su deuda y dadas las condiciones que se les imponen, deben aceptar.

Finalmente, en relación con estos delitos, debemos atender a la especial situación de Nicoara como menor de edad que, en este caso, nos lleva al punto 2 del artículo 177bis que considera que cualquiera de las acciones enumeradas en el punto 1 del mismo, entre las que se encuentra la explotación sexual se considerarán Trata, aunque no se recurra a ninguno de los medios referidos, cuando se llevasen a cabo respecto de un menor de edad. La circunstancia de la minoría de edad también lleva a que la pena, en virtud del 177bis punto cuarto b) se imponga en su mitad superior. Todo esto, con la constancia de que, aunque no se informa en el supuesto si las víctimas al llegar a España decidieron aceptar dedicarse a la prostitución o no, el artículo 177bis en su punto tercero aclara que el consentimiento de la víctima será irrelevante cuando se recurra a los medios anteriormente citados, por lo que la aceptación no será válida, en este supuesto, bajo ninguna circunstancia.

1.2.2. Delitos de determinación a la prostitución

En el supuesto se puede observar la comisión de varios delitos encuadrables en el tipo del artículo 188 CP, según el cual comete este delito *“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...”* (vicios de consentimiento sin los cuales se sería impune). Así pues, es necesario que la conducta encaje con la relatada en este artículo ya que sino, siendo mayores de edad quienes a la prostitución se dedican, y haciéndolo libremente, es decir, sin ser coaccionados, ni engañados y sin que se hubiera abusado de una situación de necesidad o superioridad, la conducta de los imputados resulta impune (SAP Burgos de 28 de junio de 2002).

Por lo expresado en el supuesto, habrían tenido lugar siete delitos de determinación a la prostitución de mayores de edad del artículo 188.1 CP cuya conducta descrita no cambia con respecto a la anterior redacción del Código Penal, pero con la novedosa agravante del 188.4 b) y c) que impone la pena en su mitad superior *“cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades”* y *“cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima”*, esto último en referencia al hecho de obligar a las mujeres a tener relaciones sexuales sin preservativo si así se lo pide algún cliente, lo que puede suponer un medio de transmisión de enfermedades.

A estos efectos, debemos de decir que el Código Penal, en su redacción vigente, 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”* (570bis párrafo 2º CP). En el caso se cumplen estas características de manera precisa, pues, como se puede observar en el supuesto, se da un entramado en el que se realizan funciones que van desde la simple guarda en depósito del dinero obtenido hasta la captación de personas y consiguiente determinación a la prostitución.

Por separado, debemos referirnos a Nicoara que, al ser menor de edad, provoca que la comisión del delito, se sitúe en el artículo 188.2 CP. De esta manera se impondrá una pena de prisión mayor, que irá de los cuatro a los seis años, mientras que la del 188.1 era de dos a cuatro años, por iniciar o mantener en la prostitución a una menor de edad. También con respecto a este delito se aplica la pena en su mitad superior por pertenecer a una organización dedicada a tales actividades (188.4 b)CP).

Finalmente, por las razones aducidas, habría concurso medial¹ entre los delitos de Trata de seres humanos y la prostitución coactiva aplicando la pena en su mitad superior de este último pues, *“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”* (SAP de Madrid núm. 733/2014 de 15 de diciembre y STS núm. 53/2014 de 4 de febrero).

¹ El delito de Trata de seres humanos sirve como medio para la comisión de los delitos de determinación a la prostitución.

1.2.3. Delitos de detención ilegal.

El artículo 163 CP sitúa como autor de delito de detención ilegal al “...particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad...”.

En referencia a la privación de libertad, no se debe obviar el artículo 1 de la Constitución Española que destaca la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico español, un bien consustancial al ser humano sin cuyo reconocimiento no puede concebirse una convivencia respetuosa con la dignidad humana. En el caso se impide o coarta la libertad ambulatoria², bien jurídico protegido del artículo 163 CP. Se trataría de proteger la capacidad del sujeto para desplazarse, por sí mismo o por los medios que resulten necesarios.

La Real Academia Española, define la “libertad” como la “*facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos*”, “*Estado o condición de quien no es esclavo*” o “*Estado de quien no está preso*”. En esta línea, la misma institución define “esclavo” como “*persona que carece de libertad por estar bajo el dominio de otra*”.

Partiendo de estas definiciones, es sencillo concluir que estas mujeres estaban privadas de libertad, ya que no tienen la posibilidad de elegir si obrar o no, podrían ser consideradas esclavas e incluso podría considerarse que están presas, dada su situación.

En relación al precepto sólo se sancionan el encierro y la detención, considerando la doctrina que se trata de una conducta compleja en la que se produce un primer momento de encierro o detención y un segundo momento de privación de libertad. Para POLAINO NAVARRETE la privación de libertad no constituye un resultado material de la acción típica de encerrar o detener, sino que constituye un elemento del tipo que consiste en encerrar o detener y de esta forma se priva de libertad, aunque otros autores como MUÑOZ SÁNCHEZ creen que encierro y detención suponen ya en sí de forma obligatoria una privación de libertad y otros no consideran que encierro y detención sean modalidades de la conducta, sino el resultado típico.

La mayoría de la doctrina considera que estamos ante un delito de consumación instantánea pero de efectos permanentes, extendiéndose su duración todo el tiempo en que subsista la privación de libertad. El delito se consuma desde que se produce la imposibilidad de abandono, siendo suficiente con que dure un mínimo espacio de tiempo. (STS de 28 de septiembre de 1999).

Los medios utilizados pueden ser cualesquiera que sean idóneos para lograr una privación de libertad, es decir, basta cualquier conducta que cause el resultado típico, sin limitaciones en la modalidad de acción.

Por otra parte, se debe destacar que con la concurrencia de los delitos de detención ilegal con los mencionados de determinación a la prostitución, se produce una situación de concurso ideal impropio o concurso ideal-medial de delitos. Partimos del artículo 77.1 CP según el cual, para MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, cuando uno de los delitos sea necesario para cometer el otro hay concurso ideal-medial o impropio. Como se puede ver, en este tipo de concurso hay dos hechos perfectamente diferenciados, pero la conexión íntima entre ellos hace que el legislador los equipare al concurso ideal-medial.

² Libertad ambulatoria: facultad del hombre para fijar por sí mismo su situación en el espacio

De esta manera, aunque sean delitos independientes, el delito de prostitución coactiva no podría producirse sin el de detención ilegal o, al menos no lo haría en las mismas circunstancias, por lo que media una relación de necesidad. En relación con esto, y a favor del reo, se impone la pena del delito más grave en su mitad superior que en este caso sería el de detención ilegal, con una pena de 5 a 8 años.

El supuesto nos aclara que las chicas no son encerradas efectivamente, pero su libertad ambulatoria es limitada o incluso nula al considerar que solamente pueden salir acompañadas de Pietro y que deben pernoctar en el local. *“Aunque no haya existido un encierro absoluto, directa y estrictamente físico, sí se ha privado a personas de los medios para ejercer la facultad de alejarse de un determinado espacio, lo que implica privación de la libertad deambulatoria”* (STS núm. 1047/2006 de 9 de octubre).

En este caso, la pena será impuesta en su mitad superior ya que en virtud del 163.3 CP *“Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.”* En todos los casos la detención dura mucho más de 15 días, por tanto, se aplica este apartado y además, por el particular caso de Nicoara como menor de edad, el artículo 165 CP impone la pena del 163 en su mitad superior.

1.2.4. Delitos contra los derechos de los trabajadores

Con referencia a las condiciones laborales, los hechos encajarían en el delito Contra los Derechos de los trabajadores del artículo 312.2 CP, que castiga a los que *“recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”*.

El artículo 312 exige, entre otros aspectos, que haya:

- a) Un sujeto activo, que ordinariamente es el empresario o dador de trabajo y, si se trata de una persona jurídica sus administradores o encargados. En este caso, hablaríamos de los socios ya que no se habla de ningún sujeto que haga las funciones de administrador.
- b) Un sujeto pasivo que es el trabajador o productor del servicio. En este caso serían las mujeres que trabajan en el local.
- c) Un resultado o evento consistente en la imposición al sujeto activo de condiciones laborales que perjudiquen los derechos de los trabajadores. Las trabajadoras tienen un horario laboral de 10 horas y media y unas condiciones muy estrictas.
- d) Que tal perjuicio haya sido conseguido o intentado a través de maquinaciones o procedimientos maliciosos, dirigidos a manipular artificiosamente a los productores, restringiendo su libertad contractual y estableciendo desfavorables condiciones para su trabajo de manera dolosa. Se trata, según la Dogmática Penal de un delito de consumación instantánea y efectos permanentes, puesto que se perfecciona en el momento en que se imponen o establecen tales condiciones desfavorables para el trabajador que se ve obligado

a soportarlas, sin necesidad de que éstas una vez realizadas persistan a lo largo de todo el tracto temporal que constituye la efectividad del delito.

1.3. SUJETOS PENALMENTE RESPONSABLES

1.3.1. Personas físicas

Expuestas las aclaraciones pertinentes, el siguiente paso es analizar la responsabilidad de cada una de las personas que intervienen en los hechos.

Sujeto nº1: Romelia:

Considerando que, dado que es sobrina de Tatiana, conoce las actividades que realizan las chicas al llegar a España, se sirve de su condición de amiga de María D., para ejercer de enlace y traerla a este país. En consecuencia esta persona sería culpable, en condición de coautora, de un delito de determinación a la prostitución de mayor de edad o prostitución coactiva del artículo 188.1 CP al engañar a María D. abusando de una situación de necesidad o vulnerabilidad dado que lo lógico sería pensar que Romelia, como amiga de María D., era conocedora de su situación tanto económica como personal.

Con respecto al tráfico de personas, dado que la única mención que se hace sobre la misma es en relación con María D., en virtud de lo expuesto anteriormente, Romelia no habría cometido ningún delito y, por tanto, carecería de responsabilidad penal al no ser encuadrable su conducta en el artículo 318*bis* CP.

Con respecto al resto de mujeres, dado que no se dice nada en el supuesto, voy a considerar que Romelia no tiene nada que ver con ellas y por tanto, no sería responsable de ningún delito derivado de sus circunstancias.

Sujeto nº 2: Tatiana

Incurriría en condición de coautora en ocho delitos de Determinación a la prostitución del artículo 188 CP con la agravante de pertenencia a organización criminal. Se vale del engaño y de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad para determinar, en el caso de María D., a ejercer la prostitución o, en el caso del resto de chicas, a mantenerse en la misma, con la agravante del artículo 188.2 CP, por ser una de las chicas menor de edad. Frente a María D., la misma Tatiana se sitúa en una posición de superioridad al informarle de la deuda contraída, de manera que la segunda tiene que atender al pago, situándose como deudora lo que, en mi opinión, es una situación de inferioridad.

Considerando que respecto del resto de mujeres, dado que se entiende que están en una situación similar a la de María D., se ha llevado a cabo una conducta similar, Tatiana es coautora de siete³ delitos de Trata de Seres Humanos del artículo 177*bis* del Código Penal. Dentro del territorio español, mediante engaño y abusando de una situación de superioridad, necesidad y vulnerabilidad de las víctimas, en este caso extranjeras, la capta, con fines de explotación sexual.

Esta persona, a su vez, es responsable de ocho delitos de detención ilegal del artículo 163 CP, uno de ellos con la agravante del 165 CP por ser una de las víctimas menor de edad. Efectivamente, cumple con esta conducta al encerrar (en este caso ordenar que permanezcan en un lugar determinado), las mujeres privándoles de su libertad, en condición de coautora.

Sujeto nº 3: Pietro

Este individuo, según los datos del supuesto, es un camarero, pero éste acompañaba a las chicas cuando salían y al estar en el local es obvio que debía de saber lo que allí había.

Se situaría en condición de cómplice de 8 delitos de determinación a la prostitución en su modalidad agravada del 188.4.b) CP, dada su pertenencia a una organización criminal.

Por otro lado, sería cómplice de los 7 delitos de Trata de seres humanos del 177bis CP, en relación a todas las mujeres rumanas que entraron en el local entre 2012 y 2014.

Finalmente, este sujeto sería coautor, junto con Tatiana de 8 delitos de detención ilegal del artículo 163 CP y, como Tatiana, uno de ellos con la agravante añadida del 165 CP ya que es él quien vigila a las chicas cada vez que quieren salir del establecimiento, o lo que es lo mismo, quien limita su libertad de movimientos. En un sentido estricto, no las tiene retenidas en un lugar concreto en todo momento, pero cada vez que quieren salir deben ir acompañadas de él.

Sujeto nº 4: Zulaika.

En cuanto a los 7 delitos de Trata de Seres Humanos la considero cómplice ya que no encaja estrictamente en ninguno de los perfiles del artículo 28 CP y sí lo hace en el perfil expresado en el 29 CP ya que “...coopera a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”. Es así ya que, aunque sin su labor el delito se podría haber cometido igualmente, realiza una función importante en cuanto a asegurar el lucro que se obtiene del negocio ilícito y lo más seguro es que sin su papel el local no funcionara tan bien.

En segundo lugar, considero a Zulaika cómplice de 8 delitos de determinación a la prostitución de del artículo 188 CP ya que las acciones que realiza posteriormente a la comisión del delito sirven a la continuidad del mismo.

3 Se trata de un delito eminentemente personal y no colectivo por lo que se apreciarán tantos delitos como víctimas tenga la actividad criminal, de manera que no se puede apreciar el delito continuado (STS de 17 de mayo de 2011).

Al proteger un bien jurídico de naturaleza personalísima –en esencia la propia personalidad de la víctima–, se cometerán tantos delitos de trata de seres humanos como víctimas hayan sido tratadas, aunque todas ellas lo fueran en una acción conjunta (Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración).

Sujetos n^{os} 5 y 6 : Alberto y Santiago

Como socios únicos de la Sociedad Na&MA S.L. cometen 8 delitos de Determinación a la prostitución del artículo 188 CP en su modalidad agravada de pertenencia a una organización criminal. El delito se consumaría con la conducta encuadrada en el punto I “...*el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma*”, no siendo necesario que realicen la conducta de determinación a ejercer la prostitución.

En cuanto al los delitos de Trata de seres humanos, su conducta no encaja escrupulosamente en el enunciado del artículo 177*bis*, al menos con los datos del supuesto. Sin embargo, dada su conducta posterior, considero acreditado que estas personas promueven o incitan la comisión de tales delitos, dicho sea de paso, considerando que los testimonios de Tatiana, Pietro y Zulaika, los cuales afirmaban recibir órdenes de sus jefes, fueran ciertos. De esta manera, considerando que podrían ser los administradores de la sociedad, responderían de los delitos cometidos en virtud del artículo 31 CP.

1.3.2. Persona jurídica

No obstante lo anterior, se debe de considerar la responsabilidad como coautora por los anteriores delitos que podría tener la persona jurídica en virtud del artículo 31*bis* CP, según el cual “*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*” y además “*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*”.

Este artículo se introdujo con la LO 5/2010 de 22 de junio, permitiendo así que la sociedad, desde ese momento, pudiese ser penalmente responsable de los delitos cometidos en su seno. En relación con la Trata de seres humanos, el artículo 177*bis*.7 contempla la pena impuesta a la persona jurídica y el 189*bis* CP lo hace en referencia a los delitos de determinación a la prostitución.

Por tanto, en virtud del referido artículo 31*bis* CP, la persona jurídica, en este caso Na&Ma S.L., será responsable de los delitos cometidos en nombre y por cuenta de la misma y en su provecho por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, así como por sus trabajadores.

2. Posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Tatiana, Pietro y Zulaika por su relación con las sustancias encontradas en el armario de Plenilunio.

2.1. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS POSIBLES DELITOS COMETIDOS

2.1.1. Delitos contra la salud pública.

En primer lugar, es importante analizar el tipo de sustancias ante las que nos encontramos para poder situarnos en un tipo penal u otro. La primera de las sustancias encontradas era “*Popper*” o nitrito de amilo y, en concreto, se encontraron 17 frasquitos que servían como excitantes sexuales y eran vendidos a los clientes. En este caso se trata de nitrito de amilo, pero podría ser otro tipo de nitrito como el nitrito butilo o de isobutilo, cualquiera de ellos base de esta sustancia.

Sobre este tema se pronunció el Ministerio de Sanidad y Consumo que, en 2006, declaraba en referencia a los productos que contienen nitrito de isobutilo, y por analogía se puede aplicar al nitrito de amilo, que tal nitrito *“está clasificado como inflamable, tóxico, carcinógeno y mutágeno y si la concentración de nitrito de isobutilo es mayor del 0.1% el producto en cuestión no es un producto de consumo sino un producto de uso profesional”*. El mismo Ministerio de Sanidad y Consumo citaba un informe del Instituto Nacional de Toxicología del 12 de enero de 2006 que especificaba que dicha sustancia se inhala, produciendo estimulación y vasodilatación que dan como consecuencia una fuerte sensación de euforia o de desinhibición, para luego dar lugar a un posterior agotamiento y depresión. Asimismo en el citado informe se afirma que *“los efectos adversos que se producen con esta sustancia son: enrojecimiento de la cara y cuello, cefalea, náuseas y vómitos, taquicardia e hipotensión ortostática”*. En consecuencia, el “*Popper*” crea tolerancia y una considerable dependencia física, lo cual, unido a la breve duración de sus efectos buscados, lo convierte en una sustancia peligrosa, con un elevado riesgo de intoxicación por sobredosis.

Por otra parte, estos nitritos no están encuadrados en ninguna de las listas de sustancias estupefacientes o psicotrópicas ni en las de precursores y tampoco están sometidos a fiscalización (ATS núm. 2258/2009 de 13 de julio), es decir, no se encuentran recogidos en la lista de Sustancias Psicotrópicas sometidas a Fiscalización Internacional. De esta manera, se debe descartar que las actividades de tráfico relacionadas con esta sustancia sean encuadrables en el artículo 368 y concordantes del Código Penal, por ausencia del objeto material del delito, constituido por las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas contenidos en las listas. (AAP de Sevilla auto núm. 792/2010 de 24 de noviembre). Pudo ser esta la razón por la que en algunas sentencias se consideró que los “*Poppers*” no tenían relevancia penal (SAP de Madrid núm. 36/2002 de 23 de abril).

En cuanto a su posible consideración medicinal, se trata de sustancias que han sido utilizadas en el pasado, por ejemplo, para combatir las anginas de pecho o como tratamiento contra intoxicaciones por cianuro. Sin embargo, aunque la Agencia Española de Medicamentos y productos sanitarios en su informe de 16 de junio de 2009 hable de estos nitritos como medicamentos, afirma a su vez que, correspondiéndole conforme al artículo 7.3 la de Ley 29/2006 de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios,

resolver sobre la atribución de la condición de medicamento lo siguiente: “1º. *Ninguno de estos medicamentos cuenta con la preceptiva autorización de comercialización expedida por esta Agencia tras la evaluación de su seguridad, calidad y eficacia. 2º Sólo los medicamentos autorizados, pueden ser objeto de importación y 3º al tratarse de medicamentos no autorizados, se desconoce la calidad de todos sus ingredientes, no sólo de los principios activos, sino también de los excipientes, dónde han sido fabricados, por quién, cómo y con qué, por lo que no puede garantizarse la calidad, seguridad y eficacia de su uso*”.

Partiendo de los citados informes y con relación al caso, los hechos deberían encuadrarse en el tipo del artículo 359 CP según el cual el culpable del delito es “*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*”. Es cierto que se venden estas sustancias nocivas conocidas como “*Popper*” sin autorización y también queda suficientemente acreditado que estas sustancias, dadas sus características pueden causar estragos como pueden ser la cefalea, las náuseas o los vómitos. Por tanto, se cumple el tipo objetivo del delito, ya que están involucrados los tres elementos que lo constituyen: sustancias nocivas para la salud, ausencia de autorización y despachar, suministrar o comerciar con dichas sustancias.

Ahora bien, desde un punto de vista académico, dado que este dictamen es posterior a la reforma de 1 de julio de 2015 del Código Penal, se podrían encajar los hechos relacionados con el “*Popper*” en la nueva redacción del artículo 361 CP, al no ser, como afirma la Agencia Española de Medicamentos y productos sanitarios un medicamento autorizado, que pena al que “*fabrique, importe, exporte, suministre, intermedie, comercialice, ofrezca o ponga en el mercado, o almacene con estas finalidades, medicamentos, incluidos los de uso humano y veterinario, así como los medicamentos en investigación, que carezcan de la necesaria autorización exigida por la ley, o productos sanitarios que no dispongan de los documentos de conformidad exigidos por las disposiciones de carácter general, o que estuvieran deteriorados, caducados o incumplieran las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, y con ello se genere un riesgo para la vida o la salud de las personas*”. Considero que estas sustancias pueden ser subsumidas en el 361 dada esta consideración por parte de la Asociación Española de Medicamentos como tales, ya que, sin entrar en esta consideración y, tratándolos como simples sustancias nocivas, podríamos quedarnos en el artículo 359 CP.

Se trata de un tema en el que se debe de hilar fino dado que, aunque en la SAP de Sevilla núm. 792/2010 de 24 de noviembre se menciona que la Asociación Española de Medicamentos habla de ellos como medicamentos no autorizados, más adelante, la misma sentencia nos dice que los “*Popper*” encajarían en el tipo del 359 CP, lo que sería correcto dado que tanto la sentencia citada como el caso que nos atañe tuvieron lugar estando vigente el anterior código penal. Sin embargo, con la última reforma, el artículo 361 CP pasó a ser más concreto y considera los “*medicamentos que carezcan de la necesaria autorización*” mientras en tenor literal del artículo en el anterior Código no contemplaba éstos.

Concluyendo ya las observaciones acerca de dicha sustancia, aunque ya queda aclarado en el supuesto que Pietro lo compra para vender a los clientes, podríamos considerar que la cantidad y la ubicación de las sustancias indican de manera racional que no eran para

consumo propio, sino para venderlas como un producto más para los fines del negocio, aunque, como explicaré mas adelante, hay que ver la intencionalidad.

Con respecto a los 7 gramos de hidrocloreuro de ketamina, también es pertinente hacer ciertas aclaraciones.

Se trata de una sustancia potencialmente peligrosa para la salud, derivada de la fenciclidina, incluida como prohibida en el Convenio de Viena de 1971 (Lista II) y fiscalizada, cuando el Boletín Oficial del Estado del 21 de octubre de 2010, publicaba 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 preparados psicotrópicos. Por tanto tiene lugar a partir de esa fecha la consideración como producto sometido a control de estupefacientes. (STS núm. 429/2014 de 21 de mayo).

Es interesante en este sentido destacar que la perito oficial de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Consumo), el 22 de noviembre de 2011 especifica en un informe que, entre otros extremos, *“la ketamina es una sustancia psicotrópica que se utiliza como anestésico general de acción rápida, antiguamente utilizado en niños y ancianos, pero actualmente restringido al ámbito veterinario, produciendo al despertar sensaciones psíquicas muy vivas, como modificaciones del humor, experiencias disociativas de la propia imagen, sueños y estados ilusorios. Produce también efectos importantes en el sistema cardio-vascular”*. Se trata de una sustancia que se ha propagado en los últimos años como sustancia de abuso utilizada con fines de ocio. Como psicotrópico tiene un elevado potencial alucinógeno, pues su inhalación causa un efecto disociativo al producir la sensación de que la mente se separa del cuerpo, generando vivencias imaginarias, alucinaciones, delirios y por tanto episodios psicóticos. Además, produce dependencia psicológica y, a la larga, también física. A corto plazo puede tener efectos graves imprevisibles y, a largo plazo, también efectos cerebrales irreversibles (STS núm. 208/2014 de 10 de marzo).

La euforia que produce dura entre media hora y dos horas y puede dar lugar a graves problemas físicos y mentales, delirio, amnesia, deterioro de la función motora y problemas respiratorios que llegan a ser potencialmente mortales (SAP Navarra núm. 93/2005 de 14 de abril).

En base a dichas características, la ketamina encajaría como objeto material del artículo 368 CP que se delimita como “drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas” y que castiga que castiga a *“los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal...”* de dichas sustancias, *“...o las posean con aquellos fines”*. Un tipo cuyo bien jurídico protegido, según la doctrina mayoritaria y, dada su inclusión en el capítulo con dicho nombre del Código Penal, es la salud pública. Sin embargo el TS cree que la finalidad del legislador es impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que puede causar en la población (STS núm. 871/2005 de 15 de marzo).

En relación con el objeto material, diversas declaraciones de la OMS ayudan a entender que una droga es una sustancia, natural o sintética, cuyo consumo repetido, por cualquier vía, provoca en las personas dependencia psíquica, tolerancia y dependencia física. El TS sigue la idea de respetar los Convenios internacionales y el principio de seguridad jurídica para determinar qué son más concretamente las drogas tóxicas, criterio que se sirve de las

TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO

listas anexas a los Convenios internacionales firmados por España y convertidos en derecho interno⁴.

Como se puede observar, en el artículo 368 CP cabe cualquier conducta. Así, con la mera posesión con intención de traficar ya se consuma el delito pues “*basta para colmar la figura delictiva*” (STS núm. 1013/2005 de 16 de septiembre), es irrelevante quién sea el propietario de la droga pues no es necesario que el poseedor sea el propietario (STS núm. 277/1999 de 1 de marzo) y basta con una sola venta para que se considere tráfico (STS núm. 1486/2005 de 16 de diciembre).

En cuanto a la cantidad, basándome en la SAP de A Coruña 420/2015 de 8 de julio, considero que 7 gramos se podrían considerar como cantidad preordenada al tráfico ya que dicha sentencia consideró 2,721 gramos suficientes para encuadrar la conducta en el 368 CP. No obstante, no sería propio hacer esta consideración simplemente en base a la cantidad, sino que se deberían, de acuerdo al TS, valorar otros aspectos como la pureza de la droga, el carácter de consumidor habitual del sujeto, la existencia de utensilios para su pesaje y manipulación, la capacidad adquisitiva del sujeto, la ocultación o no de la droga, la actitud del sujeto ante la policía o la posesión de cantidades de dinero en moneda fraccionada, entre otros indicios.

De esta manera, la conducta del supuesto sería encuadrable en el tipo básico del 368 CP, pero aunque la cantidad sea preordenada al tráfico, no se considera una cantidad de notoria importancia, y por tanto, no sería encuadrable por esa razón en el artículo 369 CP. Sería una cantidad demasiado pequeña para ese subtipo agravado, enfatizada esta afirmación por el hecho de que algunas sentencias consideren que con cantidades de incluso 4 kilogramos no se ha podido cuantificar exactamente cuál es el límite de la notoria importancia, debido a que lo novedosa que resulta la sustancia como psicotrópico de abuso ha impedido hasta ahora establecer una cifra concreta para delimitar esta característica (STS núm. 208/2014 de 10 marzo). Estas apreciaciones al margen, dado que los hechos son realizados en un local o establecimiento abierto al público por uno de sus empleados, cumpliendo con lo enunciado en el artículo 369.1.3º CP, la pena se aplicaría en su mitad superior.

Finalmente, en este caso los hechos subsumibles en el artículo 368 CP no creo que puedan ser considerados en el seno de una organización criminal ya que la misma no tiene como fin la venta de dichas sustancias.

4 Convenio de 26 de junio de 1936 para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas.
Convenio único de 1961 sobre estupefacientes.
Convenio de 21 de febrero de 1977 sobre sustancias psicotrópicas.
Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988.

2.2. SUJETOS PENALMENTE RESPONSABLES

Sujeto nº 1: Tatiana

Por lo referente a nitrito de amilo o “*Popper*”, su comportamiento no encaja en el tipo del artículo 359 CP y, por lo tanto, sería impune.

En relación a la ketamina, considero posible encuadrarla en la codición de coautora, ya que en el 368 CP cabe casi de todo. Según versa, “*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*”, se podría entender que, en cierto modo, Tatiana favorece el consumo ya que, al ser parte de la organización y participar con ello en la captación de clientes hacia el local, está favoreciendo o facilitando el consumo ilegal de drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas. Se trata de la persona que, en principio, dirige la actividad en el local y, por tanto, podría haber impedido la venta de estas sustancias.

Sujeto nº 2: Pietro

Así las cosas, después de tener información acerca de las sustancias, concluyo que, en relación a la primera de ellas, el “*Popper*”, Pietro comete, en condición de autor, un delito contra la salud pública del artículo 359 CP cuyo dictado quedó expresado anteriormente, ya que, sin hallarse autorizado, comercia y lo hace con sustancias nocivas para la salud. Comercia al vender estas sustancias a los clientes y, basándonos en los informes antes citados y las características de la sustancia, queda acreditado que son sustancias nocivas para la salud.

En segundo lugar, se debe valorar la manera de actuar de Pietro en cuanto a si su conducta fue o no dolosa. Considero, dado el fin para el que era usada esta sustancia, que Pietro, en ningún momento tuvo intención de dañar la salud sino que simplemente quería suministrar un excitante sexual a sus clientes para que así la satisfacción de los mismos fuese mayor, velando por el interés del negocio. De esta manera, Pietro estaría incurriendo en una imprudencia grave del artículo 367 CP con lo que le sería aplicable la pena inferior en grado. Además, la mayoría de botes de estas sustancias vienen con un etiquetado poco explicativo y, a menos que el que las posea tenga conocimientos que le permitan diferenciar los elementos con los que se obtiene la sustancia, no será capaz de valorar la composición.

En lo referente a la ketamina, será culpable, en condición de coautor, de un delito del 368 CP que incluye tanto el tráfico, como cualquier otro modo de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas. Se le aplicaría la pena superior en grado al cumplirse tres de los presupuestos del artículo 369 CP: “*2º. El culpable participare en otras actividades organizadas... (en este caso una organización dedicada a la determinación a la prostitución y la Trata de seres humanos), 3º Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos y 4º Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años.*”

Se entiende por establecimiento abierto al público una clase de dependencia en la que se desarrolla una actividad empresarial, mercantil, financiera o de cualquier orden actuando de cara al público. La apertura del establecimiento o local supone que sus titulares conceden

una amplia habilitación a todos los interesados a penetrar o acceder libremente al local para realizar toda clase de gestiones y actividades relacionados con la dedicación del establecimiento (STS núm. 1351/1997 de 7 de noviembre). Con lo cual, podríamos calificar claramente el local “Plenilunio” como tal, dado que cumple estas características.

Finalmente, según se desprende del supuesto, Pietro facilita las drogas a las chicas del local, entre las que se encuentra Nicoara, que, en caso de ser una de las provistas de tales sustancias situaría a Pietro en el 369. 4º.

Sujeto nº 3: Zulaika

En principio, no queda claro que Zulaika tenga constancia de las sustancias que se venden en el local y, por tanto, carecería de responsabilidad penal por estos hechos.

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

Antes de comenzar, cabe precisar que en esta parte sólo se mencionarán responsabilidades penales, dejando para el siguiente dictamen las responsabilidades que no lo sean.

3.1.FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS POSIBLES DELITOS COMETIDOS

3.1.1. Delitos contra la Hacienda Pública o delitos fiscales

Para que se cometa un delito contra la Hacienda Pública es necesaria la previa existencia de una determinada relación jurídico-tributaria entre el sujeto activo del delito y la Administración Tributaria. En este caso nos encontramos ante una persona jurídica con residencia en territorio Español, que como tal, en virtud del artículo 7.1a) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, será contribuyente de este impuesto.

El Código Penal, en su artículo 305 castiga al 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”*. Por tanto, solo hablaríamos de relevancia penal entre los años 2009 y 2012, ya que en 2013 la cantidad defraudada es inferior a 120.000 euros con lo que constituirá una infracción tributaria que se verá más adelante. De tal manera, en este caso se han cometido cuatro delitos de defraudación tributaria en los años 2009, 2010, 2011 y 2012, lesionando el bien jurídico protegido que se identifica con el correcto funcionamiento de la Hacienda Pública o, desde una perspectiva patrimonialista, el

interés patrimonial de la misma siempre y cuando se concrete en la necesidad de obtener recursos públicos tributarios.

Las claves de este artículo son la conducta de fraude (que se puede llevar a cabo por acción u omisión, esta última entendida como falta de presentación de las declaraciones tributarias), los sujetos perjudicados y la cuantía a la que debe ascender tal perjuicio a la Hacienda Pública.

La RAE, define el término fraude como *“Acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros”*. De esta manera, podríamos obtener la definición de defraudar como la comisión de ese “acto”. Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ el verbo defraudar implica que en el seno del artículo 305 CP deba exigirse una ocultación de bases o datos esenciales de manera idónea para hacer imposible o difícil la liquidación del tributo.

Partiendo de esta definición, se observa la necesidad de un elemento subjetivo y la presencia de dolo, aunque la mayoría de la doctrina considera suficiente el dolo eventual. Sin embargo, dada la naturaleza dolosa del delito, no se admite la comisión imprudente y, como se desprende del artículo 305 CP, se puede cometer tanto por acción como por omisión de manera que la comisión por omisión será factible si la infracción del deber de declarar se asocia a la causación del perjuicio patrimonial típico, creyendo la doctrina mayoritaria que la presencia del verbo defraudar impone la restricción de que el resultado solamente pueda relacionarse objetivamente con la omisión cuando la inactividad del sujeto pasivo del impuesto suponga para la Administración Tributaria el desconocimiento de las circunstancias que dan lugar a la obligación de tributar.

En concreto, se eluden las obligaciones tributarias contraídas, y ciertamente, el perjuicio se causa tanto al Estado como a terceros, considerando al resto de contribuyentes que sí cumplen con sus obligaciones tributarias. Por tanto, considerando la modalidad de elusión de pago de un impuesto gestionado mediante el sistema de autoliquidación como es el Impuesto de Sociedades, para algunos autores como PÉREZ ROYO, MORALES PRATS o AYALA (en TORRES GELLA, F.J), en un caso de omisión de la presentación de una declaración-liquidación como el del supuesto, el delito se consumaría el día que finaliza el plazo reglamentario para presentar la declaración e ingresar la cuota.

La mayoría de la doctrina ha entendido que el delito sólo puede ser cometido por ciertos sujetos ya que sólo están en situación de realizar todos los elementos del tipo el obligado al pago de la deuda tributaria o el beneficiario de la devolución indebida o del beneficio fiscal.

No se debe obviar la importancia del punto 2 a) del referido artículo 305 a efectos de determinar la cuantía. Este punto del artículo expresa que *“a) Si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural*. Como el Impuesto de Sociedades, tributo eludido en este supuesto, es un tributo periódico, es necesario atender a esta circunstancia y considerar un delito por cada período.

La circunstancia de que los delitos se cometan en años sucesivos nos lleva a plantear, además, la posibilidad de encuadrar estos delitos en la figura del delito continuado. Sobre ello se pronuncia en bastantes ocasiones la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la SAP de Navarra núm. 88/2011 de 30 de mayo, afirma que reiterada doctrina jurisprudencial (STS núm. 2215/2002 de 3 de enero, por ejemplo) limita la apreciación de la continuidad delictiva en los delitos contra la Hacienda Pública cuando se refieren a distintos períodos impositivos, con base en el principio de estanqueidad positiva. Con ello, dicha sentencia concluye que si hay impago en ejercicios sucesivos concurrirán tantos delitos como años. En el mismo sentido, la SAP de Albacete núm. 82/2002 de 30 de julio, expresa que el propio artículo 305.2 revela oposición a la continuidad, al señalar que, a efectos de determinar la cuantía, se estará a lo defraudado en cada período, catalogando la situación como de falta de homogeneidad que impide que entre en juego la continuidad delictual.

Por otro lado, se podría considerar la posibilidad de aplicar la modalidad agravada del 305 bis CP que se aplica si concurren ciertas circunstancias, entre las cuales aparece “*b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal*”. En el supuesto hay una organización criminal, pero el fin de la misma no es cometer delitos contra la Hacienda Pública sino delitos de determinación a la prostitución y Trata de Seres Humanos, por lo que se descartaría esta hipótesis entendiéndose que “*el seno de una organización criminal*” se refiere a una con esos fines.

Finalmente, el hecho de considerar el delito encuadrado en el artículo 305 nos lleva a valorar si se da alguna de las causas que extinguen la responsabilidad criminal. En concreto, dado que las defraudaciones tuvieron lugar en años sucesivos y que no se da ninguno de los otros modos de extinción de la responsabilidad del artículo 130 CP, se debe considerar la posibilidad de que los delitos hayan prescrito, causa del artículo 130.1.6º. Esto nos lleva al artículo 131CP que habla de los plazos de prescripción, según el cual: “*1. Los delitos prescriben:... y, para los concretos delitos del supuesto, ...A los cinco, los demás delitos, excepto los de injuria y calumnia, que prescriben al año*”, dado que el artículo 305 CP impone una pena que va de 1 a 5 años de prisión.

De esta manera, a día de emisión de este dictamen (15 de diciembre de 2015) la defraudación del año 2009 habría prescrito ya que han pasado más de 5 años desde la fecha en que se devengó el impuesto. Afinando un poco más en esta afirmación, el período impositivo de una sociedad es su ejercicio económico y no debe exceder de 12 meses (art. 26 TRLIS) y dado que el supuesto no nos informa de ello, lo más sencillo será considerar que el mismo es el año natural que va del 1 de enero al 31 de diciembre, momento en que se devenga el impuesto. Partiendo de esto, el artículo 136.1 párrafo 2º de la Ley del Impuesto de Sociedades⁵ dice que “*La declaración se presentará en el plazo de los 25 días naturales siguientes a los 6 meses posteriores a la conclusión del período impositivo*”. Entonces, el delito cometido en el año 2010 empezaría a prescribir en el año 2011, y concretamente, el 26 de julio de ese año, es decir, 6 meses y 25 días después del 1 de enero. Si a eso sumamos los 5 años de prescripción, nos da que el delito prescribe el 26 de julio del año 2016. En cuanto a los otros dos delitos, el de 2011 y el de 2012, queda suficientemente claro que no han prescrito al ser posteriores a 2010.

⁵ En la LIS actual, la *Declaración del Impuesto* está contenida en el artículo 124.

3.1.2. Falsedad documental

En segundo término hay que atender a la realización de facturas falsas. Esta conducta se encuadra en el artículo 392 del Código Penal como un delito de falsedad documental realizado por un particular. Este artículo se refiere a “1. *El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390...*”. El artículo 390 se refiere a varias formas de cometer falsedad entre la que se encuentra en su punto 2º “*Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad*” que es lo que sucede en este supuesto, en el que, en concreto, estaríamos hablando de documentos mercantiles. En coordinación de los dos artículos, algunas sentencias como la STS núm. 495/2011 de 1 de junio encuadran esta conducta como propia del 390.1.2º CP.

En lo referente a la consideración de las facturas como documentos mercantiles debemos referirnos a ciertas sentencias que dejan claro este aspecto. Hay una jurisprudencia muy consolidada que aclara el concepto jurídico-penal de documento mercantil. Podríamos poner como ejemplo la STS núm. 1148/2004 de 18 de octubre, el Auto del TS núm. 171/2006 de 12 de enero o la STS núm. 111/2009 de 10 de febrero, que lo encuadran como “*un concepto amplio, equivalente a todo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmado en la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sirva para cancelarlas, ya para acreditar derechos u obligaciones de tal carácter, siendo tales no solo los expresamente regulados en el Código de Comercio o en las Leyes mercantiles, sino también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas*”. Como documentos expresamente citados en estas leyes figuran las letras de cambio, pagarés, cheques, órdenes de crédito, cartas de porte, conocimientos de embarque, resguardos de depósito y otros muchos. También son documentos mercantiles todas aquellas representaciones gráficas del pensamiento creadas con fines de preconstitución probatoria, destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico y que se refieran a contratos u obligaciones de naturaleza comercial. Finalmente, se incluye otro tipo de representaciones gráficas del pensamiento, las destinadas a acreditar la ejecución de dichos contratos tales como facturas, albaranes de entrega u otros semejantes. (STS núm. 35/2010 de 4 de febrero).

Para diferenciar la falsedad documental punible, se exige que el elemento no veraz incorporado al documento en el delito de falsedad sea un elemento esencial, conectado con que la falsedad tenga incidencia en el tráfico jurídico, con la posibilidad de lesionar o poner en peligro bienes jurídicamente protegidos y subyacentes al documento amparado por la fe pública (STC núm. 127/2001 de 4 junio).

Los requisitos concretos para que exista falsedad son:

-La mutación de la verdad por alguno de los procedimientos del 390 CP, como elemento objetivo.

-Que dicha mutación de la verdad recaiga sobre elementos capitales o esenciales del documento y sea de suficiente entidad para afectar a los efectos normales de las relaciones jurídicas, es decir, que tenga trascendencia.

- Que exista como elemento subjetivo el dolo falsario como conciencia y voluntad de mutar la verdad (STS núm. 888/2004 de 5 de julio).

En el supuesto concurren estos presupuestos ya que se falseaban las facturas aludiendo como concepto de las mismas las comidas en el restaurante, por tanto se alteraban elementos esenciales como es el hecho de no mostrar el verdadero concepto de la facturación o servicio realmente realizado y además, dado que la conducta no tuvo lugar en una única ocasión se debe considerar que existe dolo ya que hay conciencia y voluntad, al menos razonable, de alterar la verdad.

En cuanto a la posibilidad de concurso, se debe hablar de concurso medial entre este delito y los delitos contra la Hacienda Pública ya que la falsificación de documentos mercantiles se usa como medio para cometer el segundo delito (SAP Barcelona núm. 174/2015 de 9 de marzo).

3.1.3. Blanqueo de capitales

El tercer delito económico que se puede extraer de los hechos sería el Blanqueo de capitales del artículo 301 CP que castiga al 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...”*.

El Diccionario de uso del Español de María Moliner, en su quinta acepción, define el término blanquear como *“introducir en el circuito legal dinero generado en actividades delictivas”* y añade como sinónimo lavar.

El concepto penal, alude genéricamente al proceso mediante el cual se legitiman bienes de procedencia ilegal, obtenidos al margen del control de la Administración y en un sentido más estricto, se refiere con exclusividad a la reconversión de bienes de origen delictivo haciendo necesaria la intervención del Derecho Penal. Sin embargo existe consenso doctrinal sobre una definición más analítica que habla de un proceso de ocultación de bienes de origen delictivo con el fin de dotarlos de apariencia final de legitimidad.

Por tanto, cualquier bien que haya sido generado directamente por la comisión de un delito (requisito previo) posee aptitud para integrar el objeto material del blanqueo. No obstante, para que pueda tener lugar el delito, para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, los bienes deben de ser susceptibles de valoración económica y, en consecuencia, susceptibles de ser incorporados al tráfico mercantil o económico e incorporables al patrimonio. Además, el 301CP no requiere de una determinada cantidad mínima para que haya blanqueo, castigando en el mismo marco a quien blanquea cantidades mínimas y a quien blanquea millones de euros.

A pesar de esta circunstancia, las cantidades no se pueden considerar como fórmula exclusiva para decidir si existe o no blanqueo de capitales, sino que resulta preciso atender, además, a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico y a la intención del autor de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas. Para colmar el juicio de tipicidad no bastará, por tanto, con la constatación del tipo objetivo. Será indispensable acreditar la voluntad de activar un

proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito (STS núm. 884/2012 de 8 noviembre).

En el supuesto, el bien concreto son las cantidades de dinero obtenidas con el negocio desarrollado en relación con la prostitución y no delarado a la Hacienda Pública y la conducta cumple con las previsiones del artículo 301 CP: adquisición, posesión, utilización, conversión y transmisión.

En contraposición, considero que no se comete el delito con respecto al dinero obtenido con el tráfico de drogas ya que no consta si ese dinero iba a parar a las arcas de la sociedad o si se lo quedaba Pietro y, aunque como apuntaba, cualquier cantidad sería suficiente para cometer el delito, no considero acreditado que se haya cumplido con respecto al mismo con las conductas del 301CP.

3.2. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SUJETOS ACTIVOS

Sujeto nº 1: Tatiana

No queda acreditado que sea consciente de la falta de declaración de las cantidades que entrega a los socios y, por tanto, no le sería imputable ni blanqueo ni ningún delito contra la Hacienda Pública.

Sujeto nº 2 y 3: Alberto y Santiago

En cuanto a la falsedad de documentos mercantiles, si consideramos que alguno de ellos o ambos son administradores de la sociedad y, por tanto, quienes elaboran las facturas falsas, serían coautores de un delito continuado del artículo 392 CP. En cualquier otro caso, lo sería la persona que haga las funciones propias o actúe como tal.

Son coautores, además, de un delito de blanqueo de capitales a causa de las cuotas tributarias defraudadas en los años 2010, 2011 y 2012 (la de 2009 ya ha prescrito y por lo tanto quedan eximidos de responsabilidad penal). El delito previo o subyacente a ese blanqueo de capitales son los delitos contra la Hacienda Pública, de los que también serían coautores en virtud del artículo 31CP.

Sujeto nº 4: Xaime

Comete, en condición de coautor, un delito de blanqueo de capitales por las cuotas tributarias defraudadas en los años 2010, 2011 y 2012 según el artículo 301 CP que también habla de la persona que “...realice cualquier otro acto...para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos...”. Este abogado da a los socios la idea de ingresar el dinero en la cuenta de Gibraltar y por tanto, ayuda a eludir las consecuencias legales.

TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO

Se trata de un caso particular, dado que se podrían contraponer los deberes fundamentales del abogado expresados en el Estatuto General de la Abogacía Española con el secreto profesional.

En primer lugar al realizar este tipo de conductas, el abogado estaría incumpliendo su deber fundamental contemplado en el artículo 30 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española ya que aunque como partícipe de la función pública de la Administración de Justicia debería cooperar a ella “*asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados*” en ningún caso esa tutela de intereses sería justificativa del fin supremo de justicia al que la abogacía se halla vinculada.

En cuanto al secreto profesional (542.3 LOPJ) , no creo que se pueda encuadrar en el mismo esta conducta, ya que no se trata de hechos o noticias que conozca por razón de su actuación profesional, sino que él mismo es partícipe de estas. Sin embargo, esta situación creo que merece mayor explicación.

La Ley 10/2010, de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo en su artículo 52 sanciona por infracción grave a los sujetos obligados del artículo 2 de la misma (entre los que se encuentran los abogados en la letra ñ) a informar de las operaciones de los sujetos en relación con dichos delitos (artículo 3). Esto chocaría con el deber de secreto profesional.

Sin embargo, el considerando decimoséptimo de la Directiva 2001/97 deja clara esta situación. Expresa que, cuando miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico (caso de los abogados) estén determinando la situación jurídica de sus clientes o ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales, sería improcedente imponer a dichos profesionales la obligación de notificar sospechas de blanqueo de capitales. Así se les debería dispensar de la obligación de dar información obtenida antes, durante o después del proceso judicial quedando el asesoramiento jurídico sujeto a la obligación de secreto profesional excepto en el caso de que el abogado esté implicado en las actividades de blanqueo, que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo o que el abogado sepa esa finalidad del asesoramiento (STJCE núm. 2007/ 152 de 26 de junio).

Por tanto, dada la situación del supuesto, el abogado estaría implicado en la actividad de blanqueo.

No obstante, en el momento en que da esa idea no estamos en el curso de un proceso en el que se encuentre haciendo las funciones de abogado, sino que se encuentra en el seno de una relación, a mi ver, de tipo privado en la que (valiéndose de sus conocimientos de Derecho) aconseja llevar a cabo una conducta fraudulenta. De esta manera, encajaría en la conducta típica y estaría implicado, a mi ver, como cooperador necesario, lo que responde a la condición de autoría.

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

4.1. Infracciones tributarias

Ahora sí, ya que este dictamen es relativo a la sociedad, es pertinente considerar las infracciones tributarias que se podrían haber cometido a la vista de los hechos del supuesto.

En primer término, el artículo 183 de la Ley General Tributaria conceptualiza las infracciones tributarias como *“las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta u otra ley”* y de una manera más concreta, cuando se realice alguna de las conductas del artículo 305 CP, sin sobrepasar la cantidad de 120.000 que convierte la mera infracción en delito.

El artículo 184.2 LGT dice que entiende que existe ocultación de datos a la Administración tributaria en caso de no presentar declaraciones o que, haciéndolo se haga con hechos u operaciones inexistentes o con importes falsos, se omitan total o parcialmente operaciones, ingresos, rentas, productos, bienes o cualquier otro dato que incida en la determinación de la deuda tributaria, con la condición de que la incidencia de la deuda derivada de la ocultación en relación con la base de la sanción sea superior al 10 por ciento.

Además el punto 3 b) de dicho artículo considera medio fraudulento el empleo de facturas falsas, concretamente, el medio utilizado en el supuesto.

En el caso se habla de que se facturaba falsamente una parte sustancial de las ganancias y, por tanto, se debería entender por “sustancial” una cantidad superior al 10%, con lo que, ciertamente, existiría ocultación.

Partiendo de estas aclaraciones previas, nos situaríamos en el entorno del artículo 191 LGT según el cual constituirá infracción tributaria dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación y, según el punto 3a) de dicho artículo, estaríamos hablando de una infracción grave ya que se deja de ingresar la deuda tributaria mediante la utilización de facturas falsas. En el supuesto, la infracción tributaria grave sólo se comete en el año 2013, ya que el resto de años dado en que las cantidades son superiores a 120.000 euros, son constitutivas de delito, pasando a la jurisdicción competente (artículo 180 LGT).

En cuanto a los sujetos infractores, el artículo 181 LGT dice que *“Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas y las entidades mencionadas en el apartado 4 del artículo 35 de esta ley que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en las leyes”*. El artículo 35 hace referencia a los obligados tributarios, pero, en este sentido, dado que nos encontramos en el seno de una sociedad, debemos acudir a la Ley del Impuesto de Sociedades para la correcta determinación del sujeto pasivo. En virtud del artículo 7.1.a), la sociedad Na&Ma S. L. sería contribuyente por este impuesto, dada su condición de persona jurídica y por tener su residencia en territorio español.

En relación con este tipo de infracciones, los plazos de prescripción los marca el artículo 66 LGT y son de 4 años, es decir, la Administración Tributaria tendrá, en este caso, cuatro años para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación. Además, el plazo de prescripción (artículo 67.1 LGT) comenzará a contarse, en este caso, *“desde el*

día siguiente a aquel en que finalice el plazo reglamentario para presentar la correspondiente declaración o autoliquidación”.

En cuanto al plazo para presentar la declaración del Impuesto de Sociedades, me remitiré a lo mencionado en el punto 3 de este trabajo, por lo que, como se dijo, el plazo para presentar la declaración finaliza el 25 de julio.

Por lo expuesto, la sociedad Na&Ma S. L. habría incurrido en una infracción tributaria por la no declaración de la cuota de 2013 de 119.000 euros.

4.2. Responsabilidades penales de Na&Ma S. L.

Se hace necesario partir del artículo 3bis CP que extiende la responsabilidad por los hechos constitutivos de delito a la persona jurídica en los supuestos del Código Penal en que así se exprese, si los delitos son cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. También extiende la responsabilidad por los delitos cometidos en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, si los cometen, quienes estando sometidos a la autoridad de los representantes legales o administradores, han podido realizar los hechos por no ejercerse sobre ellos el debido control.

Se debe puntualizar que el artículo 31bis se introdujo con L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por lo que la sociedad sólo sería responsable de los delitos cometidos a partir de su entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010.

Por tanto, Na&Ma S. L. responde de los delitos de Trata de Seres Humanos (177bis.7 CP) y de Determinación a la Prostitución (189bis CP).

Además, dada su condición de contribuyente del Impuesto de Sociedades, se erigiría como sujeto activo de los delitos contra la Hacienda Pública, ya que la obligación tributaria no satisfecha recae en ella. Por tanto, en virtud del artículo 31bis CP, sería criminalmente responsable de tres delitos de defraudación a la Hacienda Pública, delitos por los que también respondería personalmente su administrador o administradores de hecho o de derecho por causa del artículo 31 CP. Sin embargo, en el caso no se concreta quién representa esta figura, por lo cual, simplemente se podrían valorar hipótesis como que fueran los socios Alberto y Santiago o sólo uno de ellos.

Finalmente, la sociedad también respondería por el delito de blanqueo de capitales (302.2 CP), así como su administrador o administradores.

IV.PARTE SEGUNDA: CUESTIONES DE CARÁCTER MERCANTIL

5. Posibilidad de que la sociedad Na&Ma, S. L. sea considerada una sociedad nula de conformidad con la legislación societaria.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

En primer lugar, se debe matizar que, en el momento de inscripción de esta sociedad (3 de febrero de 2008), en lo referente a las sociedades de Responsabilidad Limitada, era aplicable la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. En 2010, 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 vigente desde el 1 de septiembre de 2010, unificó la regulación de este tipo de sociedades con otros, como las sociedades anónimas, por ejemplo. Esta disposición, como dice su exposición de motivos, supera la tradicional regulación separada de las formas o tipos sociales designadas con esa genérica expresión. Por tanto, aunque en el momento de inscripción, fuese aplicable la disposición separada de las sociedades de Responsabilidad Limitada, ya que en el sentido de la cuestión los cambios son más formales que de fondo, seguiré la actual Ley de Sociedades de Capital.

En este sentido, para saber si considerar nula o no a una sociedad se debe acudir al artículo 56 LSC (lo que en el momento de constitución de la Sociedad habría sido el artículo 16 de la actualmente derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada) que establece las causas por las que se podrá ejercer acción de nulidad una vez la sociedad esté inscrita. En concreto, debemos atender a la letra e) que contempla como causa de nulidad el “... *no expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público*”. Dado que no se dice expresamente en el supuesto, lo propio es considerar que el resto de causas no han tenido lugar. Además, el punto 2 del mismo artículo expresa que los casos contemplados serán los únicos por los que pueda declararse la nulidad o la anulación de la sociedad.

Para considerar la ilicitud del objeto social, no debemos atender al que se indica en la escritura de constitución pues este, “gestión de locales de ocio” es totalmente lícito.

En relación a esta situación, se expresa claramente la SAP Alicante núm. 479/2012 de 22 de noviembre. Según la misma, atendiendo, no al objeto social escriturado sino al objeto social efectivo y real y conscientes de que en el local se ejerce la prostitución, no siendo ésta una actividad ilegal o contraria al orden público (con independencia de la valoración ético-social que pudiera merecer), tampoco se puede hablar de un objeto ilícito. Sin embargo, en el seno de esa actividad se están llevando a cabo otras indudablemente ilícitas (tráfico de mujeres para explotación sexual, blanqueo de capitales, etc.). De momento estos delitos no están acreditados y 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.

Dejando, pues, de lado las meras hipótesis sobre la actividad realmente ejecutada por la sociedad o a su amparo, nos encontramos ante un caso de objeto social no ilícito.

Por tanto, la clave de esta cuestión es que se haya demostrado previamente la existencia de algún delito, ya que, de no ser así no se podrá considerar la nulidad. En este caso, hablábamos de delitos de determinación a la prostitución y Trata de seres humanos, que son los delitos que fundamentan la actividad de la empresa, ya que los delitos económicos mencionados no constituyen la misma sino que son posteriores.

CONCLUSIÓN

Queda acreditado que la sociedad no podrá ser declarada nula, dado que el objeto social al que se refiere el artículo 56 LSC habla del objeto social expresado en los estatutos y este es lícito. Es cierto que el objeto real no sería lícito, pero ya que es necesario que los delitos que lo constituyen estén demostrados, no se podría declarar, por el momento, la nulidad.

6. Posibilidad de que la sociedad Na&Ma, S. L. registre como marca “Pequeñas sumisas ardientes” para la clase 43.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

En primer lugar, antes de entrar en cualquier tipo de consideraciones es preciso valorar si dicha frase se podrá registrar como tal en virtud de la Ley 17/2001 de 7 de diciembre de Marcas. El artículo 4 define el concepto de marca diciendo “1. Se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras”. Y en su punto 2 dice cuáles podrán ser esos signos en particular, entre los que se incluye, lo que sería el caso, “palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas”. De esta manera, en una primera aproximación, el nombre sería válido, ya que es una combinación de palabras. La duda aparece a la hora de considerar si esas palabras sirven para distinguir en el mercado los productos de esta empresa.

Para CHIJANE, las marcas cumplen diversas funciones entre las que destaca distinguir los productos en el mercado, señalando su origen empresarial, indicando la calidad de los mismos, desarrollando una imagen publicitaria o condensando la imagen o reputación (goodwill), es decir, en síntesis, aportan información respecto de estos aspectos.

La frase “Pequeñas sumisas ardientes” no evoca el entendimiento de una cosa concreta, es decir, no sirve para diferenciar en el mercado los productos o servicios que se ofrecen, sino que, es una expresión generalista. Es cierto que de esta manera se reducen al consumidor los costos de búsqueda de un servicio, pero no es un servicio concreto y perfectamente diferenciado como, por ejemplo, una marca como NIKE, que evoca ropa deportiva con un signo claro, es decir, la frase estudiada no actúa como un buen identificador ya que no individualiza un servicio. En resumen, considero que este signo no tiene aptitud para singularizar los servicios frente a otros ya que es una frase genérica o descriptiva.

En segundo lugar, es preciso conocer qué tipo de servicios comprende la clase 43 de la Clasificación de Niza. En concreto, dicha clase abarca servicios de restauración (alimentación) y hospedaje temporal. Afinando un poco más, esta clase comprende

principalmente los servicios que consisten en preparar alimentos y bebidas para el consumo, prestados por personas o establecimientos, así como los servicios de alojamiento, albergue y abastecimiento de comida en hoteles, pensiones u otros establecimientos que proporcionen hospedaje temporal. Comprende en particular: los servicios de reserva de alojamiento para viajeros, prestados principalmente por agencias de viajes o corredores y las residencias para animales.

De esta manera, en principio, dado que del supuesto se desprende que en el local se venden bebidas alcohólicas podría ser encuadrada la marca en esta clase.

El artículo 5 de la misma Ley, completa el concepto al enumerar ciertas prohibiciones absolutas a la hora de registrar como marca y en su letra f) menciona a los signos que “*sean contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres*”. En este sentido, la Oficina Española de Patentes y Marcas denegó el nombre “La Oxtia” por ser contrario a las buenas costumbres, ya que se aplicaba el signo a bebidas alcohólicas y es un signo de alto valor simbólico de tipo religioso (STSJ núm. 1624/ 2011 de 27 de octubre). Asimismo, en el ámbito Comunitario, la Oficina de Armonización del Mercado Interior no aceptó como marca el término “hijoputa” ya que en español es un término claramente injurioso y ofensivo (STJCE de 9 de marzo de 2012).

Por otra parte, se debe de tener en cuenta que no hay ninguna Ley que, de manera concreta exprese que dichas palabras sean contrarias a sus disposiciones y, tanto orden público, como buenas costumbres son conceptos jurídicos indeterminados que será necesario analizar.

En cuanto al orden público, la OEPM considera que son contrarios al mismo los signos que atentan directa o indirectamente los principios sociales, políticos y jurídicos que informan nuestra sociedad o cultura. A la hora de decidir la posible contrariedad al orden público de un signo también se tiene en cuenta el ámbito de productos y servicios a los que se dirige y el círculo de consumidores afectados. Así por ejemplo, no serían registrables el emblema o las siglas de organizaciones ilegales las consistentes en signos xenófobos, racistas, sexistas o antidemocráticos o que de algún modo atenten contra los principios que están en la base del orden constitucional vigente.

Vistos estos aspectos, debemos entrar al significado de las palabras y es que, este nombre podría vulnerar un derecho fundamental, el derecho al honor contenido en el artículo 18 de la Constitución Española. El nombre en sí, aunque puede haber opiniones diversas, denota un cierto grado de peyoratividad. La clave de este sentido es la palabra “sumisas” que, según el Diccionario de uso del Español de María Moliner significa “... *persona que, circunstancialmente o por carácter, se deja dirigir por otras, y a su actitud, gestos, etc.*”. Además, el hecho de estar todo en femenino (Pequeñas Sumisas Ardientes) hace que se esté refiriendo al género femenino en concreto y, dado que en el local Plenilunio trabajan mujeres, es obvio que se está refiriendo a las mismas. Es decir, está etiquetando a las mujeres que allí trabajan con esos adjetivos que incluye el nombre.

La STC núm. 154/2002 de 18 de julio señala como constitutivos del orden público la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales y la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública fundamentando estos argumentos en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. El mismo Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 195/2003 de 27 de octubre, se refería a este concepto de manera negativa, es decir, a su

vulneración, como *“un desorden material que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de las personas o a la integridad de bienes públicos o privados”*.

En el mismo orden de cosas, no se puede dejar de apreciar el derecho a la libertad de expresión del artículo 20 CE. Este artículo en su punto 1 letra a) expresa que se reconoce el derecho *“...a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”*. De esta manera, con esta frase, como con cualquier otra, su autor, amparándose en este derecho fundamental, sería libre de poner lo que quisiera. Es un tema un tanto complejo, pero que, aunque siempre se debe ponderar, en mi opinión, podría resolverse con el punto 4 del mismo artículo que dice *“...Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”*.

Por tanto, partiendo de la consideración de que se estaría vulnerando el derecho al honor del artículo 18, considero acreditado que el derecho de libertad de expresión encuentra su límite en dicho artículo. Es así dado que las palabras empleadas menoscaban a las mujeres y las ponen en una situación de inferioridad con respecto a los hombres, impidiendo que éstas puedan desarrollar un derecho fundamental.

CONCLUSIÓN

En resumen, considero que no es posible registrar como marca la combinación de palabras “Pequeñas sumisas ardientes”, aunque cumpla las características formales para ser considerada marca, dado que su trasfondo lleva implícita una vulneración del orden público y de la moral dominante, además de atentar contra derechos fundamentales al suponer una discriminación por razón de sexo .

7. 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.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

En primer lugar la norma aplicable es la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal que aclara en su artículo 2 (Ámbito objetivo) que los comportamientos previstos en la misma *“tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado⁶ o con fines concurrenciales”*. El mismo artículo en su punto 2 expresa que se presume que hay finalidad concurrencial *“cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero”*. En el supuesto, tienen lugar los actos en el mercado aunque, sería complicado, como explicaré más adelante, hablar de fines concurrenciales.

⁶ Que se realicen en el mercado: *“acto de trascendencia externa”*. (Preámbulo Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal).

En cuanto al ámbito subjetivo, el artículo 3 de dicha ley expresa que “*será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado*”. Por tanto, no es necesario que los sujetos del acto sean empresarios, ni se exige tampoco que entre ellos medie una relación de competencia, por lo que Na&Ma S.L. encajaría perfectamente en este requisito y la otra empresa también por el simple hecho de participar en el mercado, no siendo necesario que se dedique al mismo “género de comercio”.

En segundo lugar, para hablar de acto de competencia desleal, se debe atender al artículo 4 LCD que considera desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Sin embargo, no considero que los hechos objeto de estudio se puedan caracterizar como tales, ya que de este artículo se entiende que la buena fe debe dirigirse a consumidores u otros grupos destinatarios y a la distorsión del comportamiento de los mismos.

Los siguientes artículos del capítulo 2 de la LCD, reflejan los distintos actos que pueden suponer competencia desleal. En concreto, encajaría las acciones sobre las cuales se podría entrar a valorar la posibilidad de que un local competidor ejerza acciones de competencia desleal, en el artículo 15 LCD (Violación de normas). La sociedad Na&Ma, S.L. obtiene una ventaja competitiva mediante la infracción de las leyes⁷ (en este caso la Ley del IS), al no cumplir con sus obligaciones tributarias. Obviamente, al no hacerlo, cuenta con una capacidad de inversión mayor y, por tanto, una mayor capacidad para contratar trabajadores o rebajar precios, lo que podría perjudicar a la competencia. Además el citado artículo 15 indica que la ventaja debe de ser significativa y, dado que el IS supone una tributación del 30% de los beneficios societarios, y dada la entidad de las cantidades no declaradas, considero que los es.

Este artículo 15 trata de asegurar un funcionamiento correcto del mercado, conforme a las reglas de la eficacia y lo hace mediante el expediente de sancionar la obtención de posiciones de provecho logradas con la infracción de normas, bien porque con ellas obtiene el infractor una ventaja o, si se quiere, causa una desventaja a quienes cumplen (par conditio concurrentium), bien porque al margen de que se obtenga aquélla, los preceptos violentados son precisamente los que establecen las reglas por las que se ha de regir el mercado. (SAP de Tarragona de 16 de mayo de 2006).

Como se observa, el artículo 15 exige que el incumplimiento proporcione una ventaja que ha de ser significativa y siempre que, además, el infractor se haya prevalido de tal ventaja en el mercado, esto es, la violación de la norma ha de permitir al infractor un ahorro en costes, de tiempo, inversión de recursos, o elementos materiales, inmateriales, o de índole personal con el consecuente aumento de su margen comercial o beneficios. La deslealtad se integra por completo en el momento en que el infractor saca provecho efectivo de tal ahorro de costas para diferenciarse de la competencia, para que el artículo 15.1 LCD cumpla su función.

⁷“El apartado primero del artículo 15 es de naturaleza extensiva, pues no atiende al contenido de la norma sino a la forma” (SAP Barcelona núm. 216/2009 de 25 de junio).

Sin embargo, aunque en el supuesto está claro, como decía, que se obtiene una ventaja que permite rebajar costes etc., no queda claro que se haya hecho uso de dicha ventaja significativa, por lo que los hechos no serían, rigurosamente, encuadrables en la conducta del artículo 15 LCD que exige prevalerse de la ventaja adquirida.

Es así ya que, la mera infracción normativa no constituye por sí sola conducta desleal, dado que se exige que la ventaja competitiva represente efectiva ventaja significativa y al utilizar el artículo el término “prevalerse”, se está refiriendo a que ha de tratarse de ventaja real y no potencial, debiendo de darse el necesario nexo causal entre la infracción y la ventaja alcanzada.

Además, en este tipo de casos el denunciante debe demostrar tanto la infracción de las leyes como la efectiva ventaja obtenida por el infractor ya que la ventaja significativa no se presume ni se produce automáticamente por el hecho de infringir las leyes, lo cual no tiene carácter desleal (STS núm. 512/2005 de 24 de junio).

CONCLUSIÓN

En relación con los argumentos aducidos, la respuesta a esta cuestión sería la no posibilidad de ejercitar acciones de competencia desleal contra Na&Ma S.L. dado que, aunque con su conducta obtiene una ventaja significativa, no se aprovecha la misma con fines concurrenciales. De esta manera, los hechos no serían encuadrables en el artículo 15.1 LCD y por tanto, la infracción de la Ley del Impuesto de Sociedades no se podría considerar desleal, sino que simplemente se trata de una conducta que sirve al enriquecimiento propio de los socios y quedaría fuera del ámbito de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

V.CUESTIONES DE CARÁCTER PROCESAL

8. Resolución de cuestiones procesales que podrían darse en relación con el supuesto.

En primer lugar, se debe analizar si los hechos podrían ser enjuiciados en España y para ello es necesario atender al artículo 23 LOPJ. Según este artículo, por término general, de los delitos cometidos en este supuesto, corresponderá conocer a la jurisdicción española, dado que han sido cometidos en territorio español. GÓMEZ ORBANEJA aclara que el legislador a la hora de delimitar la competencia determina qué hechos caen bajo la ley penal española, una vez atendida la nacionalidad del agente, la entidad y el lugar de la acción.

Además, la jurisdicción española conocerá de los delitos cometidos fuera del territorio nacional si los criminalmente responsables son españoles y con la concurrencia de ciertos requisitos enumerados en ese artículo. En este sentido, sólo se podría hablar, en referencia con el supuesto, de los delitos de Trata de Seres humanos, aunque el propio 177bis CP ya contempla las situaciones en que tiene lugar el delito, entre las que se encuentra el tránsito con destino a España, por lo que no sería necesario considerarlo como delito cometido fuera del territorio nacional.

Para PÉREZ-CRUZ MARTÍN la competencia es la aptitud o idoneidad de un órgano jurisdiccional para conocer de un proceso penal y se siguen, para la determinación de la competencia de un órgano jurisdiccional penal, los criterios objetivo, funcional y territorial.

Para la determinación de la competencia objetiva será preciso atender a la mayor o menor gravedad de la pena que lleve aparejada el delito siguiendo el criterio ordinario o común, ya que en este caso no concurre ningún supuesto especial de los contemplados para determinar la competencia *ratione personae* (en relación a las especiales circunstancias de la persona encausada, en relación a los menores de edad y los sujetos aforados) , ni tampoco, *ratione materiae* (en atención a la clase de infracción cometida) como observa ARAGONESES MARTÍNEZ.

Para determinar la competencia funcional, la cual permite establecer qué órgano judicial ostenta la competencia para conocer de las distintas fases del procedimiento, se atenderá al criterio funcional.

Finalmente, será necesario seguir el criterio territorial para saber cómo se distribuye el conocimiento de los litigios entre los diversos órganos jurisdiccionales de la misma categoría y del mismo tipo que existen en territorio nacional.

En otro orden de cosas, se debe considerar la posible conexidad o conexión de los delitos.

Por conexión debe entenderse según el Diccionario de la RAE, “*enlace, atadura, trabazón o concatenación de una cosa con otra*” y en su sentido forense se dice de los delitos que por su relación deben ser objeto de un mismo proceso. (STS núm. 300/1992 de 10 de febrero). Se trata, para GÓMEZ ORBANEJA de una agrupación de hechos distintos que, por tener entre si un nexo común, es aconsejable que se persigan en un proceso único por razones de eficacia del enjuiciamiento y de economía procesal. Además, esta situación también es favorable a los sujetos pasivos ya que no sólo les es mejor ser enjuiciados en un solo procedimiento, sino que ello también resulta favorable a su derecho de defensa en

tanto que la comprensión de todos los hechos justiciables desde los aspectos posibles hace más real la posibilidad de obtener una sentencia justa (STC 173/1990 de 12 de noviembre).

Según el artículo 300 LECrim⁸, referente al enjuiciamiento de los delitos conexos, “*cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario*”, mientras que “*los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso*”. El único procedimiento a seguir, como consecuencia de la conexión, se determinará atendiendo al criterio preferente de gravedad.

A su vez, el artículo 17 se encarga de establecer qué se consideran delitos conexos, los cuales, para PÉREZ CRUZ MARTÍN, podríamos dividir distinguiendo entre conexión subjetiva, conexión objetiva y conexión mixta.

Habría conexión subjetiva si se da una comisión simultánea por dos o más personas reunidas en un mismo lugar (17.1 LECrim) o por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiere precedido concierto para ello (17.2 LECrim), conexión objetiva en caso de delitos cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución (17.3 LECrim) o si se cometen delitos para procurar la impunidad de otros delitos (17.4 LECrim) y conexión mixta cuando además de un nexo subjetivo se aprecien hechos que guarden entre sí algún otro vínculo no determinado en el precepto o tengan alguna semejanza indeterminada (17.5 LECrim) (VALESPÍN PÉREZ⁹).

Del supuesto se desprende la clara conexión entre los delitos cometidos y por tanto, sería obvia la necesidad de enjuiciamiento conjunto, lo que será relevante en la siguiente explicación.

8.1. ÓRGANO JURISDICCIONAL ENCARGADO DE LA INVESTIGACIÓN

Atendiendo a los tres criterios anteriores, al artículo 14.2 LECrim “*...el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido...*”, y en virtud del artículo 87.1.a) de la LOPJ según el cual los juzgados de Instrucción conocerán en el orden penal “*De la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal...*”, será encargado de la fase de instrucción (en la que se encuentra la investigación) el Juzgado de Instrucción del Partido Judicial de A Coruña, dado que los delitos se cometen en esta ciudad.

No obstante, como dije antes, existe conexión y, por tanto en aplicación del artículo 18.1.1º LECrim será competente el Juzgado de Instrucción de A Coruña, que sería competente para el delito de mayor pena.

⁸ El artículo 300 LECrim fue suprimido por el apartado cinco del artículo único de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales con vigencia desde el 6 diciembre 2015. Su dictado se incluyó en el artículo 17 por razones de simplicidad, sin embargo, a objeto de este dictamen se ha seguido la línea de la Ley de Enjuiciamiento criminal vigente hasta el pasado 6 de diciembre, dado que, siguiendo la naturaleza académica del mismo, la ausencia de bibliografía tan reciente, haría que además de precipitado resultase poco fundamentado.

⁹ En PÉREZ-CRUZ MARTÍN (*El Derecho Procesal Penal*).

8.1.1. ÓRGANO JURISDICCIONAL ENCARGADO DEL POSTERIOR PROCESO

Para saber qué órgano es el encargado del conocimiento y fallo, debemos atender al artículo 14 LECrim que, atribuye los delitos con pena privativa de libertad de duración no superior a 5 años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía al Juez de lo Penal de la circunscripción donde se hubiera cometido el delito y los demás casos (penas de duración superior a 5 años) a la Audiencia Provincial de la misma circunscripción. Por tanto en relación con los delitos cometidos en este caso y según el criterio objetivo, la competencia objetiva corresponderá a los siguientes órganos y en relación a los siguientes delitos:

Audiencia Provincial de A Coruña:

- De los delitos de Trata de Seres humanos del artículo 177bis CP dado que la pena impuesta va desde los 5 hasta los 8 años.
- De los delitos de detención ilegal del artículo 163.3 CP, ya que la pena máxima es de 8 años.
- Del delito de prostitución del artículo 188.2 CP cuya pena máxima es de 6 años.
- Del delito contra la Salud Pública del artículo 368 CP cuya pena máxima es de 6 años.
- De los delitos de blanqueo de capitales del artículo 301 CP cuya pena puede alcanzar los 6 años de prisión

Juzgado de lo Penal de A Coruña:

- Delitos de prostitución del artículo 188.1 CP cuya pena de prisión puede alcanzar los 4 años.
- Delitos contra los Derechos de los trabajadores del artículo 312 CP cuya pena máxima llega a los 5 años.
- Delitos contra la Salud pública del artículo 359 CP que dan lugar a penas de prisión de hasta 6 años.
- Delitos contra la Hacienda Pública del artículo 305 CP, cuya pena de prisión llega hasta los 5 años.
- Delito de Falsedad documental del artículo 392.1 CP, cuya pena máxima será de 3 años.

En cuanto a la competencia territorial en caso de delitos conexos, será de aplicación el artículo 18.1.1º LECrim, según el cual los Jueces y Tribunales competentes serán los del territorio en que se hubiere cometido el delito a que esté señalada pena mayor. Como se cumplen las condiciones para que haya conexión, sería competente la Audiencia Provincial de A Coruña como consecuencia de que la pena más grave es la del delito de Trata de seres humanos.

8.2. SOLICITUD DE DETENCIÓN EN RUMANÍA DE ROMELIA

Para responder a esta cuestión, dado que Rumanía actualmente es miembro de la UE, es pertinente acudir a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea¹⁰.

El artículo 1 indica que, en aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, las autoridades judiciales españolas que dicten una orden o resolución incluida dentro de la regulación de esta Ley, podrán transmitirla a otro Estado miembro para su reconocimiento y ejecución.

Dicha ley enumera en su artículo 2 los instrumentos de reconocimiento mutuo y, en este caso el mecanismo contemplado en dicha ley que permitiría solicitar la detención de Romelia en Rumanía sería la Orden Europea de Detención y Entrega contemplada en el artículo 34 de la Ley 23/2014. Se trata de una resolución judicial que ha de ser dictada en un Estado miembro de la UE a fin de que otro Estado miembro detenga y entregue al primero una persona a la que se reclama bien para el ejercicio de acciones penales, bien para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad o, en el caso de menores, medida de internamiento en un centro de menores.

Será competente para emitir la orden de detención y entrega, según el artículo 35 de la Ley 23/2014 el juez o tribunal del que conozca de la causa.

La misma Ley de la que estamos hablando prevé en su anexo I un formulario mediante el cual se documentaría la orden europea de detención y entrega. Este formulario deberá expresar la información contenida en el artículo 36.

Asimismo la orden europea de detención y entrega podrá dictarse con dos fines concretos (artículo 37 Ley 23/2014):

Si lo que se quiere es proceder al ejercicio de acciones penales, para que sea posible utilizar el mecanismo de la orden europea de detención y entrega será necesario que las acciones recaigan sobre hechos para los que la ley penal española señale una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima alcance al menos los 12 meses. En caso de que el fin sea proceder al cumplimiento de una condena a pena o medida de seguridad ésta no podrá ser inferior a cuatro meses de privación de libertad.

En el caso, ya que aun no existe sentencia, lo propio sería que el fin de la orden de detención y entrega fuese proceder al ejercicio de acciones penales contra la Romelia. El delito de determinación a la prostitución cometido por Romelia lleva aparejada una pena de dos a cuatro años, superando por tanto los doce meses requeridos para el caso de que se quieran ejercer acciones penales, con lo cual, sería posible dictar la orden.

¹⁰ Texto conjunto en el que se reúnen todas las decisiones marco y la directiva aprobadas hasta hoy en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales. Incluye tanto las ya transpuestas a nuestro Derecho como las que están pendientes, evitando la señalada dispersión normativa y facilitando su conocimiento y manejo por los profesionales del Derecho.

La primera vez que en el ámbito del Derecho penal se plasmó este principio en un instrumento jurídico de la Unión Europea, fue en la Decisión Marco 2002/584/JAI, relativa a la orden europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, por un proceso de entrega dotado de mayor rapidez y seguridad jurídica (Preámbulo Ley 23/2014).

Por tanto, cumpliendo con los requisitos, los tribunales españoles podrán solicitar la detención de Romelia en Rumanía en base a la comisión por la misma de un delito de determinación a la prostitución del artículo 188.1 CP. De esta manera, se procederá a la detención y puesta a disposición de la autoridad judicial en los términos del artículo 50 Ley 23/2014, según el cual, la detención se practicará “*en la forma y con los requisitos y garantías previstos en la Ley de Enjuiciamiento criminal*”. En segundo lugar, dicha persona será puesta a disposición del Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional en el plazo máximo de 72 horas tras su detención. Será competente la AN en virtud del artículo 35.2 de la ley de la que se viene hablando.

Finalmente, el artículo 39 de la Ley 23/2014 establece como requisitos para la emisión en España de una orden Europea de detención y entrega que concurren, además de los requisitos previstos en dicha Ley, los previstos en la LECrim para acordar el ingreso en prisión preventiva del reclamado y siempre que no sea posible la sustitución ni la suspensión de la pena privativa de libertad a que haya sido condenado.

La orden se tramitará como expresa el artículo 40 de la Ley 23/2014 que, en esencia, dice que la autoridad judicial española podrá comunicar directamente a la autoridad judicial competente de ejecución la orden europea de detención y entrega en el momento en que conozca el paradero de la persona reclamada o, en caso de no conocer el paradero, podrá introducir una descripción de la persona en el Sistema de Información Schengen.

8.3. POSIBILIDAD DE TOMAR MEDIDAS CONTRA LA SOCIEDAD ANTES DE DICTAR SENTENCIA.

Dado que, en el espacio temporal que media desde la iniciación del proceso hasta la fecha de conclusión, el imputado podría sustraerse a la acción de la justicia, ocultar o inutilizar efectos relacionados con el delito o provocar una situación de insolvencia que le impida resarcir al perjudicado, es necesario establecer una serie de medidas de carácter cautelar. Esas medidas las establece la LECrim con el objetivo de asegurar la declaración y ejecución del derecho en el ámbito del proceso penal, sirviendo así tanto para asegurar las sanciones penales que se le impongan como para evitar que continúe el perjuicio a las víctimas.

La posibilidad de establecer este tipo de medidas de carácter personal a las personas jurídicas se introdujo con la L.O. 5/2010, de 22 de junio, que echó por tierra el principio *societas delinquere non potest* introduciendo, como se mencionó en otros apartados, el artículo 31*bis*.

El artículo 544 quáter LECrim se expresa en relación a la imputación de personas jurídicas y estableciendo que las medidas cautelares que se podrán imponer a la misma son expresamente las previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Dichas medidas cautelares las encontramos en el punto 7 del artículo 33 CP junto con las penas aplicables a las personas jurídicas así como en el 129.3 CP y consistirán en “*la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial...*” y se llevarán a cabo mientras dure la instrucción.

Asimismo, se debe subrayar, que el artículo 194 CP, prevé la clausura temporal con carácter cautelar de los locales abiertos o no al público que se utilizasen para cometer delitos sexuales. Dicha clausura temporal no podrá exceder de 5 años.

Por otra parte, para ARANGÜENA FANEGO el derecho a la presunción de inocencia limita en cierto sentido la imposición de medidas cautelares. Se exige que la adopción de este tipo de intromisiones en los derechos individuales de un inocente sólo puedan responder a exigencias, de manera que concurran los presupuestos de apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, el peligro por el retardo o *periculum in mora* y la observancia del principio de proporcionalidad.

8.4. POSIBILIDAD DE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES DE LA SOCIEDAD

Se debe de partir en este caso de la posible vulneración del Derecho Fundamental del artículo 18.3 CE que garantiza el secreto de las comunicaciones.

Por ello, es preciso valorar si la sociedad como tal tiene garantizado este derecho. En sí, la CE reconoce ciertos derechos fundamentales a determinadas organizaciones, como la libertad de educación a los centros docentes, por ejemplo. Sin embargo, no contiene ningún pronunciamiento general acerca de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas.

De esta manera, desde un punto de vista constitucional, existe un reconocimiento, en ocasiones expreso y en ocasiones implícito, de la atribución a las personas jurídicas de determinados derechos fundamentales. Ahora bien, esta capacidad, reconocida en abstracto, necesita evidentemente ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental. Es decir, no sólo son los fines de una persona jurídica los que condicionan su titularidad de derechos fundamentales, sino también la naturaleza concreta del derecho fundamental considerado (STC núm. 139/1995 de 26 de septiembre).

No obstante, como indica ASENCIO MELLADO puede operarse una restricción válida de este derecho si se cumplen ciertos requisitos que se encuadran en dos principios fundamentales¹¹:

-Principio de legalidad

Será requisito inexcusable el de cumplir con la exigencia de que sea una Ley orgánica que cumpla con las características de accesibilidad y previsibilidad la que habilite la restricción de derechos fundamentales. En consecuencia, los tribunales no podrán establecer limitaciones de los derechos fundamentales que no estén expresamente previstas en una Ley

-Principio de proporcionalidad

En primer lugar, es necesario que que haya una previa resolución judicial, motivada de manera suficiente a efecto de que acoja una explicitación de los requisitos propios del juicio de proporcionalidad y que tenga carácter objetivo (que impida investigaciones

indiscriminadas). De esta manera, según ESTRELLA RUÍZ, se cumple el fin de que el interesado pueda conocer los motivos que la originaron y se facilite el derecho al recurso.

La resolución que autoriza la restricción del derecho debe aportar elementos que permitan valorar la proporcionalidad de la medida en relación con el derecho afectado y hacer valoraciones tanto de la oportunidad, como de la necesidad de la injerencia ya que sólo es posible limitar derechos cuando se justifique dicha limitación en un fin, además de posible y conveniente, necesario e imprescindible, no siendo suficiente que simplemente sea útil (STC núm.14/2001 de 29 de enero). En palabras de DE VEGA RUÍZ “*la adopción de las medidas intervencionistas ha de partir de la racionalidad o probabilidad del hecho o de la noticia presuntamente delictiva*”.

En segundo lugar, en la resolución se han de expresar los presupuestos habilitantes desde una perspectiva material (indicios de la comisión de un hecho delictivo) así como la imputación del sujeto sobre el cual va a recaer la medida. Se debe entender que los indicios no podrán basarse en una mera sospecha, sino en la existencia de hechos de los que racionalmente se pueda inferir la comisión de un delito y la autoría de aquel al que se le van a interceptar las comunicaciones. De esto se infiere que, una interceptación de las comunicaciones no podrá ser la primera medida de investigación ya que los hechos indiciarios en los que se base deben existir previamente, por lo que se deberán obtener por otra fuente.

En tercer lugar, para que se puedan intervenir las comunicaciones, debemos encontrarnos ante delitos de una determinada entidad, lo que será establecido expresamente por Ley o, si no es así, por la jurisprudencia. En concreto, la jurisprudencia ha limitado las escuchas telefónicas a los casos de delitos graves. Así la antes citada STC núm. 14/2001 de 29 de enero, consirió como suficientemente grave el delito de contrabando para ver cumplido el principio de proporcionalidad.

Finalmente, es necesario que la ejecución de la restricción se someta a un estricto control judicial. El control abarca la resolución judicial inicial, el señalamiento de la duración de la medida y su reducción, el acuerdo de las prórrogas o la valoración de los resultados obtenidos a fin de mantener, revocar o modificar la medida.

De esta manera la ausencia de autorización judicial o la falta de motivación determinan, irremediablemente, la lesión del derecho fundamental y, por lo tanto, la prohibición de valoración de cualquier elemento probatorio que pretenda deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas, no sólo del resultado mismo de la intervención, sino de cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios (STC núm. 86/1995 de 6 de junio).

En cuanto a la duración de la medida, el art 579.3 LECrim prevé una duración máxima de tres meses, y posibilita la concesión de prórrogas por iguales períodos, pero ello no significa que el Juez pueda mantener la medida de forma indiscriminada e ilimitada, sino sólo el tiempo estrictamente indispensable para el buen resultado de la investigación, ya que, en caso contrario, la medida devendría desproporcionada e ilegal¹².

11 ASENCIO MELLADO, J.M. *La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita*.

12 CIRCULAR del Ministerio Fiscal 1/2013.

En resumen, sería posible intervenir las comunicaciones de la sociedad sólo en el caso de que se cumplan estos presupuestos ya que, de no hacerlo, se estaría restringiendo injustificadamente un derecho fundamental.

8.5. POSIBILIDAD DE INVESTIGACIÓN DE LOS MOVIMIENTOS DE LA CUENTA GIBRALTAREÑA

En primer lugar, dado que la Sociedad Na&Ma S.L. tiene su residencia en España y, por tanto, tributa en este país, se debe atender a la Ley General Tributaria, y en concreto al artículo 93 según el cual *“las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas... estarán obligadas a proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas”* y puntualiza en su apartado 3 que no será posible ampararse en el secreto bancario a fin de incumplir dichas obligaciones.

Sin embargo, la cuestión se complica al hablar de una cuenta bancaria abierta en Gibraltar.

Dicha circunstancia da lugar a la necesaria observancia de previsiones sobre este aspecto que hace el 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 del Tratado de la Unión Europea, hecho en Luxemburgo el 16 de octubre de 2001. La posibilidad de investigación de los movimientos de la cuenta Gibraltareña se podría apoyar en el artículo 2 de este Protocolo según el cual *“a petición del Estado requirente, el Estado requerido deberá facilitar los detalles de las cuentas bancarias especificadas y de las operaciones bancarias que se hayan realizado durante un período determinado en una o varias de las cuentas especificadas en la solicitud, incluidos los detalles de las cuentas emisoras o receptoras”*. Además, para ello deberán de cumplir con el requisito de confidencialidad del artículo 4 del mismo Protocolo, garantizando el Estado que los bancos no revelen al cliente interesado ni a terceros que se ha transmitido información ni que hay una investigación en curso.

Asimismo, el Estado requirente podría escudarse en el artículo 7 del protocolo que indica que ningún Estado miembro invocará el secreto bancario como motivo para rechazar una cooperación relativa a una solicitud de asistencia judicial de otro Estado miembro.

En segundo lugar, en relación al país al que se va a solicitar información, el artículo 12 del Protocolo indica que el mismo será aplicable en Gibraltar cuando el Convenio de Asistencia Mutua de 2000 surta efectos en dicho país y, dado que el artículo 26 del Convenio sigue indicando esta misma circunstancia y la manera en que ha de actuar el Reino Unido cuando desee que se aplique a las islas Anglonormandas, se deduce que esta ampliación aun no ha tenido lugar. Por tanto, en virtud de ello, Gibraltar no tendría que cumplir con el citado Protocolo y podría invocar el secreto bancario para no dar información a la autoridad judicial española que la solicite.

Ahora bien, para el caso concreto del supuesto, en el que se comete el delito de blanqueo de capitales, actualmente en el ámbito de la Unión Europea rige la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Dicha Ley establece la obligación para cada estado miembro de

establecer una unidad de inteligencia financiera (UIF) *“a fin de prevenir, detectar y combatir eficazmente el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo”*.

El precedente más cercano, tanto en el tiempo como en las características, es el Caso Jyske Bank Gibraltar Ltd contra Administración del Estado. En este caso se consideró que existía un riesgo muy alto de que Jyske fuera utilizada para operaciones de blanqueo de capitales en el marco de su actividad desarrollada en España en régimen de libre prestación de servicios y se solicitó a Jyske Bank información de sus clientes. Jyske Bank no aportó la información acogiéndose a la legislación gibraltareña relativa al secreto bancario y la protección de datos personales. Sin embargo el Estado español consideró que tenía derecho a obtener dicha información y emitió una consulta al TJUE para saber si en aplicación del artículo 22.2 de la Directiva 2005/60 un Estado miembro podría exigir que la información que han de suministrar las entidades de crédito que operan en su territorio sin establecimiento permanente sea facilitada de modo imperativo y directo a sus propias autoridades encargadas de la prevención del blanqueo de capitales o, por el contrario, el requerimiento de información debe ir dirigido a la UIF del Estado miembro en cuyo territorio se encuentra ubicada la entidad de crédito requerida.

El TJUE consideró que dicho artículo 22.2 de la Directiva 2005/60 *“debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que impone a las entidades de crédito que ejercen sus actividades de libre prestación de servicios en el territorio de ese Estado miembro la obligación de comunicar directamente a la UIF de dicho Estado miembro la información requerida a efectos de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, siempre que dicha normativa no comprometa el efecto útil de la citada Directiva y de la Decisión 2000/642”*. Esta última decisión aplicable a Gibraltar por expresión directa en el artículo 10 de la misma.

En este sentido también afirmó que el artículo 56 del TFUE tampoco se opone a una normativa de este tipo si la misma tiene su justificación en *“una razón imperiosa de interés general, es adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue, no va más allá de lo necesario para alcanzarlo y se aplica de forma no discriminatoria de manera que permita al Estado miembro afectado controlar y suspender efectivamente las transacciones financieras sospechosas realizadas por las entidades de crédito que prestan sus servicios en su territorio y perseguir y sancionar a los responsables”*.

En este caso, ya que lo que se intenta es sacar a la luz dinero no declarado a Hacienda, considero que, se cumplen las características que el TJUE indica que ha de tener la norma en la que se base la solicitud del país afectado, por lo que, se podría considerar posible requerir a Gibraltar para que aporte la información y en caso de que no satisfaga el requerimiento, sancionarla. Sin embargo, a diferencia del caso Jyske, en este caso no sabemos si la entidad bancaria desarrolla o no servicios en España, por lo que, aunque debería dar la información a la UIF de Gibraltar, no estaría obligada a darla a España.

8.6. REPRESENTACIÓN EN JUICIO DE LA SOCIEDAD

El primer precepto al que debemos atender es al artículo 119. 2 LECrim, que establece las particularidades con las que se practicará la comparecencia cuando se deba imputar a una persona jurídica. Este artículo informa a la sociedad de la necesidad de designar un representante, un abogado y un procurador para el procedimiento y de que en caso de que no se cumpla este requisito, se nombrarán abogado y procurador de oficio, no siendo necesario representante para la sustanciación del procedimiento. De esta manera, según el punto b) de dicho artículo *“la comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañado del Abogado de la misma”* y *“la inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el Abogado de la entidad”*.

En el mismo sentido, se expresa el artículo 786 LECrim con respecto al juicio oral que da al representante la posibilidad de declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba.

En cuanto a la información sobre los hechos que se imputan a la sociedad, ésta llegará a través del Juez, al representante de la persona jurídica imputada o, en su caso, al Abogado, por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querrela presentada.

En este caso, se tomará declaración al representante, asistido de su Abogado siendo aplicables a la sociedad el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí misma, a no confesarse culpable y a ejercer el derecho a la última palabra.

La incomparecencia de dicho representante de la persona jurídica determinará que se tenga por celebrado el acto, de manera que se entiende que se acoge a su derecho a no declarar (409bis LECrim).

Lo común es que el representante de la sociedad sea el o los administradores ya que entre sus competencias está la representación de la sociedad en los términos establecidos en la Ley de Sociedades de Capital artículo 209. Sin embargo, como suele ser común que el administrador sea uno de los imputados, cabe la posibilidad de nombrar un nuevo representante legal. Esta posibilidad ya se extraía del artículo 119 LECrim que en ningún momento habla de que el representante deba ser el que la sociedad tenía a otros efectos, sino que habla de *“representante especialmente designado”*.

No obstante, por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 7.4 aduce que *“por las personas jurídicas comparecerán las personas que legalmente las representen”* con lo que, se plantearía la duda de si deberán ser los representantes legales de la sociedad, expresamente, los que la representen en juicio.

Para resolver esta duda la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, mayoritariamente, distingue la representación orgánica de la sociedad, que corresponde a los administradores por imperio de la ley, de la representación voluntaria otorgada a otras personas por los propios órganos de administración. Esto se hace mediante apoderamientos parciales o generales (SAP Madrid 372/2006 de 18 de julio).

A pesar de ello, sí que se contempla una incompatibilidad en el artículo 786 LECrim respecto al juicio oral y es que no se podrá determinar como representante para dicho momento a una persona física que tuviera que declarar como testigo.

VI.NORMATIVA APLICADA

Legislación

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

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (actualmente derogada).

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

Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (actualmente derogada).

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

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

Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (actualmente derogada).

Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (actualmente derogada).

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Constitución Española, 1978.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Otras disposiciones

Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988.

Convenio de 21 de febrero de 1977 sobre sustancias psicotrópicas.

Convenio de Viena de 1971 sobre sustancias psicotrópicas (Lista II).

Convenio único de 1961 sobre estupefacientes.

Convenio de 26 de junio de 1936 para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas.

Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

DIRECTIVA 2005/60/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

VII: APÉNDICE DE DOCUMENTACIÓN Y WEBGRAFÍA

Documentación:

BOE 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 preparados psicotrópicos.

CIRCULAR DEL MINISTERIO FISCAL 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada en materia de extranjería e inmigración.

CIRCULAR Del Ministerio Fiscal 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas.

INFORME de la Asociación Española de Medicamentos y productos sanitarios de 16 de junio de 2009.

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 del Tratado de la Unión Europea, hecho en Luxemburgo el 16 de octubre de 2001

PROTOCOLO para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

Clasificación de Niza - 10ª Edición 2014

Páginas web:

Página web oficial de la ONU: <http://www.un.org/es/index.html>

Página web oficial de la OMS: <http://www.who.int/es/>

Página web oficial del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses: <http://institutodetoxicologia.justicia.es/>

Página web oficial de la Agencia Española de Medicamentos y Productos sanitarios: <http://www.aemps.gob.es/>

Página web oficial de la Oficina Española de Patentes y Marcas: <http://www.oepm.es/gl/>; <http://tramites.oepm.es/clinmar/euroclassNiza/inicio.action>

Página web oficial de la Oficina de armonización del Mercado Interior: <https://oami.europa.eu/ohimportal/es/>

Diccionario de la lengua española (Real Academia Española): <http://dle.rae.es/>

VIII. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

TJUE

STJUE de 25 abril 2013 (Caso Jyske Bank Gibraltar Ltd contra Administración del Estado).

TJCE

STJCE núm. 2007/152 de 26 de junio.
STJCE núm. 2012/48 de 9 de marzo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC núm. 173/1990 de 12 de noviembre.
STC núm. 86/1995 de 6 de junio.
STC núm. 139/1995 de 20 de septiembre.
STC núm. 14/2001 de 29 de enero.
STC núm. 127/2001 de 4 de junio.
STC núm. 154/2002 de 18 de julio.
STC núm. 195/2003 de 27 de octubre.

TRIBUNAL SUPREMO

ATS núm. 171/2006 de 12 de enero.
ATS núm. 2258/2009 de 13 de julio.
STS núm. 300/1992 de 10 de febrero.
STS núm. 1351/1997 de 7 de noviembre.
STS núm. 277/1999 de 1 de marzo.
STS de 28 de septiembre de 1999.
STS núm. 2215/2002 de 3 de enero.
STS núm. 88/2004 de 5 de julio.
STS núm. 1148/2004 de 18 de octubre.
STS núm. 871/2005 de 15 de marzo.
STS núm. 512/2005 de 24 de junio.
STS núm. 1013/2005 de 16 de septiembre.
STS núm. 1486/2005 de 16 de diciembre.
STS núm. 1047/2006 de 9 de octubre.
STS núm. 484/2007 de 29 de mayo .

STS núm. 111/2009 de 10 de febrero.
STS núm. 35/2010 de 4 de febrero.
STS núm. 495/2011 de 1 de junio.
STS núm. 884/2012 de 8 de noviembre.
STS núm. 53/2014 de 4 de febrero.
STS núm. 208/2014 de 10 de marzo.
STS núm. 429/2014 de 21 de mayo.

TSJ

STTSJ núm. 1624/2011 de 27 de octubre.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

AAP de Sevilla auto núm. 792/2010 de 24 de noviembre.
SAP de Madrid núm. 36/2002 de 23 de abril.
SAP de Burgos de 28 de junio de 2002.
SAP de Albacete núm. 82/2002 de 30 de julio.
SAP de Navarra núm. 93/2005 de 14 de abril.
SAP de Tarragona de 16 de mayo de 2006.
SAP Madrid núm. 372/2006 de 18 de julio.
SAP de Barcelona núm. 216/2009 de 25 de junio.
SAP de Navarra núm. 88/2011 de 30 de mayo.
SAP de Alicante núm. 479/2012 de 22 de noviembre.
SAP de Madrid núm. 733/2014 de 15 de diciembre.
SAP Barcelona núm. 174/2015 de 9 de marzo.
SAP de A Coruña 420/2015 de 8 de julio

S: Sentencia

A: Auto

IX.BIBLIOGRAFÍA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO-DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO, *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, Aranzadi-Tomson, Pamplona, 2008.

ARANGÜENA FANEGO, C., “Responsabilidad penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales”, en *Revista de Derecho empresarial*, Nº2, Págs. 83-115, Universidad de Valladolid (España), Octubre 2014.

ARRIBAS LÓPEZ, J.E., *Responsabilidad Civil y Penal del Abogado en el Ejercicio de su Profesión*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2015.

ASENCIO MELLADO, J.M., *La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita*.

BLANCO CORDERO, I., *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Aranzadi-Thomson Reuters, 4º ed., Pamplona, 2015.

CHIJANE, D., *Derecho de Marcas: Contratación marcaría*, Bdef, Buenos Aires, 2011.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de Trata de Seres Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ,S., HINOJOSA SEGOVIA, MUERZA ESPARZA, J., TOMÉ GARCÍA, J.A. *Derecho Procesal Penal*, Ramón Areces, 8ª ed., Madrid, 2007.

DE VEGA RUIZ, J.A., *Proceso penal y Derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, COLEX, Madrid, 1994.

ESTRELLA RUIZ, M., en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2015.

FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho de la Empresa y del Mercado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho y proceso*, CIVITAS- Thomson Reuters, Navarra, 2009

MALLADA FERNÁNDEZ, C., *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2012.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Tirant lo Blanch, 5ª ed., Valencia, 2015.

MENÉNDEZ, A. y ROJO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I*. CIVITAS-Thomson Reuters, Navarra, 2014.

MIRAT HERNÁNDEZ, M.P., *Detenciones Ilegales (Artículo 163 del Código Penal)* EDERSA-Instituto de Criminología de Madrid, Madrid, 2001.

MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal de los administradores: Delitos Societarios y otras formas delictivas*. Bosch, 2º ed., Barcelona, 2010.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal: Parte General*, Tirant lo Blanch, 9ª ed. Valencia, 2015.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., FERREIRO BAAMONDE, X.X., PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., SEOANE SPIELBERG, J.L., *Derecho procesal penal*, CIVITAS- Thomson Reuters, 3ª ed., Pamplona, 2014.

RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, A Coruña, 2015.

REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R., SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución y Derecho*, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2004.

VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Tráfico de drogas y delincuencia conexas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.