

FACULTAD DE DERECHO DE A CORUÑA

TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO

TRABAJO DE FIN DE GRADO



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Noemí García Rodríguez

Tutora: Marta García Pérez

ÍNDICE

I. OBJETO

II. DICTÁMENES

1. DICTAMEN I.....2

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.

1.1. Responsabilidad penal de Romelia

1.1.1. Tipicidad

- Vertiente objetiva
- Vertiente subjetiva

1.1.2. ¿En qué formas aparece el delito?

1.1.3. ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?

1.2. Responsabilidad penal de Tatiana

1.2.1. Tipicidad

- Vertiente objetiva
- Vertiente subjetiva

1.2.2. ¿En qué formas aparece el delito?

1.2.3. ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?

1.3. Responsabilidad penal de Pietro

1.3.1. Tipicidad

- Vertiente objetiva
- Vertiente subjetiva

1.3.2. ¿En qué formas aparece el delito?

1.3.3. ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?

1.4. Responsabilidad penal de Zulaika

1.4.1. Tipicidad

- Vertiente objetiva
- Vertiente subjetiva

1.4.2. ¿En qué formas aparece el delito?

1.4.3. ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?

1.5. Responsabilidad penal de Alberto y Santiago

1.5.1. Tipicidad

- Vertiente objetiva
- Vertiente subjetiva

1.5.2. ¿En qué formas aparece el delito?

1.5.3. ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?

2. DICTAMEN II.....	18
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.	
2.1. Tipicidad	
○ Vertiente objetiva	
○ Vertiente subjetiva	
2.2. ¿En qué formas aparece el delito?	
2.3. ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?	
3. DICTAMEN III.....	21
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.	
3.1. Responsabilidad penal de Alberto y Santiago	
3.1.1. Tipicidad	
○ Vertiente objetiva	
○ Vertiente subjetiva	
3.1.2. ¿En qué formas aparece el delito?	
3.1.3. ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?	
3.2. Responsabilidad penal de Tatiana	
3.2.1. Tipicidad	
○ Vertiente objetiva	
○ Vertiente subjetiva	
3.2.2. ¿En qué formas aparece el delito?	
3.2.3. ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?	
3.3. Responsabilidad penal de Xaime	
3.3.1. Tipicidad	
○ Vertiente objetiva	
○ Vertiente subjetiva	
3.3.2. ¿En qué formas aparece el delito?	
3.3.3. ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?	
4. DICTAMEN IV.....	32
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.	
5. DICTAMEN V.....	36
Dictamen sobre la posibilidad de que la sociedad Na&Ma, S. L. sea considerada una sociedad nula de conformidad con la legislación societaria.	
6. DICTAMEN VI.....	38

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

7. DICTAMEN VII.....	40
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.	
8. ¿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?.....	43
8.1. ¿Qué órgano jurisdiccional sería el encargado de la investigación? ¿y del posterior proceso?	
8.2. ¿Cómo podría solicitarse la detención en Rumanía de Romelia?	
8.3. ¿Podrían tomarse medidas contra la sociedad antes de dictarse sentencia?	
8.4. ¿Es posible que estén intervenidas las comunicaciones de la sociedad?	
8.5. ¿Podrían investigarse los movimientos de la cuenta gibraltareña?	
8.6. ¿Cómo se debería articular la representación en juicio de la sociedad?	
III. RESUMEN EJECUTIVO.....	49
IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.....	51
V. BIBLIOGRAFÍA.....	53

ABREVIATURAS

CP	Código Penal
LGT	Ley General Tributaria
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LM	Ley de Marcas
OAMI	Oficina de Armonización del Mercado Interior
OMPI	Organización Mundial de Propiedad Intelectual
OEPM	Oficina Española de Patentes y Marcas
BOPI	Boletín Oficial de la Propiedad Industrial
LCD	Ley de Competencia Desleal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
CE	Constitución Española

I. OBJETO

Constituye el objeto del presente dictamen el análisis de los delitos de tráfico de drogas, trata de blancas y delito societario. Para ello se me remite un supuesto concreto, que además se encuentra en plena actualidad, en el cual se presentan los siguientes interrogantes a resolver:

- 1.- 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.
- 2.- 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.
- 3.- 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.
- 4.- 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.
- 5.- Dictamen sobre la posibilidad de que la sociedad Na&Ma, S. L. sea considerada una sociedad nula de conformidad con la legislación societaria.
- 6.- Dictamen sobre la posibilidad de que la sociedad Na&Ma, S. L. registre como marca “Pequeñas Sumisas Ardientes” para la clase 43.
7. Dictamen sobre la posibilidad de que un local competidor dedicado a similar “género de comercio”, pero que cumple puntualmente con sus obligaciones fiscales, ejecute acciones de competencia desleal contra Na&Ma, S. L.
8. ¿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?

II. DICTAMENES

1.- DICTAMEN I

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.

Para la resolución de este caso, procederé a hacerlo de un modo diferenciado, atendiendo a cada uno de los sujetos intervinientes y delimitando su responsabilidad criminal.

1.1 Responsabilidad penal de Romelia

La conducta de Romelia consiste básicamente en contactar en Rumanía con mujeres para trasladarlas a España, con la promesa de una falsa oferta de trabajo, que supuestamente consistía en trabajar limpiando en un restaurante donde se encontraba su tía. Ella misma se encarga de comprarle un billete de bus a María D. hasta A Coruña donde la esperaría su tía.

1.1.1 Tipicidad

○ Vertiente objetiva

Por todo lo descrito esta conducta encaja con el tipo objetivo del delito de **trata de seres humanos** del artículo 177 bis.1 del Código Penal (en adelante CP), introducido por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Esta reforma introduce el título VII bis bajo la rúbrica “De la trata de seres humanos”, por trasposición del Convenio del Consejo de Europa de 16 de mayo de 2005, y con vigencia desde 23 de diciembre de 2010.

El bien jurídico lesionado es la dignidad y libertad, tal y como expone la LO 5/2010, y, por consiguiente, la integridad moral, puesto que es una manifestación más de la dignidad humana, la cual se lesiona al tratar a la persona como objeto, atendiendo únicamente a su explotación para obtener unas ganancias económicas.

Sin embargo, María llega a A Coruña el 29 de marzo de 2010, y esta ley no es aplicable hasta diciembre del mismo año, por lo que, tenemos que tener en cuenta la regulación anterior en aplicación del principio de irretroactividad penal (salvo que sea más favorable para el reo). Así pues, en el momento de los hechos en el CP no estaba tipificada la trata de seres humanos como delito independiente, sino que en contra de lo dispuesto por los acuerdos internacionales¹, en España para castigar estas conductas se recurría al delito de tráfico ilegal de personas del art. 318 bis CP y al art. 188 CP relativo a la prostitución.

El art. 318 bis CP tipifica la conducta de quien “directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el **tráfico ilegal o la inmigración clandestina** de personas desde,

¹ España ratificó: Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, en el Ámbito de las Naciones Unidas. En la Unión Europea la Decisión Marco (2002/629/JAI) de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Y en el ámbito del Consejo de Europa, en el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005.

en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea...². El problema es que María viene de Rumanía, así en consecuencia, este precepto no se puede aplicar, ya que, en 2010 ya se había firmado el Tratado de Adhesión de Rumanía a la UE³.

En cuanto al delito de **determinación coactiva a la prostitución** del art. 188.1 CP, hay que tener en cuenta que, Romelia realiza el tipo como cooperadora necesaria (art. 28 CP). Ya que con sus actos sabe que no solo va a conseguir que María D. llegue a España para trabajar en un club, sino que es consciente de que posteriormente su tía Tatiana se aprovechará de su situación para obligarla a ejercer la prostitución. En consecuencia, se trata de una cooperadora necesaria porque sin su colaboración, sería imposible la posterior explotación sexual.

El tipo básico de determinación coactiva a la prostitución se explicará con más detenimiento en el dictamen de Tatiana que es quien efectivamente realiza la conducta típica. Pero, tendremos en cuenta que el bien jurídico es de carácter personal, por lo que habrá tantos delitos como víctimas. Y si de la investigación de los hechos se concluye que además de reclutar a la protagonista (María D.), ha captado al resto de chicas rumanas, se le imputará un delito por cada una de ellas.

Así pues, reuniendo lo expuesto hasta ahora, según la fecha de llegada a España, que extraemos del testimonio de María y del libro que se encontró en la oficina de Tatiana (donde se registraba la fecha de las mujeres en el local), aplicamos el art. 188.1 CP.

Y para el resto de mujeres, que han llegado a España entre 2012 y 2014, si efectivamente han sido captadas por Romelia, aplicamos la redacción posterior del art. 188 CP, que también ha sido modificado por la LO 5/2010, junto con la agravante del art.188.4 b) por pertenencia a una organización que se dedique a tales actividades. Y además, al aparecer en el caso una menor, también será de aplicación el art. 188.2 que tipifica las mismas conductas, pero sobre menores de edad.

En cuanto al delito de trata de seres humanos del art. 177 bis, que se aplicaría para el resto de mujeres, la conducta tipificada consiste en captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar a una persona utilizando para ello modos de atentado a su libertad, tales como, la violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, con alguno de los siguiente fines: 1) la imposición de trabajos o servicios forzados, etc., 2) la explotación sexual, incluida la pornografía (que es el fin en este caso), o 3) la extracción de sus órganos corporales.

² Redacción conforme a la modificación operada por la LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas.

³ El TS acordó en el pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 29-5-2007 que “las conductas que favorezcan o promuevan la entrada de ciudadanos rumanos en España, incluso para el ejercicio de la prostitución, no son sancionables al amparo del art. 318bis”.

En este caso concreto, Romelia realizaría la “captación” de sus víctimas, lo que supone que por medio del engaño, intimidación, etc. consigue convencerlas para que decidan venir a España. Por lo que el consentimiento de las mujeres se obtiene mediante el engaño y en consecuencia carece de validez tal y como expone el art. 177 bis.3 CP.

Además, hay que tener en cuenta que en este delito se tipifican las conductas descritas independientemente de la nacionalidad de la víctima, es decir, no es necesario que el sujeto pasivo sea español o extranjero, lo que se castiga es la trata de seres humanos, sea nacional o transnacional, y relacionada o no con el crimen organizado. Eso sí, según se indica para ser perseguible, la conducta debe cometerse “desde España, en tránsito o con destino a ella”.

También es importante mencionar que no se exige el resultado de la explotación efectiva, ya que se trata de un delito de “consumación anticipada”, es decir, basta con que la víctima sea captada o se encuentre en disposición de ser objeto de alguna de las finalidades típicas.

En cuanto a las circunstancias agravantes previstas para este delito, en el art. 177.bis. 4.b) nos encontramos con la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico cuando la víctima sea menor de edad. Aunque, en principio la intervención de Romelia en los hechos se ciñe a la captación de María D., no sabemos si el resto de chicas, que han sido explotadas, también han sido captadas por Romelia, de ser así, Nicoara al ser menor de edad, se le aplicaría el subtipo agravado para su caso.

Cabría preguntarnos si la aplicación del delito de determinación coactiva a la prostitución entra en conflicto con el de trata de seres humanos, que ya describe en su tipo objetivo la finalidad de la explotación sexual. A este respecto cabe decir que, en la trata de seres humanos, en el art.177 bis.9, se establece una regla concursal que dispone que el delito de trata se podrá aplicar sin perjuicio de los que correspondan por el art. 318 bis CP y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los de la posterior explotación.

Estamos ante una cláusula objeto de debate puesto que hay dos posturas diferenciadas. Por un lado, al ser la trata de seres humanos un delito de consumación anticipada, como he mencionado anteriormente, no es necesario llevar a cabo la efectiva explotación sexual, sino que con la realización de las tareas mencionadas como son la captación, transporte, etc. ya estamos ante un ilícito y, por ello, si se realizan otro tipo de conductas posteriores a estas acciones entraría un concurso real de delitos. Mientras que, por otro lado, se defiende que estamos ante un concurso de leyes ya que ciertas conductas se solapan y esto debería resolverse mediante el principio de alternatividad (art. 8 CP). A mi modo de ver, el legislador ha optado por la primera opción, que es la que aplicaremos en este caso, pero lo cierto es que en ciertos casos parecería más acertado optar por el concurso ideal. Por tanto, entraremos en concurso real de delitos y sumaremos las penas de cada uno de ellos, pero siempre teniendo en cuenta la limitación del art. 76 CP.

Además concurre la circunstancia agravante, del art. 177 bis.6, que “impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1(...) cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades”. En este caso, se trata de una auténtica red formada para traer a chicas desde Rumania a España con el fin de su posterior explotación sexual, por lo que queda demostrada la aplicación del subtipo agravado.

Pero ¿cómo diferenciamos la organización del grupo criminal? Acudiremos al art. 570 bis., donde se establece que por **organización criminal** se entiende “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”.

Llegados a este punto, tenemos, por un lado, la agravante de pertenencia a organización criminal del art. 177 bis.6, y por otro lado, tipificado como delito independiente la misma pertenencia en el art. 570 bis. ¿Cuál debemos aplicar? La solución la encontramos en el párrafo segundo del art. 570 quáter 2 que lo resuelve de la siguiente forma: “cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del art. 8”. Es decir, “el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”. Por lo que es optamos por el subtipo agravado específico para no vulnerar el principio *non bis in idem*, ya que se emplearía dos veces el mismo hecho para agravar la misma pena⁴.

Asimismo, en relación a la conducta descrita podríamos entender que también cabría el tipo del art. 313 CP que se refiere al **favorecimiento de la emigración simulando contrato o colocación**. Sin embargo, este no es aplicable ya que la diferenciación esencial radica en que tienen que ser específicamente trabajadores, por lo que esta norma quedaría consumida por el art. 177 bis, que también pena la recluta fraudulenta de personas. Es decir, se aprecia un concurso de normas que se resuelve aplicando el principio de especialidad por el que la norma especial deroga a la general “*legis specialis derogat generalis*”.

Por otra parte, también está el delito de **inmigración clandestina** del art. 318 bis.1 CP que consiste en la promoción, favorecimiento y facilitación del tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, que se podría aplicar tal y como establece el art.177 bis.9 junto con el de trata de seres humanos. Pero, como ya explicamos para el caso de María, al tratarse de ciudadanas rumanas, que al pertenecer a la UE, donde se permite la libre circulación de personas, no se atenta contra el bien jurídico protegido por el art.318 bis.

⁴ Cfr. Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, página 32.

○ Vertiente subjetiva

Romelia, realiza la conducta de forma dolosa. Respecto a la antijuricidad, no concurre ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal (arts. 19 a 23 CP), y asimismo, Romelia es culpable en cuanto ha sido accesible a los mandatos normativos y ha podido actuar conforme a ellos, no concurriendo, en definitiva, ninguna causa de exclusión.

En **conclusión**, en el caso de María, a diferencia de las demás mujeres, se le atribuye el delito de determinación coactiva a la prostitución, por no poder aplicar el art. 177 bis.

A continuación, se le atribuye siete delitos de trata de seres humanos si efectivamente se ha efectuado la captación del resto de chicas, junto con siete delitos de determinación coactiva a la prostitución del art. 188 CP, y uno de inducción a la prostitución de persona menor de edad, del art.188.2 CP.

Las infracciones cometidas son punibles, en cuanto que no establecen exigencia alguna atinente a la punibilidad.

1.1.2 ¿En qué formas aparece el delito?

En relación al iter criminis todas las infracciones aparecen en grado de consumación. Además, por el delito de trata de seres humanos, Romelia es coautora junto a Tatiana, Pietro, Zulaika, Alberto y Santiago, pues todos ellos se ponen de acuerdo en realizar las diferentes fases del delito para llegar conjuntamente a un fin, realizando una parte del proceso, la captación, la cual es esencial para ejecutar el hecho. Y cooperadora necesaria del delito de determinación coactiva a la prostitución.

En lo atinente a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, en este caso no concurre ninguna circunstancia agravante ni atenuante de las contenidas en los arts. 21 y 22 CP.

Respecto a los concursos, aquí nos encontramos con el problema de la falta de datos sobre la captación de las otras chicas del club. Efectivamente, todas ellas provienen de Rumania, y Romelia fue el enlace de María D. pero no sabemos si también lo fue del resto de víctimas. Si efectivamente Romelia ha sido el enlace, aplicaríamos un concurso real de delitos puesto que nos encontramos ante una pluralidad de acciones, que dan lugar a una pluralidad de infracciones penales, que habrían de ser castigadas de forma separada, conforme al art.177 bis.9 CP. Y al igual sucede con el delito de determinación coactiva a la prostitución.

1.1.3 ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?

La pena abstracta para los delitos relacionados con María D. y el resto de chicas por el delito de determinación coactiva a la prostitución prisión es de dos a cuatro años y

multa de 12 a 24 meses. Por el delito de trata de seres humanos prisión de cinco a ocho años. Y por la prostitución de persona menor de edad prisión de cuatro a seis años.

Respecto a la pena según la forma de aparición del delito nos encontramos con el art. 177.bis. 4.b) que impone la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico cuando la víctima sea menor.

A continuación el art. 177bis.6 CP establece la pena superior en grado a la del tipo básico e “inhabilitación especial para oficio, industria o comercio por el tiempo de condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio”. Por lo que la pena aplicable a cada delito será de ocho a doce años de prisión.

Y el art. 188.4 d) que dispone que se aplica la pena del tipo básico en su mitad superior por pertenencia a una organización. Así por cada delito de determinación coactiva a la prostitución serán de tres a cuatro años de prisión y multa de 18 a 24 meses. Y en el caso de Nicoara de cinco a seis años de prisión.

1.2 Responsabilidad criminal de Tatiana

1.2.1 Tipicidad

Se encarga de recoger a María D. en la estación de autobuses y llevarla al club Plenilunio, donde la obligó a ejercer la prostitución y además en unas condiciones precarias como son: la forma de llevar a cabo el servicio (mantener relaciones con los clientes sin protección), las horas que era forzada a trabajar (diez horas y media seguidas), el reparto de las ganancias... Asimismo, le prohíbe la salida del club salvo si va acompañada de Pietro, un trabajador del mismo local.

○ Vertiente objetiva

En primer lugar, como expuse en el caso anterior, María llega en marzo de 2010 por lo que, en atención al principio de prohibición de retroactividad de la ley penal, le será aplicable la legislación anterior, es decir, el art. 188 CP relativo a la determinación coactiva a la prostitución.

Respecto al tipo de **trata de seres humanos** del art. 177 bis CP, como expuse en el caso anterior, tipifica la conducta de captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar a una persona utilizando para ello modos de atentado a su libertad, tales como, “la violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima”. En concreto Tatiana realiza el “traslado” y “acogimiento”. Aquí, nos encontramos con otras siete mujeres de origen rumano en el club que se dedican a lo mismo y, cuyos pasaportes están retenidos, por lo que en consecuencia, se apreciarían siete delitos de trata de blancas.

En este delito, de *consumación anticipada*, no es necesario un resultado, sino que es suficiente con realizar las acciones típicas. Además, hay que tener en cuenta que el modo de operar en estos casos es a través de una red en la que se suelen repartir las tareas. Así, mientras Romelia se ha encargado de la captación, Tatiana se ha encargado de la siguiente fase del proceso.

Sin embargo, una de las chicas, Nicoara, es menor de edad, según consta en su pasaporte que estaba en la oficina que servía de recepción. Hay que tener en cuenta que el número 2 del art. 177.bis establece que no se necesita recurrir a ninguno de los medios comisivos del tipo básico cuando se lleve a cabo cualquiera de las acciones enunciadas en el número 1. Y a continuación en el 177.bis. 4.b) nos encontramos con la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico cuando la víctima sea menor.

Asimismo, como en el caso anterior, aplicaríamos la agravante del 177.bis.6 por pertenencia a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que impone la aplicación de la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico. Pero, además, si se trata de jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se aplicará la pena en su mitad superior, pudiendo elevarse a la inmediatamente superior en grado, que en todo caso se elevará si concurre alguna de las circunstancias del apartado 4, como es el caso de Nicoara.

Al igual que sucedía con Romelia, no cabe apreciar la **recluta fraudulenta de personas** del art 312.2 CP, puesto que la trata de blancas ya se refiere a la recluta fraudulenta y por tanto la norma queda consumida.

En segundo lugar, nos encontramos con el delito de **determinación coactiva a la prostitución** del art. 188 CP, cuyo bien jurídico es la libertad de determinación de mantener relaciones sexuales. Hay que tener en cuenta que la prostitución es una actividad libre en España, y que puede ser ejercida por cualquier persona mayor de edad. Por consiguiente, lo que se castiga en este precepto son dos conductas distintas: por un lado, determinar a otra persona a prostituirse o mantenerse en ella empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima; y por otro lado, “lucrarse explotando la prostitución de otra persona, aún con su consentimiento”.

Todo ello queda acreditado cuando es Tatiana la que organiza el recibimiento de María D. y le expone de qué va a trabajar, así como le explica cómo debe ejercer el trabajo, le da ropa, le habla de la deuda contraída e incluso gestiona todo el dinero que ella gane por la realización del servicio.

Por lo tanto, está claro que María D. por medio de una falsa oferta se ve involucrada en un trabajo del que no tenía conocimiento, es decir, es engañada, y más aún, se abusa de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima que llegando a un país desconocido, sola y sin suficientes medios es forzada a prostituirse, además la intimidación queda probada también con la retirada del pasaporte.

En cuanto al otro elemento del tipo, que es lucrarse a costa de la prostitución ajena, queda demostrado, por cuanto en el relato de los hechos, Tatiana le explica a María que de las ganancias obtenidas por cada servicio el 100% del primero irá destinado íntegramente a los dueños del club y el resto irán al 50% entre el club y ella. Por las manos de las mujeres de Plenilunio nunca pasaba el dinero, sino que se entregaba en recepción a Zulaika, que posteriormente se lo entregaba a Tatiana.

Asimismo, aparece el subtipo agravado art. 188.4b), que impone la pena en su mitad superior: “pertenencia a una organización o grupo criminal dedicado a la realización de tales actividades”. La organización queda plenamente demostrada, por cuando hay un grupo de personas que se ponen de acuerdo para realizar unas tareas determinadas para alcanzar el fin de obtener ganancias con la explotación de mujeres extranjeras en el club Plenilunio.

Y al igual que sucedía con la trata de seres humanos, apreciamos este delito tantas veces como víctimas se conozcan; por tanto, también se sumarían las siete chicas rumanas que ejercían la prostitución, de las cuales se deduce que Tatiana se ha aprovechado de esa situación de necesidad o vulnerabilidad.

En este punto, el caso de Nicoara implica una calificación distinta, pues al ser **menor de edad**, el art. 188.2 impone pena de prisión de cuatro a seis años. Aplicaríamos el art. 188 y no el 187 puesto que se parte de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

Tatiana, después de informar a María de su situación, le dice que no puede abandonar el local y solo puede trasladarse a la zona de las habitaciones para atender a los clientes y, en caso de necesitar salir del mismo, siempre tiene que ir acompañada de Pietro. Esta conducta constituye una **detención ilegal** tipificada en el art. 163.1 del CP, ya que María carece de libertad de movimiento desde su llegada a España y, además, se encuentra vigilada por quienes trabajan en el local (Pietro y Zulaika), no quedando ni un momento sola. Hay que tener en cuenta que habrá tantos delitos como sujetos pasivos. Además se aplica el tipo agravado del art. 163.3 CP por superar los 15 días, lo que se justifica porque las chicas tienen fecha de entrada en España entre 2012 y 2014, tal y como se observó en el libro encontrado en la oficina de Tatiana.

Del mismo modo, que en el caso de Romelia, podríamos plantearnos el **delito de inmigración clandestina** del art. 318 bis.1, pero todas las mujeres implicadas proceden de Rumanía, y el tipo requiere como elemento típico que se cruce la frontera o se infrinja de algún modo las leyes de extranjería, y como Estado Miembro de la UE no se aplican.

Por último, la conducta de Tatiana de obligar a María a ejercer la prostitución en esas condiciones tan intensas constituye el ilícito de **imposición de condiciones ilegales de trabajo** del art. 311.1 CP. Aquí podría plantearse los siguientes interrogantes ¿la

prostitución queda amparada por este artículo? ¿Si no es una actividad legalmente reconocida constituye una relación laboral? A este respecto, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en la sentencia de 12 de abril de 1991, en el Fundamento Jurídico sexto, y entiende que no se protege las condiciones de un contrato formal de trabajo, sino la situación de personas que prestan servicios para otra. De lo contrario, el más desprotegido debería cargar también con las consecuencias de su desprotección.

- Vertiente subjetiva

Conducta dolosa en todos los tipos mencionados, sobre todo en el delito de trata de seres humanos cuyo elemento subjetivo es diferente al dolo, pues se centra en la finalidad de explotación de la persona después de su reclutamiento. Asimismo, no concurre ninguna causa de justificación que permita actuar a Tatiana tal como hizo.

Es culpable en cuanto que ha sido accesible a los mandatos normativos y ha podido actuar conforme a ellos, no concurriendo ninguna causa de exclusión de la culpabilidad (es decir, no hay error de prohibición, invencible, ni es inimputable y tampoco está incurso en ninguna causa de inexigibilidad). Por tanto podemos afirmar que el comportamiento es típico, antijurídico y culpable.

En **conclusión**, atenderemos de forma diferenciada el caso de María, donde ha cometido un delito de determinación a la prostitución del art. 188.1 CP conforme a la redacción vigente en el momento de su llegada.

En el caso del resto de mujeres, ha cometido siete delitos de trata de seres humanos (sería un delito por cada víctima) del art. 177 bis.6 CP, siete delitos de determinación coactiva a la prostitución (uno por cada una de las mujeres que trabaja en Plenilunio) del art. 188.1 y 4 CP y el art. 188.2 CP en el caso de la menor.

Y tanto para el caso de María como el resto de mujeres se le imputarán ocho delitos de detención ilegal del art. 163.3 CP y un delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 CP.

La infracción cometida es punible, en cuanto que no establecen exigencia alguna atinente a la punibilidad.

1.2.2 ¿En qué formas aparece el delito?

Todas las infracciones aparecen en grado de consumación. En relación con el delito de trata de seres humanos, Tatiana es coautora junto a Romelia, Pietro, Zulaika, Alberto y Santiago, pues todos ellos se ponen de acuerdo en realizar las diferentes fases del delito para llegar conjuntamente a un fin, realizando una parte del proceso, la captación, la cual es esencial para ejecutar el hecho.

Será también autora de los ocho delitos de determinación coactiva a la prostitución ya que es ella quien organiza el trabajo de las internas del club.

Y autora de ocho delitos de detención ilegal del art. 163.3 CP junto a Pietro y Zulaika que conjuntamente se encargan de que las chicas no puedan tener libertad de movimiento.

Finalmente es autora única del delito de imposición ilegal de condiciones de trabajo del art. 311 CP a las ocho chicas de nacionalidad rumana.

En este caso no podemos concretar si se puede aplicar la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa del art. 22.3CP. Cabe decir que es habitual en estos casos, llevar a cabo la conducta de trata a cambio de una recompensa, pero en el relato de los hechos no hay constancia.

Aplicaríamos un concurso real de delitos puesto que nos encontramos ante una pluralidad de acciones, que dan lugar a una pluralidad de infracciones penales, que habrían de ser castigadas de forma separada, conforme al art.73 CP.

1.2.3 ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?

En lo atinente a la pena abstracta de los distintos tipos penales, por el art. 177bis.1 CP se impone prisión de cinco a ocho años. Por el delito del art. 188.1 CP prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. Asimismo, por la prostitución de menor de edad, art.188.2 CP prisión de cuatro a seis años. En cuanto a la detención ilegal del art. 163.1 CP, prisión de cuatro a seis años. Y por la imposición de condiciones ilegales de trabajo el tipo básico del art. 311.1 CP recoge la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de 6 a 12 meses.

Respecto a la pena según la forma de aparición del delito, el art. 177bis.6 CP conlleva la pena superior en grado a la del tipo básico de la trata de seres humanos e “inhabilitación especial para oficio, industria o comercio por el tiempo de condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio”. Por lo que la pena aplicable a cada delito será de ocho a doce años de prisión.

El art. 188.4 d) aplica la pena del tipo básico en su mitad superior por pertenencia a una organización. Así por cada delito de determinación coactiva a la prostitución serán de tres a cuatro años de prisión y multa de 18 a 24 meses. Y en el caso de Nicoara de cinco a seis años de prisión.

Respecto al tipo de detención ilegal aplicamos el tipo agravado por durar el encierro más de 15 días, por tanto el art. 163.3 CP que supone una pena de prisión de 5 a 8 años. Y en cuanto al delito del art. 311 CP se mantiene la pena abstracta por no concurrir circunstancia agravante.

1.3 Responsabilidad penal de Pietro

1.3.1 Tipicidad

Pietro es el camarero del local, en el cual se ejercía la prostitución. Él alega que era un simple camarero y, por tanto, de sus palabras se deduce que supuestamente desconocía la situación real de las chicas en el local. Pero esto contrasta con el relato de los hechos, ya que, casi nunca se las dejaba salir del local y si lo hacían, tendrían que ir acompañadas de Pietro. Además, resulta llamativo que Pietro afirme desconocer los hechos por cuanto trabajaba en un local donde las ventanas de las habitaciones tenían rejas y las chicas pasaban las 24 horas del día allí.

○ Vertiente objetiva

De lo dicho podemos afirmar que Pietro ha incurrido en un delito de **detención ilegal** del art. 163.3 CP, es decir, concurre el tipo básico con la agravante por durar el encierro más de 15 días. Sin embargo, a diferencia del caso anterior tenemos que tener en cuenta que es un *delito de efectos permanentes* y que es habitual que intervengan nuevos coautores o partícipes como es el caso de Pietro. Esta conducta de posterior vigilancia y custodia, encaja a mi modo de ver, con la figura de cooperador necesario, ya que para ser coautor deberían estar de acuerdo desde un principio.

En relación a la prostitución, realiza el tipo objetivo del delito de **determinación coactiva de la prostitución** del art.188.1 CP, en cuanto que permite que las chicas sean obligadas a ejercer en la prostitución. Asimismo, concurre la agravante de pertenencia a una organización del art.188.4 b) CP. Y como en los casos anteriores, aplicamos para el caso de Nicoara el art.188.2 CP por **determinación a la prostitución de menor de edad**.

○ Vertiente subjetiva

Todas las conductas se realizan de forma dolosa, no habiendo problema a nivel de tipo subjetivo. En cuanto a la antijuricidad, no concurre ninguna causa de justificación por lo que los hechos son antijurídicos. Y es culpable en tanto que ha sido accesible a los mandatos normativos y ha podido actuar conforme a ellos, no concurriendo ninguna causa de exclusión de la culpabilidad.

En **conclusión**, se puede afirmar que es culpable de ocho delitos de detención ilegal del art. 163.3 CP y siete delitos de determinación coactiva a la prostitución del art. 188.4 b), junto con uno de inducción a la prostitución de persona menor de edad, del art.188.2 CP.

Todas las infracciones cometidas son punibles, en cuanto que no establecen exigencia alguna respecto a la punibilidad.

1.3.2. ¿En qué forma aparece el delito?

Todas las conductas aparecen en grado de consumación.

En cuanto a la autoría y participación, respecto a la detención ilegal, podemos afirmar que su figura es la cooperador necesario (art.28 b) CP), puesto que sin su colaboración, no podría haber durado el encierro de las chicas el tiempo que lo hizo. De la prostitución sería cómplice (art. 29 CP en relación con el art. 63 CP que implica la pena inferior en grado), por cooperar en la ejecución con actos simultáneos.

No concurre ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Y nos encontramos en un concurso real de delitos por cuanto hay una pluralidad de acciones que dan lugar a una pluralidad de delitos que habrán de ser castigados de forma separada, en relación al delito de la prostitución. Y en relación al delito de detención ilegal también habrá tantos delitos de detención ilegal como personas encerradas en el local de alterne.

1.3.3. ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?

La pena abstracta de los distintos tipos penales es de cuatro a seis años de prisión por el art. 163.1 CP, prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses por el art. 188.1 CP (lo que se traduce en uno a dos años de prisión por ser cómplice). Y prisión de cuatro a seis años por prostitución de menor edad (lo que se traduce de dos a cuatro años por la complicidad).

Según la forma de aparición del delito, en el delito de detención ilegal aplicaremos la agravante por durar el encierro más de 15 días, art. 163.3 CP, cuya pena es de cinco a ocho años.

El art. 188.4.d) conlleva la aplicación de la pena del tipo básico en mitad superior por pertenencia a una organización. Por lo que la pena aplicable al delito de determinación coactiva a la prostitución será de tres a cuatro años y multa de 18 a 24 meses. Y en el caso de Nicoara de cinco a seis años de prisión.

1.4 Responsabilidad penal de Zulaika

1.4.1 Tipicidad

Zulaika se encarga principalmente de controlar la entrada del local, pero además recibe el pago de los clientes y posteriormente se lo entrega a Tatiana. Por tanto, no parece posible, pues la lógica lo niega, que Zulaika no conociese la situación real de las chicas en el local.

○ Vertiente objetiva

Así, se puede afirmar que la conducta de Zulaika encaja en el delito de **determinación coactiva a la prostitución** del art. 188.1 CP. Y, al igual que en los casos anteriores, cabe apreciar la agravante del art. 188.4 b) por pertenencia a una organización o grupo criminal que impone la pena en su mitad superior.

También, del mismo modo que en los casos anteriores respecto de la chica rumana menor de edad, se debe aplicar el art.188.2 CP, circunstancia que no puede desconocer Zulaika por cuanto fueron encontrados los pasaportes retenidos en su puesto, donde efectivamente constaba la edad de Nicoara.

Y como en los casos anteriores cabe el delito de **detención ilegal** del art. 163.3 CP por durar el encierro más de 15 días. Entendemos que Zulaika era conocedora por cuanto vigilaba la entrada del local y sabría perfectamente si las chicas podían salir o no libremente del mismo, lo que nos lleva a pensar que evidentemente estaba avisada de que no debía dejar salir a las chicas y por lo que podemos afirmar que actuó como cooperadora necesaria, ya que sin su colaboración no se habría conseguido tal resultado.

- Vertiente subjetiva

Todas las conductas se realizan de forma dolosa, no habiendo problema a nivel de tipo subjetivo. No concurre ninguna causa de justificación por lo que los hechos son antijurídicos. Además, es culpable en tanto que ha sido accesible a los mandatos normativos y ha podido actuar conforme a ellos, no concurriendo ninguna causa de exclusión de la culpabilidad.

En **conclusión**, se puede afirmar que es culpable de ocho delitos de detención ilegal del art. 163.3 CP y siete delitos de determinación coactiva a la prostitución del art. 188.4 b), junto con uno de inducción a la prostitución de persona menor de edad, del art.188.2 CP.

Todas las infracciones cometidas son punibles, en cuanto que no establecen exigencia alguna respecto a la punibilidad.

1.4.2 ¿En qué forma aparece el delito?

Todas las infracciones aparecen en grado de consumación. Respecto a la autoría y participación en la detención ilegal, podemos afirmar que su figura es la cooperador necesario (art.28 b) CP), puesto que llevaba la conducta de acuerdo con Tatiana y sin su colaboración, no podría haber durado el encierro de las chicas el tiempo que lo hizo. Del resto de los citados delitos, Zulaika sería coautora junto a Tatiana, por su participación directa, voluntaria y material en los hechos.

No concurre ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Y nos encontramos en un concurso real de delitos por cuanto hay una pluralidad de acciones, que dan lugar a una pluralidad de delitos, que habrán de ser castigados de forma separada, conforma al art. 177bis.9 CP.

1.4.3. ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?

La pena abstracta prevista por el art 163.1 CP es prisión de cuatro a seis años. Para el art. 188.1 CP, prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. Y para el art.188.2 CP, prisión de cuatro a seis años.

Según la forma de aparición del delito, en la detención ilegal aplicaremos el tipo agravado por durar más de 15 días el encierro, lo que se traduce en una pena de cinco a ocho años de prisión.

El art. 188.4.d) conlleva la aplicación de la pena del tipo básico en mitad superior por pertenencia a una organización. Por lo que la pena aplicable al delito de determinación coactiva a la prostitución será de tres a cuatro años y multa de 18 a 24 meses. Y en el caso de Nicoara de cinco a seis años de prisión.

1.5 Responsabilidad penal de Alberto y Santiago

Alberto y Santiago tienen en propiedad el Club Plenilunio a través de la sociedad Na&Ma. Según la declaración tomada a Tatiana, se encargan de financiar los viajes de las mujeres que vienen de Rumanía, el cual deberán abonar con su trabajo posterior en dicho club.

1.5.1 Tipicidad

- Vertiente objetiva

Alberto y Santiago como jefes de toda la organización tendrán una mayor responsabilidad en algunos delitos.

Empezando por el delito de **trata de seres humanos** del art. 177 bis.1, son quienes organizan y dan órdenes para llevar a cabo este tipo. Si bien, ellos no realizan las conductas recogidas en el precepto, como es la captación, el transporte, acogida, etc., son autores por realizar los hechos por medio de otros que sirven como instrumento (art.28 CP).

Asimismo, si la víctima es menor de edad, como ocurre con Nicoara, aplicaremos el art.177 bis.4 b), que impone la pena superior en grado. Y también aplicaremos la pena superior en grado por la agravante del 177 bis.6 por pertenencia a una organización o asociación de más de dos personas que se dedique a la realización de tales actividades. Además, este apartado sexto especifica que si concurre la circunstancia del apartado 4 relativa a la minoría de edad se aplicará la pena en la mitad superior.

Continúa el artículo citado, mencionando que si se trata de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones se aplicará la pena en su mitad superior, que se podrá elevar a la inmediatamente superior en grado, que se elevará en todo caso si concurre alguna de las circunstancias del apartado 4 (como es el caso por concurrir una víctima menor de edad).

Para el caso de María como el delito de trata no se encontraba tipificado en el momento de la comisión, aplicaremos el delito de **determinación coactiva a la prostitución** del art. 188.1 CP.

También aplicamos el tipo de determinación coactiva a la prostitución del art. 188.2 CP para el caso de **prostitución de menores**. Si bien, aunque no son los encargados directos de la prostitución de las mujeres en el club, organizan a un grupo de personas para que las obliguen a ejercerla, es decir, no es necesario que sean los encargados directos de prostituirlas o realicen materialmente los hechos, sino que es suficiente con ser la parte que genera el plan y pone los medios para realizarlo.

La siguiente conducta a tener en cuenta es la de **detención ilegal** del art. 163.3 CP, ya que, aunque no realizan materialmente los hechos, ambos tenían conocimiento de la situación de las chicas del club y la permitían.

Por último, está el ilícito de **imposición de condiciones ilegales de trabajo** del art. 311.1 CP, que, como he explicado anteriormente, aunque la prostitución no es una actividad regulada y las chicas no presentan un contrato de trabajo, queda protegida por este precepto.

- Vertiente subjetiva

Todas las conductas se realizan de forma dolosa, no habiendo problema a nivel de tipo subjetivo. Asimismo, no concurre ninguna causa de justificación por lo que los hechos son antijurídicos, y culpables en tanto que han sido accesibles a los mandatos normativos y han podido actuar conforme a ellos, no concurriendo ninguna causa de exclusión de la culpabilidad.

En **conclusión**, se puede afirmar que son culpables de siete delitos de trata de seres humanos, junto con ocho delitos de detención ilegal del art. 163.3 CP, siete delitos de determinación coactiva a la prostitución del art. 188.4 b), junto con uno de inducción a la prostitución de persona menor de edad, del art.188.2 CP y finalmente un delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo.

Todas las infracciones cometidas son punibles, en cuanto que no establecen exigencia alguna respecto a la punibilidad.

1.5.2. ¿En qué forma aparece el delito?

Todas las infracciones aparecen en grado de consumación, son autores de todas las conductas realizadas según el art. 28 CP y no concurre ninguna de la responsabilidad criminal.

Nos encontramos en un concurso real de delitos, por cuanto, hay una pluralidad de acciones, que dan lugar a una pluralidad de delitos, que habrán de ser castigados de forma separada, conforme al art. 177bis.9 CP.

1.5.3 ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?

Pena abstracta de cinco a ocho años de prisión por el art. 177 bis.1 CP. En cuanto a la prostitución la pena abstracta es de dos a cuatro años de cárcel por el art.188.1 CP y multa de 12 a 24 meses. En cuanto a la prostitución de menor de edad pena abstracta de cuatro a seis años de prisión en virtud del art. 188.2 CP. Por la imposición de condiciones ilegales de trabajo, art. 311.1 CP, de seis meses a tres años de prisión y multa de 6 a 12 meses.

Atendiendo a la pena según la forma de aparición del delito, en la trata de seres humanos aplicamos la agravante por menor de edad, art. 177 bis. 4 b) CP que impone la pena superior en grado. Asimismo, para el resto de chicas aplicamos la agravante por pertenencia a organización criminal del art. 177 bis.6 CP y que en el caso de la menor donde aplicamos el apartado 4 se impone la pena en la mitad superior. Y después en el mismo apartado, se establece la mitad superior de las penas impuestas para el caso de jefes o administradores, como es el caso. Y además, si por aplicación del apartado 4, la consiguiente elevación a la mitad superior implica la elevación en grado de la pena, se impone el grado inmediatamente superior.

En la detención ilegal aplicamos el tipo agravado del art.163.3 CP con pena de prisión de cinco a ocho años. No concurre ninguna circunstancia agravante respecto al delito del art. 311 CP.

Y finalmente, el art. 188.4.d) conlleva la aplicación de la pena del tipo básico en mitad superior por pertenencia a una organización. Por lo que la pena aplicable al delito de determinación coactiva a la prostitución será de tres a cuatro años y multa de 18 a 24 meses. Y en el caso de Nicoara de cinco a seis años de prisión.

2.- DICTAMEN II

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.

En tanto se nos pide el estudio de una sola conducta en relación a los posibles intervinientes, procederé a su estudio conjunto.

2.1 Tipicidad

Las sustancias encontradas en el armario son 17 frasquitos que contienen “popper” y una bolsa con pastillas con un peso de 7 gramos que se identifican con hidrocloreto de ketamina.

○ Vertiente objetiva

Dentro de los **delitos relativos a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas**, encontramos el tipo básico recogido en el art. 368 CP, que castiga los actos de cultivo, elaboración, tráfico, cualesquiera que favorezca, promueva o facilite el consumo ilegal de las drogas, así como poseer dichas sustancias con “aquellos fines”. La descripción de los hechos encaja con el tráfico, la promoción y la posesión para dichos fines.

Pietro, el camarero de Plenilunio, tenía en su poder la llave del armario donde se encontraron las sustancias incautadas, asimismo, afirmó que en alguna ocasión vendió alguna de las pastillas a algún cliente. Por lo que concluimos que Pietro incurre en las conductas citadas en el art. 368 CP, como son la posesión y tráfico de drogas.

En cuanto a la conducta de Tatiana, cabe decir que ella en principio no comerciaba con estas sustancias, pero el tipo recoge también aquellas acciones que “favorezcan el tráfico” y no consta que hayan impedido el mismo. Es más, como encargada de gestionar el local, es evidente que tenía que estar al tanto de la realización de tales ventas, por lo que cabría calificar su conducta de participación, ya que la complicidad es muy difícil de apreciar en este delito, donde se castigan prácticamente todas las conductas.

La posición de Zulaika es más difícil de probar, ya que ella se encargaba de la recepción y, no hay constancia de que realizara ninguna de las actuaciones para favorecer, promover, facilitar, etc. el consumo de sustancias ilegales, por lo que no encontramos responsabilidades penales en su conducta.

Sin embargo, a la hora de aplicar los delitos relativos a las drogas, tenemos que tener claro qué cantidades se consideran preordenadas al autoconsumo y cuales al tráfico, y posteriormente cuales se consideran de notoria importancia. Y esto es importante, ya que tendrá consecuencias importantes a la hora de aplicar la pena. Y además, tenemos

que saber si hablamos de las sustancias que el legislador quiere incluir dentro de este precepto.

Para ello, nos serviremos de las listas anexas a los Convenios Internacionales ratificados por España, entre ellos: 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 y la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, entre otros textos. Estos convenios han sido creados hace muchos años y el consumo de sustancias ilegales ha variado a lo largo de los años, por lo que en consecuencia, han tenido que ser actualizados.

La ketamina es una sustancia que deriva de la fenciclidina y es potencialmente peligrosa para la salud, aunque también suele usarse habitualmente para el corte de la cocaína⁵. El problema que se presenta es, que es una sustancia que ha sido objeto de una fiscalización tardía, tanto es así, que no fue incluida en la lista de sustancias prohibidas hasta el 21 de octubre de 2010, a través de la Orden SAS/2712/2010 de 13 de octubre, en el anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, que regula la fabricación, distribución, prescripción, y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos.

Así pues, queda claro que se trata de una sustancia cuya tenencia está penalizada a partir de 2010, y entraría dentro del art. 368 CP. El problema es saber cuál es la cantidad que se entiende destinada para consumo propio. Y ello es importante por dos motivos:

- 1) En primer lugar, porque en el derecho penal no se castiga el autoconsumo.
- 2) En segundo lugar, porque si no está destinada al autoconsumo, en caso de que la cantidad sea importante, entraría en juego la agravante del art.369 5ª por posesión de cantidad de notoria importancia.

Para resolver estas cuestiones acudiremos al acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001 por el que se fijan en quinientas dosis sobre el consumo diario la aplicación de la agravante de cantidad de notoria importancia. Pero, en este acuerdo no hay constancia de esta sustancia, así pues, quedaría a criterio del juez, que podrá optar por solicitar el correspondiente informe pericial para motivar una decisión.

Respecto al resto de agravantes aplicables, encontramos una agravante de primer grado relativa a la realización de los hechos en establecimientos abiertos al público por sus responsables o empleados, del art. 369 CP.

En relación al “Popper” o nitrito de amilo, destinado al consumo de los clientes del club Plenilunio, no es un medicamento, sino un producto de comercio ilícito en España (lo ha adquirido a través de internet). Y la misma no puede ser encuadrada en el artículo 368 del Código Penal, ya que no está incluida en listas de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, ni en la de sustancias susceptibles de uso para la fabricación de aquéllas

⁵ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 429/2014 de 21 de mayo: FJ 12º

(precursores)⁶. Se trata de una sustancia que no se comercializa en España con ese fin, y para comercializarse se necesita de los oportunos permisos sanitarios, que en este caso no hay. Por lo que podríamos incluir la tenencia de popper como una infracción administrativa recogida en el art. 101.2.b) 23ª de la Ley 29/2006 de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Sin embargo, creemos que es más adecuado dotar la acción de efectos penales, por cuanto se han encontrado más sustancias, y así entraría el art. 359 CP que castiga a quien: "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".

○ Vertiente subjetiva

No concurre ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal en ninguno de los involucrados (arts. 19 a 23 CP).

Son culpables en cuanto han sido accesible a los mandatos normativos y ha podido actuar conforme a ellos, no concurriendo, en definitiva ninguna causa de exclusión.

Y la infracción cometida (el tráfico de ketamina) es punible, en cuanto que no establecen exigencia alguna atinente a la punibilidad.

1.1.2 ¿En qué formas aparece el delito?

Al tratarse de un delito de mera actividad y de consumación anticipada, no se suelen apreciar formas imperfectas de ejecución.

En cuanto a la autoría y participación, Pietro es autor del delito del art. 368 por el tráfico de sustancias ilegales, mientras que Tatiana es partícipe, lo que se equipara a la autoría.

No concurre ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal y tampoco aplicaremos ningún concurso.

1.1.3 ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?

La pena abstracta prevista en el art. 368 CP es prisión de 3 a 6 años y multa del tanto al triplo del valor de la droga.

Y respecto a la pena según la forma de aparición del delito, el art. 369 CP establece los tipos agravados, y en concreto el 3º es de aplicación por venta en establecimientos abiertos al público, por lo que se aplica la pena superior en grado a la del art. 368 CP.

⁶ Cfr. Auto núm.792/2010 de 24 de noviembre de la Audiencia Provincial de Sevilla.: FJ 1º

3.-DICTAMEN III

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.

Procederé a analizar la responsabilidad penal de todos los implicados por separado para delimitar adecuadamente su responsabilidad.

3.1 Responsabilidad penal de Alberto y Santiago

Comenzamos por la responsabilidad penal de Alberto y Santiago, ya que son quienes tienen mayor actuación en la gestión de las ganancias. Alberto y Santiago son los dos socios únicos de la sociedad Na&Ma S.L., propietaria del club Plenilunio y un restaurante llamado Luna del Principito. Santiago es propietario del 51% de las participaciones, mientras que Alberto ostenta el 49%.

3.1.1 Tipicidad

o Vertiente objetiva

En el relato de los hechos se expone que las ganancias provenientes del club Plenilunio eran llevadas por Tatiana en metálico a la sede de la sociedad Na&Ma S.L. La mayoría no eran declaradas a Hacienda y, además, se recompensaba a Tatiana con un 10% de las cantidades. Asimismo, gran parte de las ganancias se facturaba falsamente en concepto de comidas del restaurante, propiedad también de la sociedad mencionada, llamado “Luna del Principito”.

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

Estas cantidades defraudadas fueron depositadas en una cuenta bancaria abierta en Gibraltar el 1 de febrero de 2008.

En primer lugar, conviene dejar claro que Gibraltar es un **paraíso fiscal**, tal y como expone la lista de paraísos fiscales del Real Decreto 1080/1991 de 5 julio, en su artículo primero. Un paraíso fiscal puede definirse como un territorio en el que la tributación es nula o muy baja y, en el que apenas existe intercambio de información tributaria. Sin embargo, la mera tenencia de una cuenta en un paraíso fiscal no constituye un delito en sí mismo, sino que habrá que estar a las obligaciones impuestas al contribuyente en estos casos.

Así, es habitual, tal y como expone el art.2 del citado Real Decreto, que España firme acuerdos bilaterales⁷ para el intercambio de información, o para evitar la doble imposición con los países a que se refiere el art. 1, dada la opacidad de los datos financieros de estos paraísos y su baja tributación. Y en consecuencia, si firman el citado convenio dejarán de tener tal consideración de paraíso fiscal, siempre que, expresamente se establezca, desde el momento en que estos convenios o acuerdos se apliquen⁸.

En el caso de Gibraltar, España la sigue considerando paraíso fiscal pues no ha firmado ningún convenio de este tipo. En consecuencia, si un contribuyente tiene dinero en un paraíso fiscal deberá tributar por él y, a la hora de hacer la declaración de la renta, indicar esa tributación en el país para no volver a realizarla en España. El problema es que, en este caso concreto, tanto Alberto como Santiago no han indicado la oportuna tributación con el fin de ocultar la existencia de estos fondos.

Por lo tanto, es evidente que ha habido un delito fiscal y, aplicando el Código Penal, vemos que encaja con el delito de **defraudación tributaria** del art. 305, cuya conducta típica consiste en “el que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros”. Por lo que, son elementos del comportamiento típico: el engaño, el perjuicio y las modalidades mencionadas; de las cuales encaja con la narración de los hechos la primera: la elusión del pago de tributos.

El delito se puede cometer por acción u omisión, es decir, tanto cabe la elusión del pago por una acción como omisión. Ello se extrae cuando dice el apartado primero del art.305 “la mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos”⁹.

Atendiendo al caso que nos ocupa, se presenta una acción concreta para eludir el pago de tributos, que se lleva a cabo ordenando a Tatiana manejar dinero en metálico, con el evidente propósito de no reflejarlo en la contabilidad de la empresa y, posteriormente, evitar su declaración a Hacienda.

Se trata de un *delito especial propio*, es decir, aquellos que hacen referencia al carácter del sujeto, y el delito fiscal solo puede cometerse por el deudor tributario, lo que se

⁷ El listado de convenios firmados para evitar la doble imposición aparece en la web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas:
http://www.minhap.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI_Alfa.aspx
(última fecha de consulta el 13/06/2015).

⁸ Disposición Adicional Primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre de 2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

⁹ Se tiene en cuenta la redacción vigente del art. 305 CP en la actualidad.

traduce en la sociedad Na&Ma representada por Santiago y Alberto. Además, en concreto refiriéndonos al Impuesto de Sociedades, son sujetos pasivos del mismo las personas jurídicas con residencia en territorio español¹⁰. Mientras que, el sujeto pasivo del tipo será el Estado o ente autonómico, foral o local afectado como acreedor de la prestación pecuniaria.

A la hora de determinar la cuantía defraudada, el art.305.2 CP establece que se estará a lo defraudado en cada período impositivo, así pues, por cada período impositivo estaremos ante un delito. Es decir, no hablaremos de un delito continuado, siempre que se nos presenten períodos impositivos distintos.

Se fija como condición en el art. 305.1 CP que el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta,... **exceda de 120.000€**. Este límite nos ayuda a establecer una frontera entre las infracciones tributarias y el ilícito penal, lo que nos obliga a excluir el ejercicio de 2013 de este delito, que constituiría una infracción perseguible por la Administración tributaria. Sin embargo, esto no debe llevarnos al error de que este límite cuantitativo es lo único que nos permite diferenciar el ilícito, sino que, como he mencionado, constituye la conducta típica una actuación del sujeto tendente a evitar el pago, lo que se corresponde con el elemento subjetivo del tipo.

En todo caso, hay que tener claro que cuando estamos ante un delito tributario, lo habitual es que la norma penal nos remita al Derecho Tributario, a efectos de determinar la cuantía o el periodo impositivo. Pero, como en principio existe prevalencia de la jurisdicción penal sobre la administrativa, corresponderá al juez la determinación de la cuantía, ya que se analizará como cuestión prejudicial de naturaleza administrativa-tributaria y será habitual que acuda a peritos (inspectores de Hacienda) para emitir el correspondiente dictamen pericial.

Además, hay que tener en cuenta que la cantidad dejada de ingresar en 2009 se tipificará conforme al art. 305 CP, pero con la redacción dada antes de la reforma por la LO 5/2010. En todo caso, seguimos hablando del ilícito de defraudación del art. 305, pero la pena de prisión es de uno a cuatro años, a diferencia de la redacción posterior que es de uno a cinco años.

Se establecen tres agravantes en el art. 305 bis CP castigando con la “pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que la cuantía de la cuota defraudada exceda de seiscientos mil euros.
- b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal.
- c) Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula

¹⁰ Art. 7 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito”.

Entendemos que estas últimas agravantes no son aplicables, puesto que, el importe mínimo para perseguir la conducta es de 120.000€, y las cantidades defraudadas están cerca de este límite. Tampoco se observa la creación de una estructura compleja, por cuanto, simplemente se hicieron ingresos en una cuenta diferenciada pero no se creó una estructura de sociedades complejas, como puede ser la creación de sociedades pantalla. Aquí, se pretende incluir la doctrina de levantamiento de velo, que se aplica cuando se crean sociedades tapaderas o sociedades fantasmas que encubren el origen de la sociedad e impiden determinar el verdadero obligado al pago.

En el apartado 6º del art.305 se establece el tipo atenuado, ya que, “los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado tributario o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado tributario o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito”.

Esto último debe diferenciarse de lo que estipula el apartado cuarto del mismo precepto, que se refiere a la regularización tributaria en la que el obligado tributario procede al reconocimiento y pago de la deuda tributaria antes de que se inicie la actuación correspondiente por la Administración Tributaria. Ambas situaciones no concurren en el caso objeto de estudio.

Después del delito fiscal, debemos apreciar la presencia del delito de **blanqueo de capitales** tipificado en el art. 301 CP, ya que, Alberto y Santiago además de no declarar todos los ingresos obtenidos por la sociedad a efectos del Impuesto de Sociedades, se reservaban una parte de las ganancias para ingresarlas en una cuenta gibraltareña, dada su aparente opacidad.

El tipo consiste en “el que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”.

En consecuencia, cualquiera de las acciones descritas será suficiente para la realización del tipo objetivo, se trata de un delito de *peligro concreto*. Y no cabe duda de que Alberto y Santiago adquieren los bienes y realizan los actos necesarios para ocultarlos. El dolo, en este delito, se traduce en el conocimiento de que esos bienes proceden de

una actividad delictiva, y en el caso de Alberto y Santiago queda más que probado que son conocedores de la actividad que produce esos ingresos.

El precepto continúa “en estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.” En este caso esta es una opción que se dejaría al arbitrio del juez.

Además tendremos que tener en cuenta el art. 303 CP que dice que si los hechos (relacionados con la receptación y blanqueo de capitales) han sido cometidos por empresario, facultativo etc. en el ejercicio de su cargo se le impondrá además, de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años.

o Vertiente subjetiva

Tanto el delito fiscal como el blanqueo de capitales son realizados de forma dolosa por Alberto y Santiago. En el primer delito, el dolo consiste en la plena conciencia y voluntad de que mediante el engaño producirá un perjuicio a la Hacienda Pública. Mientras que, en el blanqueo, el dolo incluye el aspecto subjetivo de conocer el origen ilícito de los bienes. En el blanqueo de capitales, se constata porque son los directivos de una empresa que tiene en propiedad un club de alterne, donde explotan a chicas extranjeras para obtener el máximo beneficio, y se dan órdenes a la encargada de ese club, Tatiana, de manejar esos beneficios en efectivo.

Respecto a las causas de justificación, como la legítima defensa, aunque éstas no son idóneas para los delitos societarios ya que son difíciles de apreciar, siguen siendo aplicables, pero aquí no concurre ninguna.

En lo atinente a la culpabilidad, son culpables en cuanto han sido accesible a los mandatos normativos y ha podido actuar conforme a ellos, no concurriendo, en definitiva ninguna causa de exclusión.

En **conclusión**, Alberto y Santiago son coautores de cuatro delitos contra la Hacienda Pública del art. 305 CP, correspondientes a los ejercicios de 2009, 2010, 2011 y 2012; excluyendo el ejercicio de 2013 por no llegar al mínimo tipificado de 120.000€. En cuanto al ejercicio de 2009 se aplicará la legislación vigente en el momento, mientras que el resto de ejercicios fiscales se aplicará la modificación operada por la LO 5/2010 Y son coautores de un delito de blanqueo de capitales.

No se establece condición alguna respecto a la punibilidad.

3.1.2 ¿En qué formas aparece el delito?

El delito fiscal del art. 305 CP es un delito de resultado, es decir, la consumación se alcanza con el resultado descrito en el tipo, que es el perjuicio a Hacienda. En el Impuesto de Sociedades se produce desde el vencimiento del plazo para la presentación de la autoliquidación. Por lo tanto, todos los ejercicios mencionados aparecen en grado de consumación. En cuanto al delito de blanqueo de capitales la consumación se produce con la realización de cualquiera de las acciones descritas.

Respecto a la autoría Alberto y Santiago son coautores de los delitos mencionados. Y no concurre ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, arts. 21 y 22 CP. En estos casos es frecuente intentar reparar el delito, pero aquí no hay constancia de ello. Otra cuestión diferente sería que se produjese la regularización tributaria del art. 305.4 CP que supondría que se excluya la responsabilidad penal pero no se ha dado en el caso.

Respecto a los concursos, en el delito de defraudación tributaria se entenderá que se ha cometido un delito por cada período impositivo, así pues se aplicarán las reglas del concurso real del art. 73 y 75 CP. Pero, se puede plantear el concurso de normas del delito fiscal con el delito de blanqueo de capitales. Ya que, el delito de blanqueo exige que la conducta se realice sobre bienes ilícitos, la cuestión a debatir será si esos bienes ilícitos son los mismos que estamos castigando con el ilícito de defraudación tributaria, por cuanto, estaremos teniendo en cuenta el mismo bien para aplicar dos delitos diferentes, y ello podría vulnerar el principio *non bis in ídem*.

Para responder a esta cuestión, tendremos en cuenta el relato de los hechos, según el cual, la sociedad Na&Ma realiza una actividad delictiva en el club de alterne de la que obtiene unas ganancias. Posteriormente, esas mismas ganancias son las que oculta, manejando dinero en metálico, y defrauda a la Agencia Tributaria. Y finalmente, para blanquearlas, las ingresa en una cuenta gibraltareña. Así pues, vemos que, primero se da una conducta de ocultación propia del delito de blanqueo, y no del delito fiscal.

Es decir, aunque la cuota defraudada cabe perfectamente dentro de las conductas tipificadas en el ilícito de blanqueo de capitales del art. 301 CP, no es la conducta previa en este caso concreto y, por tanto, no cabe la aplicación del concurso de normas.

Además, refuerza nuestra posición, si atendemos a la doctrina jurisprudencial. En la sentencia del Tribunal Supremo 769/2008 de 30 de octubre, en el FJ 4º, recogiendo la argumentación de otras¹¹, nos dice que no habrá, sin embargo, concurso real de delitos y sí un concurso de normas del art. 8.4 CP, cuando concurren las siguientes circunstancias: a) que los ingresos que den lugar al delito fiscal procedan del blanqueo de modo directo e inmediato; b) que el blanqueo sea objeto de condena; y c) que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias objeto del blanqueo o la condena a devolverlas como responsabilidad civil. Vemos que estos requisitos no concurren por lo que no se puede hablar de concurso de normas.

¹¹ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 20/2001 de 28 de marzo.

3.1.3 ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?

La pena abstracta de los distintos tipos penales será por el art. 305 CP pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la cuantía. Sin embargo, en la redacción anterior del art. 305 CP aplicable al ejercicio de 2009 la pena será de uno a cuatro años de prisión. Por el art. 301 CP pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. Y por el art. 303 CP la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio industria o comercio de tres a diez años.

Según la forma de aparición del delito no aplicaremos ninguna circunstancia agravante o atenuante en los delitos mencionados. Pero, habrá que tener en cuenta que en el delito fiscal habrá tantos delitos como ejercicios fiscales se hayan defraudado.

Por último, es preciso mencionar que la **prescripción** del delito de fraude fiscal es a los 5 años desde que la infracción se ha cometido, tal y como establece el art.131.1 CP: “Los delitos prescriben (...) a los cinco, los demás delitos, excepto los de injuria y calumnia, que prescriben al año”. Lo que nos hace plantearnos si el ejercicio de 2009 entraría dentro de la prescripción. Teniendo en cuenta que los hechos se analizan en 2014, sí transcurren los 5 años de la prescripción, por lo que el ejercicio de 2009 ha prescrito.

3.2 Responsabilidad penal de Tatiana

Tatiana era la encargada de llevar las ganancias provenientes de Plenilunio en metálico a Alberto y Santiago, quienes no las declaraban a Hacienda y, posteriormente, era recompensada con un 10%.

3.2.1 Tipicidad

○ Vertiente objetiva

La conducta de Tatiana encaja con el ilícito de **blanqueo de capitales** del art. 301 CP, ya que, realiza las acciones descritas en el tipo como son: adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes, a sabiendas de que éstos tienen su origen en una actividad delictiva. No es necesario realizar todas las conductas citadas, sino que, es suficiente con realizar alguna de ellas, como hemos mencionado anteriormente.

Vemos como Tatiana se encarga de gestionar las ganancias del club y trasladarlas en metálico a la sede de la sociedad propietaria del mismo. También, se puede afirmar que Tatiana era plenamente conocedora del origen de esos bienes. Es de absoluta lógica, que a través del relato de los hechos, Tatiana no solo conoce la actividad delictiva de la que provienen, sino que, participa en la misma.

También, se puede apreciar el delito de **receptación** del art. 298 CP que dice “el que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como

cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos...”. Por lo tanto, la conducta típica se traduce en ayudar a aprovecharse de los efectos del delito o ayudar a ocultarlos. Y además, son requisitos el ánimo de lucro y el conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio en el que no haya participado.

Sin embargo, no se cumplen todos los elementos del tipo. Si bien, se presenta el ánimo de lucro porque se le recompensa con un 10% de las ganancias, y ayuda a ocultar los bienes del delito, no se cumple el relativo a la no participación el delito contra el patrimonio u orden socioeconómico.

- Vertiente subjetiva

El blanqueo de capitales se realiza de forma dolosa, ya que, el dolo incluye el conocimiento de la procedencia delictiva de los bienes objeto de blanqueo, y esto es innegable, por cuanto, Tatiana realiza la conducta ilícita que da origen al blanqueo de capitales.

Respecto a la antijuricidad no concurre ninguna causa de justificación por lo que los hechos son antijurídicos. Y es culpable, en tanto que, ha podido acceder a los mandatos normativos y ha podido actuar conforme a ellos, no concurriendo ninguna causa de exclusión de la culpabilidad.

En **conclusión**, se puede afirmar que es culpable de un delito de blanqueo de capitales, art. 301 CP.

Todas las infracciones cometidas son punibles, en cuanto que no establecen exigencia alguna respecto a la punibilidad.

3.2.2. ¿En qué forma aparece el delito?

El delito aparece en grado de consumación y es autora la conducta realizada, según el art. 28 CP. No concurre ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Y no cabe la apreciación de concursos.

3.2.3 ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?

Pena abstracta por el art. 301 CP de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes.

Y la pena según la forma de aparición del delito no presenta diferencias, ya que no se aprecia ninguna circunstancia que nos obligue a establecer las penas en su mitad superior o la elevación en grado.

3.3 Responsabilidad penal de Xaime

Por último, procederemos a analizar la postura del asesor jurídico, Xaime P. que es quien da la idea de desviar los fondos que no se han declarado a una cuenta en Gibraltar, dada la opacidad y la dificultad que conllevaría ante una investigación policial.

3.3.1 Tipicidad

○ Vertiente objetiva

Es necesario valorar si se realizan los delitos mencionados de defraudación tributaria, delito fiscal, y el tipo de receptación.

Respecto a la **defraudación tributaria** del art. 305 CP, el sujeto pasivo es el obligado tributario, por lo que, Xaime no puede ser el obligado tributario ni el sujeto pasivo de este ilícito. También, se requiere la acción u omisión para ocasionar un perjuicio a la Hacienda Pública, sin embargo, no vemos en Xaime ningún comportamiento para lesionar el interés protegido por el tipo.

En definitiva, la conducta de Xaime no se circunscribe a buscar como evitar el pago del Impuesto de Sociedades, sino que, ayuda o asesora a Alberto y Santiago para que puedan depositar las ganancias obtenidas en un lugar aparentemente seguro. Es decir, esta conducta podría encontrarse dentro del delito de **receptación** del art. 298, o bien, dentro del delito de blanqueo de capitales.

El elemento que nos permite distinguir si aplicar uno u otro es la intervención en el delito de blanqueo de capitales, puesto que, como en el caso anterior, para cometer el delito de receptación es necesario no haber participado ni como autor, ni como cómplice en el delito contra el orden socioeconómico.

Así, pues analizamos si concurren los elementos del **blanqueo de capitales**, recordando que consiste en “el que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos...”. Xaime no realiza la actividad ilícita que da origen a los bienes que se blanquean, ni realiza las primeras conductas enumeradas en dicho precepto, pero sí realiza actos para ayudar a las personas implicadas a eludir las consecuencias de sus actos.

Además, se requiere el elemento subjetivo que es el conocimiento del origen delictivo de los bienes. Esto habría que demostrarlo con la conducta de Xaime, en cuanto que, da consejos para evitar que se descubra la existencia de unas ganancias, las cuales se pretenden ocultar porque no se quieren declarar a la Hacienda Pública. Aquí Xaime, no tiene porqué saber a qué se dedica la sociedad, pero sí puede intuir que el origen es ilícito y por ello, se intentan blanquear las ganancias. Pero, no podemos atender solo a

suposiciones, así que si no podemos atribuir una conducta dolosa a Xaime, atenderemos a la imprudencia grave que recoge el art. 301.3 CP.

El auto núm. 145/2014 de 23 de enero, del Tribunal Supremo, en el voto particular se señala al respecto “en la modalidad imprudente del delito de blanqueo establecida en el art. 301.3 del CP, no es exigible que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas sólo con observar las cautelas propias de su actividad y, sin embargo, haya actuado al margen de tales cautelas o inobservando los deberes de cuidado que le eran exigibles y los que, incluso, en ciertas formas de actuación, le imponían normativamente averiguar la procedencia de los bienes o abstenerse de operar sobre ellos, cuando su procedencia no estuviere claramente establecida. Es claro que la imprudencia recae no sobre la forma en que se ejecuta el hecho, sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes receptados, de tal modo que debiendo y pudiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, actúe sobre ellos, adoptando una conducta de las que describe el tipo y causando así objetivamente la ocultación de la procedencia de tales bienes (su blanqueo) con un beneficio auxiliador para los autores del delito de que aquellos procedan.”

Los deberes de cuidado exigibles a Xaime no son los de un ciudadano de a pie, si atendemos a la Ley 10/2010 de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, según su art. 2.1.ñ) son sujetos obligados a efectos de la presente ley los abogados, y a continuación expone la diligencia debida de estos sujetos. Por lo tanto, sería plenamente válido entender que Xaime ha podido cometer el tipo por imprudencia grave.

Finalmente, al aplicar el tipo de blanqueo de capitales no cabrá la aplicación del tipo de receptación.

o Vertiente subjetiva

El tipo básico del delito de blanqueo de capitales requiere de una conducta dolosa y del conocimiento del origen delictivo de los bienes, esta circunstancia última no concurre por lo que aplicamos el tipo imprudente, por la posibilidad de haber conocido ese origen ilícito. En lo atinente a la antijuricidad no concurre ninguna causa de justificación por lo que los hechos son antijurídicos. Y será culpable en tanto que ha sido accesible a los mandatos normativos y han podido actuar conforme a ellos, no concurriendo ninguna causa de exclusión de la culpabilidad.

En **conclusión**, se puede afirmar que es culpable de un delito de blanqueo de capitales, art. 301 CP, que es punible porque no se establecen exigencias en cuanto a la punibilidad.

3.3.2. ¿En qué forma aparece el delito?

El delito de blanqueo aparece en grado de consumación, es autor de la conducta realizada y no concurre ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Tampoco cabe la aplicación de concursos.

3.3.3 ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?

Pena abstracta por el art. 301 CP de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes.

Y la pena según la forma de aparición del delito no presenta diferencias ya que no se aprecia ninguna circunstancia que nos obligue a establecer las penas en su mitad superior o la elevación en grado.

4.- DICTAMEN IV

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

Con la reforma operada con la LO 5/2010 de 22 de junio, se ha introducido el art. 31 bis en el Código Penal, donde se establece la responsabilidad de las personas jurídicas, además se deroga el apartado 2 del art. 31 y se modifica el art. 129 relativo a las consecuencias accesorias. Gracias a esta reforma, a partir de este momento, las personas jurídicas pueden ser declaradas autoras de determinados delitos, abandonando la anterior regulación que abrazaba el principio *societas delinquere non potest*. Hasta este momento, en virtud de este principio no podían ser sancionadas, y para evaluar una conducta punible, se atendía a los hechos que pudiesen realizar las personas físicas en su nombre, o a partir de la reforma de 2003, el administrador de hecho o de derecho.

Pues bien, según establece el 31.1 bis “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”. Esto se traduce en que se establece una responsabilidad de forma indirecta, ya que la persona jurídica responde por los delitos cometidos por las personas físicas a las que el precepto se refiere¹².

También se establecen circunstancias atenuantes en el art. 31 bis.4 como por ejemplo, la confesión, la aportación de pruebas al proceso, la reparación del daño, etc... sin embargo, no concurre ninguna de ellas en el caso.

Sin embargo, en el ámbito tributario ya se podía considerar como infractores a las personas jurídicas desde la Ley General Tributaria de 1963, la Ley 230/1963.

Así pues en el ámbito penal, en el art. 31.1.bis CP hemos de destacar que se establecerá la responsabilidad penal de las personas jurídicas “en los supuestos establecidos en este Código”, por lo que tendremos que estar a la dicción de cada precepto. En relación con todos los delitos analizados en el presente trabajo, encontramos:

En el tipo relativo a **la trata de seres humanos**, art. 177.bis.7 “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

¹² Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la LO 5/2010, página 30.

Estas últimas penas del art. 33.7 CP son: la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividad, clausura de sus locales y establecimientos, prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, y la Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

En relación con los delitos de prostitución, el art. 189 bis dispone “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.
- c) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.”

Aquí, sería aplicable el apartado a), al tener en cuenta que la prostitución de una menor de edad según el art.188.2 CP impone prisión de 4 a 6 años y, se aplicaría la pena del apartado b), por la determinación a prostituirse del resto de chicas, según el art. 188.1 CP que impone pena de prisión de dos a cuatro años.

El art. 302.2 CP en relación con **el blanqueo de capitales**: “En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.”

El art. 310.bis CP, en relación **con la defraudación fiscal** establece que “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa del tanto al doble de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.

(...)

Además de las señaladas, se impondrá a la persona jurídica responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. Podrá imponerse la prohibición para contratar con las Administraciones Públicas.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b), c), d), e) y g) del apartado 7 del artículo 33.

Aquí, aplicamos el apartado a) y omitimos los demás ya que la pena prevista por el art. 305 CP es la prisión de uno a cinco años.

Llegados a este punto, nos podemos encontrar con que en un mismo delito, como por ejemplo el delito fiscal del art. 305 CP, aplicamos una pena de multa para la persona física responsable y otra pena de multa a la persona jurídica. Para no afectar al principio de proporcionalidad de las penas, tendremos que estar a lo que dispone el art. 31bis.2 que nos dice que en caso de imponer a ambas pena de multa, los jueces modularán la cuantía para que resulte proporcionada a la gravedad de los hechos.

Asimismo, para poder imputar un delito de defraudación tributaria deben concurrir dos requisitos: 1) la sociedad ha de llevar la conducta a través de una de las personas enunciadas en el art. 31 CP, 2) que la figura delictiva se cometa en su provecho, cuando la cuota se utiliza en actividades propias de la entidad o bien se transfiere al patrimonio de los socios¹³.

A continuación, es necesario mencionar que el delito fiscal del art. 305 CP cometido en los años 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013 responde la sociedad en virtud del art. 31 bis CP a través de la reforma operada con la LO 5/2010. Pero a la declaración de 2009 no le puede ser aplicada esta ley, teniendo en cuenta que su vigencia comenzó en diciembre de 2010, por lo que queda excluida su responsabilidad respecto al ejercicio de 2009. Aquí se tendría que establecer a la sociedad el pago solidario de la multa impuesta al administrador/es en concepto de pena y condena como responsable civil subsidiario por la cuota impagada más intereses. También se podrá imponer la responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas, a la que se refiere el art. 120 CP.

Por último, debe destacarse que las sanciones previstas para las personas jurídicas tienen naturaleza de graves, por lo que a efectos de prescripción, conforme al art. 133 CP, tendrá lugar a los diez años.

Y finalmente procederemos a analizar las responsabilidades tributarias. En primer lugar, tendremos en cuenta la Ley General Tributaria, Ley 58/2003 de 28 de diciembre (en adelante LGT), cuya última modificación entrará en vigor el 1 de junio de 2015 y no tendremos en cuenta para este dictamen.

¹³ Cfr. CARRERAS MANERO, OLGA, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus implicaciones en el delito de Defraudación Tributaria (análisis crítico de las últimas reformas legislativas)”. *Crónica Tributaria* número 143/2012. Pág. 65.

Respecto a las infracciones tributarias, atendiendo al art. 179 LGT, establece un principio de responsabilidad tanto para personas físicas como jurídicas. Si bien, cuando la administración tributaria detecte que se encuentra no ante una infracción, sino ante un delito, remitirá las actuaciones a la jurisdicción competente, como expone el art. 180 LGT.

En el art.191 LGT aparece la infracción tributaria por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación, y en concreto, se trata de una infracción grave por cuanto, nos dice que, la infracción será muy grave cuando se hubiese recurrido a medios fraudulentos o bien cuando se hubieran dejado de ingresar cantidades que superen el 50% de la base de la sanción.

Pero, hay que tener en cuenta el art. 189 LGT que nos indica que las infracciones tributarias prescriben a los cuatro años desde el momento en que se cometieron las correspondientes infracciones, por lo que, en el momento que se empiezan a investigar los hechos, en 2014, habrán prescrito los ejercicios anteriores a 2010. Ello sin perjuicio de que se pueda interrumpir dicho plazo por las actuaciones de la administración para imponer la sanción tributaria, o por la interposición de reclamaciones o recursos.

En el art. 41 LGT se establece que se podrán establecer responsables solidarios o subsidiarios, además del obligado tributario, a otras personas o entidades. En cuanto a la responsabilidad subsidiaria el art. 43 LGT, establece que la podrán tener los administradores y su responsabilidad se extiende al total de la deuda tributaria, incluidas las sanciones.

A continuación, el art. 45.2 nos dice: “Por las personas jurídicas actuarán las personas que ostenten, en el momento en que se produzcan las actuaciones tributarias correspondientes, la titularidad de los órganos a quienes corresponda su representación, por disposición de la ley o por acuerdo válidamente adoptado”. Lo que se traduce en que considera responsables de las personas jurídicas a los gestores, directores o representantes legales. Es decir, si comparamos el ámbito penal, antes de la reforma de la LO 5/2010, ya que la Ley General Tributaria es de 2003, vemos que en el ámbito penal, no se consideran responsables por la simple atribución del título de representantes o administradores, sino que hay que analizar hasta qué punto deciden la actuación de la persona jurídica, o hasta qué punto tienen dominio de la decisión. A este respecto puede suceder que aunque haya administradores de derecho, haya personas que sin estar formalmente acreditadas como tal, tengan mayor poder de decisión en el devenir de la sociedad.

Así pues, vemos clara la diferencia que hay en la responsabilidad en el ámbito penal (art. 31 CP) respecto al tributario (art.45.2. LGT), ya que en la penal donde necesitamos unos elementos subjetivos para concretar la culpabilidad, mientras que en el ámbito tributario, se establece la responsabilidad tanto de personas físicas como jurídicas, si bien no estamos ante una verdadera imputabilidad, sino ante una responsabilidad pecuniaria.

5.-DICTAMEN V

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

En el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), publicada a través del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que transpone las directrices de la Directiva 68/151/CEE se regula la nulidad de la sociedad en su Capítulo V. Concretamente en el art. 56.1 se establece una enumeración cerrada de las causas que permiten ejercer la acción de nulidad, entre ellas “e) Por no expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público.” Y será condición para aplicar este artículo que la sociedad esté inscrita, ello se deduce del principio del citado artículo “una vez inscrita la sociedad...”.

En siguiente precepto, art. 57 LSC, se explica que la sentencia que declare la nulidad iniciará su liquidación que se registrará por los artículos de la presente ley. Y que además, la nulidad no afectará a las obligaciones o créditos contraídos, sometiéndose al régimen de la liquidación. Ello es así porque hasta el momento de la declaración de la nulidad la sociedad, tiene plena personalidad jurídica y puede actuar con total libertad en el tráfico jurídico, por lo que en caso de declararse la nulidad éste artículo nos viene a indicar que no tiene efectos retroactivos, y que en caso de contraer obligaciones antes de la misma, la sociedad seguirá respondiendo por ellas.

A este respecto cabe recordar ciertas reglas sobre la liquidación como son que mientras la liquidación se realiza la sociedad conservará su personalidad jurídica (art. 371 LSC). Esto tiene su importancia, ya que por ejemplo durante este período no podrá alegar la no responsabilidad de la sociedad, ya que conserva su personalidad y seguirá respondiendo por sus actos a través del art. 31 bis CP. Los administradores cesarán en su cargo y deben colaborar en la liquidación (art. 374 LSC). Se nombrarán a los liquidadores que realizarán las funciones establecidas por la LSC (art. 375 LSC), y los administradores al tiempo de disolución, por regla general, se convertirán en los liquidadores (art. 376 LSC).

Pero en el momento de creación de la sociedad no estaba aún vigente esta ley, sino la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada¹⁴ que en su art. 16 establece, al igual que su sucesora, la nulidad por resultar el objeto ilícito o contrario al orden público. Y establece al igual que su sucesora los mismos efectos de la nulidad en su art. 17 que supondrá el inicio de la liquidación.

En consecuencia, se podría declarar la nulidad si el objeto es **ilícito** o contrario al **orden público**, la cuestión es que en los estatutos de la sociedad se hizo constar como objeto social “la gestión de locales de ocio” y en principio, nada impide en nuestro ordenamiento tal actividad. El problema es que en España como sabemos la prostitución no es ilegal, de hecho muchos Municipios o Ayuntamientos regulan su ejercicio

¹⁴ La Ley 2/1995 de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada ha estado vigente desde el 1 de junio de 1995 hasta el 1 de septiembre de 2010.

prohibiendo, por ejemplo, la actividad en lugares públicos. Lo que sí es ilegal, según nuestro Código Penal, es lucrarse de la prostitución de otra persona, la prostitución de menores o la prostitución forzada. Pero sabemos que la mayoría de locales de ocio que alojan a chicas que se prostituyen, se amparan en que solo le cobran el alojamiento o pensión completa, y por tanto su actividad se ciñe a la legalidad.

Cuestión diferente es que realmente se dedique a tal actividad, puesto que del relato de los hechos sabemos que su actividad es otra muy distinta, pues está incardinada en una red de trata de seres humanos cuyo fin último es la explotación sexual. Pero en el artículo mencionado no se establece la nulidad por ser el objeto social diferente de la actividad realizada sino por ser éste ilícito, condición que no cumple.

Continuando con esta argumentación reproduzco el FD 1º de la Sentencia 479/2012 de 22 de noviembre de la Audiencia Provincial de Alicante, JUR 2013\17806: “(...) ahora bien, atendiendo no al objeto social escriturado sino al objeto social efectivo y real (pues, en el caso de atender tan solo al explicitado en los estatutos, sería realmente difícil encontrar casos en que se establecieran objetos sociales ilícitos o contrarios a las buenas costumbres), y estando conformes las partes en que en el hostel explotado por la sociedad se encuentra un "club de alterne", en el que se ejerce la prostitución, y no siendo ésta una actividad ilegal o contraria al orden público (con independencia, matiza el magistrado, de la valoración ético-social que pudiera merecer), tampoco se puede hablar de un objeto ilícito (...)”.

Teniendo en cuenta todo esto, vemos que a pesar de que la sociedad posteriormente sea enjuiciada por los hechos analizados en los dictámenes anteriores y, en consecuencia, sea declarada nula como medida en virtud de la responsabilidad de las personas jurídicas del Código Penal, nada nos obliga en este momento a declarar la nulidad puesto que el objeto social es plenamente lícito.

Si bien, hay que tener presente la regla de responsabilidad de los fundadores de la sociedad por la validez de la escritura de constitución establecida en el art. 30.1, pues en virtud del mismo “Los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, los socios y los terceros de la constancia en la escritura de constitución de las menciones exigidas por la ley, de la exactitud de cuantas declaraciones hagan en aquella y de la adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución”. Y en el apartado segundo “La responsabilidad de los fundadores alcanzará a las personas por cuya cuenta hayan obrado estos”.

En principio nada nos hace dudar de que la escritura no conste con las menciones exigidas por ley pero lo que sí podemos dudar es sobre la exactitud de su objeto social, que sabemos que era otro distinto, y en virtud de ello los fundadores responderán solidariamente.

6.- DICTAMEN VI

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

La regulación sobre marcas la encontramos en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, en la llamada Ley de Marcas (en adelante LM), que ha sido objeto de un ulterior desarrollo reglamentario por el Real Decreto 687/2002, de 12 de julio.

En el ámbito comunitario tenemos la Directiva 2008/95/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, y el Reglamento de la marca comunitaria 207/2009, de 26 de febrero. La importancia de la regulación comunitaria radica en que podemos, no solo registrar una marca en España, sino registrarla a nivel comunitario e incluso internacional. Así en el ámbito internacional, la protección de la marca la otorga el Convenio de la Unión de París (protección a los países miembros del mismo) que permite el registro de la marca en un segundo Estado en la misma forma que se registró en el país de origen. A diferencia de la marca comunitaria, cuya solicitud se tramitará en la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), y quedará registrada en cada Estado miembro con una única solicitud.

En el último escalón, estaría el registro de la marca a nivel internacional que se realiza en la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que se rige por el Sistema de Madrid, establecido en virtud del Arreglo de Madrid de 1891 y el Protocolo de Madrid de 1989 que tiene hasta 95 miembros.

Respecto al procedimiento de registro de la marca funciona de la siguiente forma: primero, debemos asegurarnos de que la marca que queremos registrar no está ya registrada, para ello podemos acudir al servicio de búsqueda de la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEMP) y saber si está disponible nuestra marca para esa clase concreta. En segundo lugar, la solicitud ha de tramitarse a través del órgano competente de la Comunidad Autónoma del domicilio de interesado, ha de acompañarse de la documentación idónea, y se tendrá que pagar la tasa correspondiente, también se podrá hacer telemáticamente a través de la web de la OEMP.

Además, en el momento que pidamos el registro de una marca en España, tendremos prioridad durante 6 meses, para solicitarlo en un país de la Unión de París o viceversa; y en caso de concederse no podrá denegarse salvo por los motivos estipulados (art. 79 y ss LM). También podremos acudir a la OMPI, a su Oficina Internacional en Ginebra para registrar una marca, aunque la petición puede cursarse desde España. Y en caso de querer tramitar el registro de la marca comunitaria podemos solicitarlo ya desde España donde se remitirá la solicitud a la OAMI (art.84-86 LM).

La solicitud se publicará en el BOPI (Boletín Oficial de la Propiedad Industrial) y la concesión del registro de la marca, otorgaría a sus titulares el derecho exclusivo a usarla durante 10 años desde su solicitud, que podrán renovarse indefinidamente. Así como otorgará a su titular una serie de acciones para proteger su derecho.

La cuestión que se nos plantea es si podría la citada sociedad registrar “Pequeñas Sumisas Ardientes” como marca, es decir, como signo distintivo en el tráfico mercantil diferenciado de los servicios procedentes de otros empresarios (art. 4 LM). Respecto a la clase 43, ésta se refiere a la Clasificación de Niza, que establece 45 clases diferentes, 34 de productos y 11 de servicios, y sirve para encuadrar un producto o servicio. Esta clasificación internacional se revisa continuamente y, en la actualidad, la clase 43 se corresponde con todo lo relacionado con servicios que consisten en preparar alimentos y bebidas para el consumo, restauración, alojamiento, albergue, etc. por lo que la clase elegida no es la acertada. Esta clase sería la acertada para el restaurante Luna del Principito que también posee la sociedad Na&Ma, pero, nada tiene que ver con los servicios ofrecidos en Plenilunio, los cuales encajan en la clase 41 relativa a servicios de entretenimiento tales como discotecas o clubs.

Se trataría de una marca individual, ya que se habla de una sola empresa y respecto a su registro tiene que cumplir unas condiciones, es decir, no incurrir en las prohibiciones de registro (art. 5-10 LM) que se diferencian en prohibiciones absolutas o relativas.

Las **prohibiciones relativas**, reguladas en los arts. 6-10 LM, son aquellas situaciones en que el signo elegido guarda identidad con otra marca anterior para productos idénticos (principio de especialidad) o por razones de semejanza exista un riesgo de confusión o asociación con la marca precedente. Otro caso de prohibición relativa tiene lugar cuando la identidad o semejanza se produce con marcas notorias y renombradas registradas con anterioridad¹⁵. Mientras que las **prohibiciones absolutas**, las encontramos reguladas en once supuestos en el art. 5 LM, entre el que destacamos el 5.1.f) “los que sean contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres”.

En España hemos dejado claro que la prostitución no es una actividad prohibida o ilícita, sin embargo sí lo es que un individuo se lucre de la prostitución de otra persona. Con el registro de “Sumisas ardientes” se pretende diferenciar los servicios sexuales de la sociedad Na&Ma en el tráfico mercantil. Pero no podemos obviar que el objeto social es la gestión de locales de ocio y no la prostitución, ya que ello sería ilícito y por tanto, llegamos a la conclusión de que el registro de dicha marca sería contraria a la Ley. Además, también podríamos fundamentarnos en ser contraria al orden público o las buenas costumbres por cuanto España como Estado democrático, propugna valores como la dignidad, igualdad...etc. y esta marca podría entrar en colisión con estos valores, ya que puede suponer un atentado para la dignidad e igualdad de las mujeres e incluso se podría hablar de discriminación sexual.

Al incurrir en una de las prohibiciones absolutas se dará la nulidad absoluta mediante sentencia cuya acción para denunciarla es imprescriptible (art. 51 LM). Asimismo la declaración judicial de nulidad absoluta retrotrae sus efectos hasta el momento de la inscripción (art. 54 LM).

¹⁵ MENÉNDEZ A., ROJO A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Civitas Thomson Reuters, 10ª edición, 2012. Pág. 255.

7. DICTAMEN VII

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.

Las acciones de competencia desleal están previstas para ser ejercitadas por cualquier operador económico, en el sentido más amplio, tal y como establece el art. 3.1 de la Ley de Competencia Desleal, Ley 3/1991 de 10 de enero (en adelante LCD). Así dispone que la ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado cuando se realice un acto de competencia desleal “en el mercado” y “con fines concurrenciales” (art.2 LCD). Además, no es necesario que el sujeto pasivo sea quien sufra directa o indirectamente el perjuicio, sino que puede ser sujeto pasivo un consumidor o cualquier otro empresario que no compita con el autor.

Para saber si estamos ante un acto de competencia desleal acudiremos al Capítulo II (arts. 4-18 LCD) de la citada ley donde encontramos tipificados todos los actos. Así por una parte, tenemos una clausula general (art.4 LCD) que a grosso modo prohíbe **todo comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe**. Y por otra parte, una extensa tipificación (arts.5-18 LCD) que incluye:

-Actos de deslealtad frente a los competidores: denigración, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos e inducción a la ruptura contractual.

-Actos de deslealtad frente a los consumidores: confusión, engaño, comparación, discriminación y prácticas agresivas.

-Actos de deslealtad frente al mercado: violación de normas, explotación de la situación de dependencia económica y venta con pérdida¹⁶.

En concreto, los actos de violación de normas (art. 15 LCD) consisten en la adquisición de ventajas competitivas por parte de un empresario a través de la infracción de normas. La deslealtad aquí se origina por la ruptura del principio de igualdad en las condiciones de acceso al mercado.

Sabemos que el club Plenilunio se aprovecha de la situación de chicas que vienen de Rumanía y las obliga a trabajar en condiciones de explotación, tales como superar la jornada laboral máxima por ley¹⁷, en condiciones que afectan a su dignidad, integridad y salud (realizar servicios sin protección) y además sin regularizar su situación ni darlas de alta en la Seguridad Social. Todo ello, encaja dentro de esta prohibición impuesta en el art. 15 LCD que, además, en el apartado 3 regula “igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin

¹⁶ MENÉNDEZ A., ROJO A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Civitas Thomson Reuters, 10ª edición, 2012. Pág. 311.

¹⁷ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, art. 34.

autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería”¹⁸.

Así pues, analizando todos los datos sabemos que la actividad del club Plenilunio es la oferta de servicios sexuales, y que si un local (no es indiferente que sea competidor directo o no a efectos de aplicación de la citada ley) que tiene la misma actividad, decide emprender acciones contra el primero, está en su pleno derecho. Es decir, la ley de competencia desleal está pensada para mantener un orden concurrencial debidamente saneado, sin perjuicio de la libertad de empresa y libertad de competencia, por ello se tipifican ciertas prácticas desleales que afecten a estos principios¹⁹. La siguiente cuestión que nos encontramos es si la sociedad Na&Ma, S.L. incurre en alguna de estas prácticas prohibidas.

Vemos factible que este local emprenda la acción de competencia desleal ya que el mismo está cumpliendo con todas sus obligaciones fiscales mientras que la Sociedad Na&Ma está obteniendo unas ganancias gracias a métodos que podemos categorizar de ilegales y, que representan una clara desventaja para el resto de locales que se dediquen a la misma actividad, compitiendo así en una clara situación de desigualdad.

Las acciones (art. 32) estipuladas en la Ley se podrán ejercitar individualmente o de forma acumulada y son:

1. acción declarativa de la deslealtad del acto,
2. acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura,
3. acción de remoción de los efectos producidos por el acto de competencia desleal,
4. acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas,
5. acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el comportamiento desleal y
6. la acción de enriquecimiento injusto.

A nuestro modo de ver, se podría llevar a cabo la acción declarativa como presupuesto para el ejercicio del resto de pretensiones. La segunda acción por cuanto es fundamental para evitar el comportamiento. También la acción de remoción de efectos y finalmente la de resarcimiento, que solamente se podrá ejercitar si ha existido dolo o culpa del autor, se ha producido el daño efectivo y hay relación causal entre el acto realizado y el efecto producido.

Finalmente, procederemos a mencionar ciertas cuestiones procesales en materia de competencia desleal. En cuanto a la legitimación activa, como hemos mencionado se extiende a cualquier partícipe en el mercado cuyos intereses se vean afectados (art. 33 LSC). La legitimación pasiva se dirige contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado en su realización, pero la acción de enriquecimiento injusto solo podrá llevarse contra quien se ha beneficiado del mismo

¹⁸ Apartado tercero introducido por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

¹⁹ Cfr. Preámbulo de la citada Ley de Competencia Desleal.

(art. 34 LSC). Debe tenerse en cuenta la prescripción que es de un año desde el momento en que pudo ejercitarse la acción y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de finalización de la conducta (art.35 LSC). Y cabrá la posibilidad de realizar diligencias preliminares (art. 36 LSC), para obtener la colaboración judicial para preparar el pleito.

En cuanto al procedimiento, de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil se hará de acuerdo con el juicio ordinario (art.249.4) y serán competentes los juzgados de lo mercantil (art. 86 ter 2.a LOPJ) del establecimiento del demandado, o bien su domicilio, o bien el tribunal donde se haya producido el acto de competencia desleal, o donde se produzcan sus efectos (art. 52.12 LEC).

8. ¿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?

Responderemos a todas estas cuestiones por separado.

8.1. ¿Qué órgano jurisdiccional sería el encargado de la investigación? ¿Y del posterior proceso?

Una vez María D. acude el 13 de mayo de 2014 a las dependencias policiales y relata todo lo sucedido, la policía judicial pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos, sin perjuicio de la formalización del posterior atestado. Investigará todos los hechos presuntamente delictivos que se hayan cometido en su demarcación, para ello realizará las diligencias necesarias y recogerá las pruebas de cuya desaparición haya peligro. Y remitirá copia del atestado y posteriores ampliaciones al Ministerio Fiscal y al órgano judicial competente para la instrucción.

Dentro de las unidades policiales, hay una unidad especial dedicada al tratamiento de las víctimas de los delitos de trata de seres humanos, que tienen formación específica en la lucha y prevención contra la trata y en la identificación y asistencia a las víctimas. Así, en el momento que conozcan de una posible víctima tratarán de garantizarle todos sus derechos, como son la ausencia de personas del entorno de los presuntos tratantes, asistencia médica y social, apoyo jurídico, etc.

De los derechos garantizados a las víctimas de trata, destaca el derecho al periodo de restablecimiento y reflexión, garantizado en el art. 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, que ha sido introducido con la reforma por la Ley Orgánica 2/2009 y 10/2011. Pues bien, este derecho se otorga cuando se prevé que una víctima está en una situación irregular, definida en el art. 53.1 a) de la misma ley, y en lugar de incoarse el correspondiente expediente sancionador, o en su caso medida de expulsión, se otorgará un plazo de al menos 30 días para que la víctima decida si cooperará con las autoridades policiales en la investigación y posterior proceso penal. Una vez que finalice dicho período, se podrá conceder un plazo adicional si la víctima lo solicitase o la unidad policial así lo considerase. Asimismo, la víctima también dispone de una exención de responsabilidad por la infracción del art. 53.1 a).

La víctima también tiene el derecho de retorno voluntario a su país, se la asistirá para que pueda regresar a su país, sin perjuicio de que pueda posponerse por la investigación del delito o por el proceso penal.

El procedimiento seguirá los siguientes pasos: después de la identificación de la supuesta víctima (donde se garantizarán sus derechos), se procederá a la entrevista, establecimiento de medidas de protección y seguridad (tras evaluar los riesgos existentes) y se pondrán a su disposición recursos asistenciales.

En cuanto al órgano jurisdiccional encargado del posterior proceso, en un primer momento, el juez competente en la instrucción es el Juez de Instrucción del partido judicial donde se cometió el delito en virtud del art. 14.2 la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) y 87.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), en este caso, se trata del partido judicial de La Coruña, ya que, el club Plenilunio se encuentra en dicha ciudad.

Asimismo, a continuación, será competente para el conocimiento y fallo de la causa la Audiencia Provincial de La Coruña (art.14.4 LECrim). La competencia se explica por aparecer un delito con más de 5 años de pena, es decir, el delito de trata de seres humanos recoge en su tipo básico la pena de prisión de cinco a ocho años, salvo que sea competencia del jurado, atribuido por la ley del jurado. Si hablásemos de un delito que no supere los cinco años, la competencia para el conocimiento y fallo sería el juzgado de lo penal.

El procedimiento sería el abreviado para delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a 9 años (art. 757-794 LECrim). El Juez de Instrucción abrirá diligencias previas (art. 774 LECrim) y ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento, dando cuenta al Ministerio Fiscal de su incoación y de los hechos que la determinen (art.777 LECrim). Concluidas, ordenará la fase de preparación del Juicio Oral (fase intermedia). La fase intermedia terminará con la remisión de las actuaciones por parte del Juez de Instrucción a la Audiencia Provincial.

En cuanto a los recursos, contra las resoluciones de la Audiencia Provincial, por ser dictadas por un órgano colegiado, podrá imponerse recurso de casación ante el Tribunal Supremo (Sala 2ª del Tribunal Supremo).

8.2. ¿Cómo podría solicitarse la detención en Rumanía de Romelia?

Cuando estamos ante una investigación en la que interviene una organización criminal asentada en varios países de la Unión Europea, como es el caso, la investigación policial se puede desarrollar conjuntamente con el Estado Miembro involucrado. A este fin responde EUROJUST, que se creó para facilitar la cooperación entre estados para luchar contra las formas de delincuencia grave. La competencia de EUROJUST cubre los tipos de delincuencia para los que es competente la EUROPOL (véase terrorismo, tráfico de estupefacientes, trata de seres humanos...) ²⁰.

Así, en definitiva a través de EUROJUST se puede crear un equipo conjunto de investigación.

²⁰ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, ALICIA, *La investigación policial y sus consecuencias jurídicas*, Editorial Dykinson, 2013, página 122.

El siguiente paso sería proceder a la detención de los acusados, este paso puede llevarse a cabo a través de la euroorden u orden de detención europea. Antes de 2002, se recurría a la extradición siempre que se quisiese trasladar a España a una persona involucrada en un proceso penal, lo que suponía la intervención de las autoridades políticas. Con la aprobación por el Consejo Europeo de la Decisión Marco de junio de 2002, relativa a la Orden de Detención Europea y a los Procedimientos de Entrega, se introduce el primer instrumento jurídico en el que se aplica el principio de reconocimiento mutuo. Este instrumento jurídico se reconoce en España a través de la Ley 3/2003 que ha estado vigente hasta diciembre de 2014, fecha en la que entra en vigor la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. En dicha ley aparece regulada la orden de detención europea en el Título II, en los arts. 34-62.

8.3 ¿Podrían tomarse medidas contra la sociedad antes de dictarse sentencia?

Las medidas que se pueden tomar contra la sociedad, aparecen en el art. 33.7 CP, las cuales fueron introducidas por la LO 5/2010, como consecuencia, de su incursión de la responsabilidad de las personas jurídicas en el 31 bis CP. Estas medidas se introdujeron para asegurar, con carácter preventivo, la responsabilidad penal ya que, ahora, la persona jurídica puede ser sujeto pasivo del proceso penal.

Pues bien, este artículo establece una lista sistematizada de medidas, sin embargo, determinados tipos penales tienen asociadas unas medidas concretas. Por ejemplo, en los delitos de prostitución se prevé el cierre de locales. Y a la hora de establecerlas, tendremos que completar este artículo junto con el art. 544 quáter de la LECrim, que establece en su apartado primero “Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.” Y en su apartado segundo “La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente.”

Además tenemos que tener en cuenta el art. 66 bis, donde se exponen los requisitos para aplicarlas, que son:

1. la necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva
2. sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores
3. y el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

Con carácter general, tendrán una duración limitada, estableciéndose como límite la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para la persona física en el concreto tipo penal, aunque alguna podrá imponerse de forma indefinida como la disolución de la sociedad, por su propia naturaleza.

Así pues, queda configurado grosso modo el sistema establecido para las medidas aplicables a las personas jurídicas, pero no podemos obviar el art. 129 CP relativo a las consecuencias accesorias, que se aplicarán a los entes sin personalidad jurídica.

8.4. ¿Es posible que estén intervenidas las comunicaciones de la sociedad?

La intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas está protegida por Constitución Española. Concretamente, en el art. 18 en su apartado tercero dice que se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. Por tanto, será necesaria una resolución judicial motivada para poder restringir este derecho fundamental.

Asimismo, se establece en la LECrim, en el art. 579, que el juez podrá acordar en resolución motivada la intervención de las comunicaciones del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

La regulación de la intervención de las comunicaciones se ha completado con la doctrina del Tribunal Supremo, así en su sentencia 1377/2005, de 25 de noviembre, recoge los siguientes requisitos:

1. exclusividad jurisdiccional en la autorización de la medida y estricta sujeción de los funcionarios que la practiquen a los términos personales, temporales y fácticos de la habilitación judicial que otorga cobertura a su actuación.
2. adopción de la misma en el marco de una investigación en curso y, por ende, existencia de indicios suficientes de criminalidad.
3. respeto al principio de proporcionalidad en sentido amplio, lo que exige valorar la necesidad de la medida, así como realizar un juicio de ponderación entre la afectación que supone para el derecho fundamental implicado y la gravedad del ilícito que se trata de acreditar.
4. excepcionalidad de la misma, y, por tanto, obligatoria limitación temporal a lo estrictamente imprescindible.
5. extensión de la observación telefónica restringida a los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas.
6. expresión de las razones que la motivan en el auto habilitante y en los que eventualmente acuerden su prórroga, sin perjuicio de las legítimas remisiones a los escritos petitorios de la policía judicial.
7. control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención acordada.

Al hablar de una persona jurídica podemos plantearnos ¿en qué medida le son aplicables los derechos fundamentales? Entendemos que al tener responsabilidad penal, y ser parte del proceso penal, en consecuencia, también deben gozar de las mismas garantías y derechos que cualquier involucrado en el mismo, exceptuando aquellas que sean intrínsecas a la cualidad de persona física. Por ello tiene pleno sentido que se le puedan intervenir las comunicaciones, si bien, atendiendo a los mismos requisitos que acabamos de mencionar, como son la exigencia de intervención judicial previa y el principio de proporcionalidad.

8.5. ¿Podrían investigarse los movimientos de la cuenta gibraltareña?

En la Ley 10/2010 de Prevención del blanqueo de Capitales y de Financiación del terrorismo, se prevé la creación de ficheros donde se recogen los datos bancarios, si bien, estos ficheros se encuentran sujetos a la LO 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, ya que, los datos bancarios entran dentro del concepto de datos de carácter personal, según su art. 3. De este modo, el acceso a los mismos aunque sea por parte de la policía necesita de la oportuna autorización judicial. Por ello, por aplicación analógica del art. 18 CE y el art. 579 y ss. LECrim relativos a la intervención en las comunicaciones se necesitará de resolución judicial motivada.

Sin embargo, cuando se quiere realizar una investigación penal en la que se necesita la cooperación a nivel internacional (regulada en los arts. 276-278 LOPJ), se necesita de instrumentos jurídicos que permitan el reconocimiento mutuo de resoluciones entre Estados. Así tenemos la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y en su Título X aparece regulado el exhorto. El exhorto europeo es una resolución judicial emitida por la autoridad competente de un Estado miembro con el objeto de recabar, objetos, documentos y datos de otro estado miembro para su uso en un proceso penal (art.186 de la ley mencionada).

Sin embargo, en las investigaciones en las que se solicite la colaboración de un territorio considerado paraíso fiscal, la cuestión se complica, puesto que en éstos impera el secreto bancario y sus autoridades son reacias a intercambiar información. Por ello, a nivel internacional se está intentado firmar acuerdos para evitar la doble imposición que incluyan el intercambio de información.

Concretamente, entre Gibraltar y España no hay firmado ningún acuerdo de intercambio de información, mientras que, España sí los ha firmado con otros países. Por lo que, si un juez o fiscal español solicita información sobre una cuenta en el peñón se encontrará muchas trabas, por no decir que le será casi imposible obtenerla.

8.6. ¿Cómo se debería articular la representación en juicio de la sociedad?

Con la reforma operada por la LO 5/2010, ya comentada en anteriores dictámenes, la persona jurídica pasa a ser sujeto pasivo y, en cuanto que es responsable penalmente, tiene derecho a tutela judicial efectiva. Así pues, puede defenderse a sí misma y de forma independiente, frente a las personas físicas acusadas de cometer el delito en su provecho²¹.

Como consecuencia de esta reforma, ha sido necesario reformar también en el ámbito procesal ciertas cuestiones sobre las personas jurídicas. Así, se procedió a la reforma de la LECrim con la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

²¹ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la LO 5/2010, página 34.

En concreto, en el art. 119 LECrim se establece que la entidad deberá designar a un representante, abogado y procurador, y en defecto de designación de estos dos últimos se designarán de oficio.

Y el art. 786 bis dispone que, cuando la persona jurídica sea acusada, podrá estar representada por una persona que especialmente designe, y que será la que, en su caso, podrá declarar en nombre de la persona jurídica o guardar silencio, también tendrá derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra en el acto del juicio. Esta persona que la representada no podrá tener la condición de testigo y, además, si no comparece en juicio se continuará la vista que se llevará a cabo con la presencia de su abogado y procurador.

Asimismo, en la Ley de Sociedades de Capital se regula la representación de la sociedad en los art. 233 a 235, en virtud de los cuales se atribuye la representación en juicio a los administradores de la sociedad en la forma determinada por los estatutos, y según lo determinado en los citados artículos. Si tenemos en cuenta que esta ley tiene vigencia desde el 1 de enero de 2010 suponemos que esta previsión ha sido redactada conforme a la anterior regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, en la que respondían los administradores de la sociedad por las acciones penales cometidas por ésta y como mucho, se establecía la responsabilidad solidaria frente al administrador,

I. RESUMEN EJECUTIVO

1. En el primer dictamen encontramos a Romelia, Tatiana, Pietro, Zulaika, Alberto y Santiago responsables del delito de trata de seres humanos en relación a las mujeres de nacionalidad rumana encontradas en el club Plenilunio. Sin embargo, respecto a María D., que es quien denuncia los hechos, serán culpables únicamente de un delito de determinación coactiva a la prostitución, puesto que, en el momento de su llegada a España (marzo de 2010) el delito de trata no se encontraba tipificado. Asimismo, en relación con el fin posterior a la trata de seres humanos, encontramos a Romelia, Tatiana, Zulaika, Pietro, Alberto y Santiago culpables del delito de determinación coactiva a la prostitución, incluida la determinación a la prostitución de menores de edad. Respecto al cautiverio en que se encontraban las mujeres en dicho club, son culpables del delito de detención ilegal Tatiana, Pietro, Zulaika, Alberto y Santiago. Además, encontramos culpables a Tatiana, Alberto y Santiago de un delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo. Y finalmente, al delito de trata y determinación a la prostitución le serán aplicables la agravante de pertenencia a una organización delictiva, junto con la agravante, en la trata, por víctima menor de edad. Por último, hay que tener en cuenta que habrá tantos delitos como víctimas en relación con la trata de blancas, determinación a la prostitución y detención ilegal.

2. En el segundo dictamen, encontramos a Pietro y Tatiana responsables del delito de posesión y tráfico de sustancias ilícitas en relación con la ketamina encontrada. Sin embargo, el Popper no es una sustancia cuya tenencia esté penalizada bajo este tipo, es decir, no es una sustancia de las catalogadas en los convenios internacionales como drogas, por lo que se aplicará el delito de suministro de sustancias nocivas para la salud.

3. En el tercer dictamen, declaramos como responsables a Tatiana, Xavier, Alberto y Santiago de un delito de blanqueo de capitales. Además, también le imputamos a Alberto y Santiago un delito fiscal, por no haber declarado correctamente los ingresos a efectos del Impuesto de Sociedades. Sin embargo, habrá que tener en cuenta que al ejercicio de 2009 le será de aplicación la redacción dada al artículo relativo al delito fiscal en el momento de los hechos. Y, también, que uno de los ejercicios, concretamente el ejercicio de 2013, no llega al mínimo requerido por el ilícito por lo que tendría solo responsabilidades tributarias. Por último, es preciso mencionar que el delito fiscal prescribe a los 5 años, por tanto, incluso sería posible que no incurriesen en ningún tipo de responsabilidad por el ejercicio de 2009, si bien habrá que investigar si en su momento se interpuso la correspondiente querrela, ya que ello interrumpe el plazo de prescripción.

4. En el cuarto dictamen, encontramos a la sociedad Na&Ma responsable del delito de trata de seres humanos, prostitución, blanqueo de capitales y defraudación fiscal. Sin embargo, hay que destacar que la responsabilidad de las personas jurídicas se ha introducido en 2010 por lo que al delito fiscal realizado en 2009 no le podemos atribuir la responsabilidad penal de la sociedad, sino

que en virtud de la legislación anterior, responderán los administradores, y la sociedad solo responderá de forma subsidiaria del pago de la multa correspondiente. La responsabilidad de la sociedad conllevará al pago de multas junto con otro tipo de medidas como la disolución de la persona jurídica, clausura de locales, suspensión de actividad, etc.

5. En el quinto dictamen relativo a la nulidad de la sociedad, encontramos que la sociedad no debe ser declarada nula, puesto que, el único argumento posible sería que no se declarase el objeto social en los estatutos o ser éste nulo, sin embargo la gestión de locales de ocio no es una actividad ilícita en España. Ello, sin perjuicio de que se puedan tomar acciones legales por las actividades desarrolladas en los locales propiedad de la sociedad, pues la realización de tales actividades no afecta al objeto social.
6. En el sexto dictamen relacionado con el registro de la marca “sumisas ardientes” para la clase 43, en primer lugar, es necesario mencionar que la clase 43 no es la acertada para esta marca, puesto que se refiere principalmente a actividades de restauración, por lo tanto la clase correcta sería la 41 relativa a locales de ocio. Y en segundo lugar, el término que se quiere registrar entra dentro de una de las prohibiciones absolutas referida a las marcas que sean contrarias a la Ley, orden público o buenas costumbres.
7. En el séptimo dictamen respecto a que un local competidor dedicado a similar género de comercio emprenda acciones de competencia desleal, creemos que está en pleno derecho para ejercerlas, ya que el mismo está cumpliendo con todas sus obligaciones legales, mientras que la sociedad no lo hace, así pues, incurre en un acto de violación de normas, por lo tanto, está obteniendo unas ganancias gracias a métodos ilegales.
8. En la octava cuestión, la investigación se llevará a cabo por el Juez de instrucción de A Coruña, y será competente para el conocimiento y fallo de la causa la Audiencia Provincial de A Coruña. En cuanto a la detención de Romelia se realizará a través de una orden de detención europea. En relación a la sociedad se podrán tomar todas las medidas cautelares necesarias, así como intervenir las comunicaciones. Los movimientos de la cuenta gibraltareña podrán ser investigados, sin embargo al tratarse de un paraíso fiscal, la práctica será casi imposible. Y finalmente, la sociedad debe designar abogado y procurador para articular su defensa en juicio, y si no lo hace se le asignará uno de oficio.

II. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

El presente trabajo me ha permitido observar la problemática surgida en relación a la gran reforma operada por la LO 5/2010.

En primer lugar, respecto al delito de la trata de seres humanos, puesto que ha sido necesario esperar hasta el año 2010 para tener el ilícito fiscalizado, lo que es sorprendente por cuanto, es una conducta que no es novedosa, sino que, es calificada por muchos autores como la esclavitud del siglo XXI, y además ya era objeto de persecución por parte de convenios internacionales en los que España era parte. Además, el hecho de esta tipificación tardía ha ocasionado que sujetos pasivos de este delito no hayan sido tratados conforme a lo que son, víctimas de la trata de personas, sino que, simplemente se les reconocía en el caso de la explotación sexual como víctimas de determinación a la prostitución. Si comparamos esto con la situación actual, donde se han establecido protocolos marco dentro de los cuerpos de seguridad, para atender correctamente a las víctimas, donde además, se intenta dar una salida a su situación ofreciéndole ayudas como el periodo de reflexión o la posibilidad de una estancia regularizada en España, etc., vemos como la situación se había vuelto enormemente injusta.

Además, el análisis de conducta posterior a la trata de seres humanos, es decir, la posterior explotación sexual, deja ver la complejidad del problema de la prostitución en España, que se encuentra en una posición contradictoria. Por una parte, se pueden llegar a imponer sanciones administrativas por el ejercicio de la misma en vías públicas, pero por otra parte, se permite ejercerla en clubs donde la mayoría de las veces las condiciones entran incluso dentro de la explotación. Es decir, vemos como la injerencia de ciertos prejuicios sociales ha permitido que los órganos administrativos la regulen, sin embargo, lo más importante, que es asegurar el ejercicio en condiciones dignas se le ha querido olvidar al legislador. Por ello, a veces los tribunales han tenido que realizar un gran esfuerzo jurídico para intentar que la situación de las personas que se prostituyen no quede del todo desamparada.

En segundo lugar, la reforma introdujo la responsabilidad de las personas jurídicas en el proceso penal. Si bien, hasta el momento se aplicaba el principio *societas delinquere non potest*, la responsabilidad no se obviaba, sino que, se acudía a las personas físicas como administradores de hecho o de derecho que actuasen en nombre de la sociedad, y como mucho la sociedad respondía solidariamente del pago de multa que se impusiese a éste en virtud del art. 31.2 CP. Ahora la situación es diferente, por cuanto se establecen medidas concretas en los distintos tipos penales donde pueda ser importante la actuación de la persona jurídica, además de las medidas recogidas en el art. 33.7 CP que suponen un *numerus clausus*. Así se abandona la excesiva responsabilidad del administrador que además de responder por los actos en nombre propio (en su condición de administrador), también respondía penalmente por los hechos cometidos por la sociedad.

También, he podido ver que en ocasiones el legislador, quizás atendiendo a convenciones sociales del bien jurídico lesionado, intenta regular materias en las que

por garantizar la máxima protección a la víctima peca de crear tipos demasiado complejos o donde se castiga prácticamente cualquier conducta lo que produce un solapamiento de delitos que hace difícil decidir qué tipo de concurso aplicar. Tal es el caso de la trata donde se castiga prácticamente cualquier conducta (incluso los actos de conspiración y proposición, aunque en el presente trabajo no aparecen en atención al relato de los hechos). O el caso de los delitos contra el Erario Público, donde el blanqueo de capitales y el delito fiscal son objeto de debate doctrinal en relación a considerar cuál de ellos es el precedente. Ya que por un lado, el blanqueo se refiere a bienes provenientes de una actividad delictiva y este límite ha tenido que matizarse jurisprudencialmente para no castigar doblemente la misma conducta, o los bienes obtenidos de un delito.

Para finalizar, pude ver la necesidad de realizar un enorme esfuerzo cuando entramos a hablar de organizaciones y grupos criminales, para poder evitar que salgan beneficiadas por la comisión de actividades delictivas. Todo ello por cuanto, muchas veces se esconden detrás de sociedades que no dejan ver su ilicitud, o porque recurren a mecanismos que hacen difícil su investigación como en este trabajo concreto, cuando hablamos de la posesión de activos en paraísos fiscales. Y la cuestión se complica más cuando hablamos de organizaciones internacionales, las cuales se dotan de un mayor entramado que hace necesaria la cooperación de diferentes Estados para poder aplicar la justicia proporcionalmente y no dejar a nadie impune.

III. BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO CORDERO ISIDORO, “El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, Nº 13-01, Año 2011, páginas 1-46.
- CANTERO BERLANGA MANUEL DAMIÁN, *Resolución de supuestos prácticos de derecho penal: adaptados a la Ley Orgánica 5-2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal: especial referencia al supuesto práctico de la oposición de acceso a la Escaja Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía, categoría de Inspector*, Editorial Tecnos, 2ª edición, 2014.
- GIMENO JUBERO MIGUEL ÁNGEL, *Derecho Penal Económico*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.
- GARCÍA VÁZQUEZ SONIA, FERNÁNDEZ OLALLA PATRICIA, *La trata de seres humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- GRANADOS PERÉZ CARLOS, *La criminalidad organizada aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.
- LÓPEZ CERVILLA JOSÉ MARÍA, “Tráfico Ilícito de Personas. La Reforma del artículo 318 bis del Código Penal”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Nº 1977, Año 2004, páginas 3859-3892.
- MENÉNDEZ AURELIO, ROJO ÁNGEL, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Civitas Thomson Reuters, 10ª edición, 2012.
- MORILLO MÉNDEZ ANTONIO, *Infracciones, Sanciones Tributarias y Delitos contra la Hacienda Pública*, Editorial CISS, 1ª Edición, 2000.
- RODRÍGUEZ NÚÑEZ ALICIA, *La investigación policial y sus consecuencias jurídicas*, Editorial Dykinson 1ª edición, 2013.
- ROMÁN PUERTA LUIS, *Fenómenos delictivos complejos*, Consejo General del Poder Judicial, 2000.
- SERRANO-PIEDECASAS JOSE RAMON, DEMETRIO CRESPO EDUARDO (directores), *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial*, Colex, Madrid, 2010.
- SILVA SÁNCHEZ JESÚS-MARÍA, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Editorial Atelier, 2005.
- SILVINA BACIGALUPO MIGUEL BAJO, *Derecho Penal Económico*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001.
- TERRADILLOS BASOCO JUAN MARÍA, ACALE SÁNCHEZ MARÍA (coordinadores), *Nuevas tendencias en derecho penal económico. Seminario internacional de derecho penal (Jerez 24, 25 y 26 de septiembre de 2007)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1ª edición, 2008.
- VILLACAMPA ESTIARTE CAROLINA (coordinadora), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2012.

- ZUGALDÍA ESPINAR JOSÉ MIGUEL, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS ELENA B., *Derecho penal: parte especial: un estudio a través del sistema de casos resueltos I. Delitos contra las persona*, Editorial Tirant Lo Blanch, 3ª edición, 2011.

Otras fuentes de información:

- <https://www.europol.europa.eu/>
- <http://www.eurojust.europa.eu/Pages/home.aspx>
- <http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/ProtocoloMarco/DOC/protocoloTrata.pdf>
- <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/AcuerdosII/Paginas/acuerdosii.aspx>
- <http://www.oepm.es/es/index.html>