



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Trabajo de Fin de Grado

Curso 2014/2015

**“Tráfico de drogas, trata de
blancas y delito societario”**

Autora: Paula Lema Alvarellos

Tutora: Carmen Garcimartín Montero

Grado en Derecho

Índice

1. Acerca de las posibles responsabilidades penales en 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	Pág. 2
a. Consideración de la normativa aplicable a los hechos relativos a María D.	Pág. 2
b. Delitos relativos a la pertenencia a organización criminal	Pág. 4
c. Delitos relativos a la trata de seres humanos del artículo 177 bis	Pág. 6
d. Los hechos delictivos relativos a María: aplicación del art. 318 bis CP	Pág. 9
e. Delito relativo a la prostitución coactiva del 188 CP	Pág. 11
f. Situaciones concursales: el apartado 9 del artículo 177 bis CP	Pág. 14
g. Delito de detención ilegal del artículo 163 CP	Pág. 15
2. Acerca de las responsabilidades penales en las que habrían incurrido Tatiana, Pietro y Zulaika en relación con las sustancias halladas en Plenilunio	Pág. 17
a. Responsabilidades relacionadas con el <i>Popper</i>	Pág. 17
b. Responsabilidades relacionadas con el <i>hidrocloruro de ketamina</i>	Pág. 18
3. Acerca de las responsabilidades penales en las que puedan incurrir Tatiana, Alberto, Santiago y Xaime por la gestión de las ganancias provenientes de Plenilunio.	Pág. 24
a. Responsabilidades derivadas de la defraudación tributaria	Pág. 24
b. Responsabilidades derivadas de la conducta de blanqueo	Pág. 27
c. Responsabilidades derivadas del delito de receptación	Pág. 31
4. Acerca de las responsabilidades tributarios y/o penales en las que hubiere incurrido la sociedad Na&Ma, S.L	Pág. 33
5. Acerca de la posibilidad de que la sociedad Na&Ma, S.L. sea considerada nula en base a la legislación societaria	Pág. 36

6. Acerca de si la sociedad Na&Ma, S.L. pueda registrar “Pequeñas Sumisas Ardientes” como marca para la clase 43 **Pág. 37**
7. Acerca de 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. **Pág. 40**
- 8.1 Acerca de los órganos jurisdiccionales encargados de la investigación y del posterior proceso **Pág. 42**
- 8.2 Acerca de cómo podría solicitarse la detención de Romelia en Rumanía **Pág. 42**
- 8.3 ¿Es posible que estén intervenidas las comunicaciones de la sociedad? **Pág. 44**
- 8.4 La posibilidad de tomar medidas contra la sociedad antes de que recaiga sentencia **Pág. 46**
- 8.5 Aspectos relativos a la posible intervención de la cuenta gibraltareña **Pág. 47**
- 8.6 Acerca de cómo deba articularse la representación en juicio de la sociedad **Pág. 48**
- Anexo.** Breve referencia a las modificaciones operadas en el artículo 318 bis CP. **Pág. 51**

Abreviaturas

<i>CE</i>	Constitución Española
<i>CP</i>	Código Penal
<i>DM</i>	Decisión Marco
<i>Directrices OAMI</i>	Directrices de la Oficina de Armonización del Mercado Interior
<i>LeCrim</i>	Ley de Enjuiciamiento Criminal
<i>LCD</i>	Ley de Competencia Desleal
<i>LGP</i>	Ley General de Publicidad
<i>LGT</i>	Ley General Tributaria
<i>LM</i>	Ley de Marcas
<i>LO</i>	Ley Orgánica
<i>LOPJ</i>	Ley Orgánica del Poder Judicial
<i>LSC</i>	Ley de Sociedades de Capital
<i>LSRL</i>	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
<i>TRLIS</i>	Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades
<i>TS</i>	Tribunal Supremo
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo

Dedicaremos las primeras líneas de nuestro trabajo, para abordarlo de un modo más claro y comprensible, a elaborar un sucinto relato de los hechos que se nos exponen y que motivarán nuestros posteriores dictámenes.

Así, María D. es una ciudadana rumana a quien, en el año 2010, una amiga llamada Romelia le ofrece trabajar en España como limpiadora en un restaurante propiedad de una tía de la misma, llamada Tatiana. Facilitándole la primera el billete de autobús, María llega a la ciudad de A Coruña en marzo de este mismo año, siendo recogida por la mencionada Tatiana y trasladada a un local llamado *Plenilunio*; lugar éste en que se le informa de que el motivo real de su traslado es el ejercicio de la prostitución para saldar la deuda contraída por el billete de autobús, junto con otras siete mujeres de la misma nacionalidad, una de las cuales todavía no había alcanzado la mayoría de edad legal.

María ejerce la prostitución en este local durante cuatro años, con un reparto de las ganancias claramente abusivo y sometida a situaciones de evidente riesgo (*v.gr.* el mandato de no utilizar preservativo a petición de los clientes). Así mismo, se le impone un horario muy extenso, prohibiéndosele durante esta franja temporal abandonar la sala del local, así como, en general, salir al exterior sin la compañía de Pietro, quien ejercía allí las funciones de camarero. Había, además, rejas colocadas en las ventanas de las habitaciones que ocupaban estas mujeres.

En una de estas salidas acompañada de Pietro, María aprovecha que éste se ausenta brevemente para contarles a unas dependientas su situación, avisando éstas a la policía.

Durante la investigación policial, se descubren en el local diferentes cantidades de dos sustancias. La primera, constituida por diecisiete frascos de *Popper*, era adquirida por Pietro y vendida luego en el propio local a los clientes que lo solicitaren. La segunda cantidad, siete gramos de *ketamina*, fueron entregados como pago por un cliente y consumidos por el mismo Pietro y algunas prostitutas, produciéndose además una venta por parte de este mismo sujeto.

Este local *Plenilunio*, junto con un restaurante llamado *Luna del Principito*, eran propiedad de la sociedad Na&Ma S. L, constituida en febrero del año 2010 y cuyos únicos socios eran Alberto y Santiago.

La mayor parte de las ganancias que procedían de *Plenilunio* no eran declaradas a la Hacienda Pública, sino facturadas falsamente en concepto de comidas en el mencionado restaurante *Luna del Principito*. Otra gran parte de las mismas eran depositadas en una cuenta abierta en Gibraltar; idea que fue sugerida a Alberto y a Santiago por Xaime P., el abogado de la sociedad.

Procedamos, pues, una vez relatados los hechos, a analizar las diversas cuestiones que se nos plantean.

1. Acerca de las posibles responsabilidades penales en 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

Comenzaremos nuestra labor, para abordarla con una mayor claridad, exponiendo los preceptos de *Ley Orgánica 10/1995*, de 23 de noviembre, *del Código Penal*¹ (en adelante, *CP*)² susceptibles de verse afectados por los hechos que se nos relatan. Así:

- i) El artículo 318 *bis* CP, del Título XV *bis*, sobre "*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*"
- ii) El artículo 570 *bis* CP, que integra el Capítulo VI, "*De las organizaciones y grupos criminales*", dentro del Título XXII, relativo a "*Delitos contra el orden público*"
- iii) El artículo 177 *bis* CP, Título VII *bis*, "*De la trata de seres humanos*"
- iv) El artículo 188 CP, contenido en el Capítulo V, "*De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores*" del Título VIII, referido a "*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*"
- v) El artículo 163 CP, sito en el Capítulo Primero, "*De las detenciones ilegales y secuestros*", del Título VI, sobre "*Delitos contra la libertad*"

a. Consideración de la normativa aplicable a los hechos relativos a María D.

La regulación que nuestra legislación penal establecía sobre la trata de seres humanos hasta la entrada en vigor de la *Ley Orgánica 05/2010*, de 22 de junio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995*, de 23 de noviembre, *del Código Penal* (en adelante, *LO 5/2010*) no resultaba acorde con los compromisos derivados del Derecho Internacional vinculante para

¹ Las referencias legales contempladas en el presente trabajo han sido extraídas del sitio en Internet del Boletín Oficial del Estado: www.boe.es.

² Al hablar de Código Penal nos referiremos, en lo que sigue, a la última modificación operada en éste por la *Ley Orgánica 5/2010*. Debemos apuntar, en este sentido, que hay una nueva revisión operada por la *Ley Orgánica 1/2015*, de 30 de marzo, y que entrará en vigor el próximo 1 de julio.

España, ya que no establecía diferencias entre la trata de seres humanos y la inmigración clandestina, algo que ya venía haciendo la normativa internacional.³

Siguiendo esta línea, y de conformidad con el mandato contenido en el artículo 2.1 CP, que establece que “*no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración (...)*”, debemos detenernos a considerar cuál sea la legislación aplicable a este supuesto. Y es que, si bien los hechos delictivos relacionados con la gran mayoría de las mujeres rumanas se desencadenan entre los años 2012 y 2014, los referidos a María comienzan a desarrollarse en 2010.

Debemos recordar, en este punto, que la entrada en vigor de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se produce el 23 de diciembre del mismo año, en virtud de lo establecido por su Disposición final séptima.⁴

En virtud de esto, se verá afectada la aplicación al caso de los siguientes preceptos:

- i) Artículo 318 bis CP. Desde que fue incluido por la Disposición Final segunda de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, ha sido modificado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integridad social de los extranjeros*⁵, así como por la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, *para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas*. La última modificación⁶ del es operada por la LO 5/2010. Datando los hechos de marzo de 2010, no le será aplicable entonces esta última reforma.
- ii) Así mismo, estas fechas determinan que tampoco sea de aplicación a este caso concreto el artículo 177 bis CP, por haber sido introducido en esta reforma de 2010.⁷

³ Fundamentalmente, *el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños* que contempla la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional del año 2000; la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002, *relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*; y el Convenio del Consejo de Europa *sobre la lucha contra la trata de seres humanos* hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

⁴ Esta disposición, rotulada “*Entrada en vigor*”, establece que “*La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los seis meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado*”.

⁵ GARCÍA SÁNCHEZ, B. “*La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal*.” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. LVIII, 2005. Págs. 881 y siguientes.

⁶ Esta reforma fue necesaria sobre la base de los compromisos adoptados por España en el ámbito internacional, fundamentalmente el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños* de 2000, que complementa la *Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional*; la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002, *relativa a la lucha contra la trata de seres humanos* (2002/629/JAI); y el *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

⁷ Artículo introducido por los apartados trigésimo noveno y cuarenta y dos del artículo único de la LO 5/2010.

- iii) Tampoco será de aplicación el artículo 570 bis CP, por el mismo motivo.

b. Delitos relativos a la pertenencia a organización criminal⁸

El artículo 570 bis CP consagra en su apartado 1, que *“quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquélla tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.”*

El motivo de haber escogido este precepto y no el análogo referido a grupo criminal lo encontramos en la propia definición que de *organización criminal* nos ofrece este precepto, al disponer que *“a los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.”*

Pues bien, podemos afirmar que en nuestro caso se trata de una organización criminal por lo siguiente:

- i) Está formada por más de dos personas
- ii) Tiene *carácter estable o por tiempo indefinido*, en el sentido de que lleva operando desde, al menos, 2010⁹
- iii) Hay un reparto de tareas: por ejemplo, Zulaika desarrolla las funciones de recepcionista y Pietro, las de camarero
- iv) No cabe duda de que el fin a que dicho grupo de personas se orientaba era la comisión de delitos. En este sentido, además, podemos indicar que se trata de

⁸ Hemos optado en este punto por la aplicación de estos delitos de pertenencia en relación concursal con los tipos básicos de los delitos cometidos en su seno, en lugar de aplicar específicamente las agravaciones referidas a grupos u organizaciones criminales que contemplan algunos delitos de la parte especial del Código Penal. Y las razones que explican esto estriban en que, a nuestro entender, ésta es la solución más acorde a la voluntad del legislador en la reforma operada por la LO 5/2010 en orden a un control más efectivo de un fenómeno tan perjudicial como lo es la delincuencia organizada. Nos amparamos, además, en el tenor literal del artículo 570 quáter, que establece que *“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. 8ª”*; regla ésta que establece que *“el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.”*

⁹ Recuérdese, año en que María llegó a Plenilunio.

delitos graves, puesto que el artículo 13.1 CP nos indica que “*son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave*”, estando éstas recogidas en el artículo 33.2 CP.¹⁰

El apartado 3 de este artículo 570 bis CP prevé una agravación de la pena en función del bien jurídico a que afecten los hechos delictivos. Así, “*se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.*” En virtud de los bienes tutelados por los artículos ya expuestos, aplicables al caso, no cabe duda de que se debe apreciar la concurrencia de esta circunstancia.

Pues bien, en base a lo recién expuesto, consideramos:

- Que Romelia es autora de un delito del 570 bis CP por participación activa en la organización criminal, con la circunstancia agravante prevista en el apartado 3
- Que Tatiana es autora de un delito del 570 bis CP por participación activa en la organización criminal, con la circunstancia agravante prevista en el apartado 3
- Que Pietro es autor de un delito del 570 bis CP por participación activa en la organización criminal, con la circunstancia agravante del apartado 3
- Que Zulaika es autora de un delito del 570 bis CP por participación activa en la organización criminal, con la circunstancia agravante del apartado 3
- Que Alberto es autor de un delito del 570 bis CP por dirección de organización criminal, con la circunstancia agravante contenida en el apartado 3
- Que Santiago es autor de un delito del 570 bis CP por dirección de organización criminal, con la circunstancia agravante contenida en el apartado 3

Antes comenzar con el análisis de las responsabilidades que procedan por los delitos cometidos en el seno de esta organización, se hace necesaria en este punto una sucinta aclaración. En este sentido, al haberse aplicado este delito de pertenencia, se excluye la aplicación de los subtipos agravados en relación con organizaciones o grupos criminales que prevén la gran parte de los delitos que analizaremos en lo que sigue. Y esto para evitar caer en un *bis in idem*, pues, como indica la *Circular 2/2011* de la Fiscalía General del Estado *sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales*, “*precisamente la agravación de la pena en el delito específico correspondiente obedece al aumento del injusto que supone la*

¹⁰ Así, la pena de prisión de más de cinco años, la inhabilitación absoluta o “*la suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años*”, entre otras.

pertenencia a organización”; desvalor que ya ha sido castigado previamente en el delito autónomo de pertenencia.

La pertenencia a una organización criminal se erige, en este sentido, como un instrumento para la comisión de los hechos delictivos. Es por ello que, a nuestro juicio, cabe apreciar aquí un concurso medial del artículo 77.1 CP entre este delito y los que efectivamente se cometan en su seno.

c. Delitos relativos a la trata de seres humanos del artículo 177 bis

El artículo 177 bis establece que *"será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:*

- a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.*
- b) La explotación sexual, incluida la pornografía.*
- c) La extracción de sus órganos corporales."*

La simple lectura de este precepto pone de manifiesto la concepción del fenómeno de la trata como todo un proceso¹¹ que va desde la captación de la víctima hasta su alojamiento en el lugar de explotación; proceso en el cual se integran la cadena de la trata, los diversos roles implicados y los actos inherentes a la misma.¹²

Analizaremos¹³ en lo que sigue, tomando como base los criterios establecidos por la *Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, los elementos típicos de este injusto y su constatación en el caso que nos ocupa.¹⁴

¹¹ SANCHA SERRANO, E. *"Aproximación a la trata de personas"*, en *"Nuevos Retos en la Lucha contra la Trata de Personas con Fines de Explotación Sexual"*, vva. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2012.

¹² GARAIZÁBAL ELIZALDE, C. *"La trata de seres humanos"*. En *"Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas"*. IGLESIAS SKULJ, A. y PUENTE ABA, L. (Coords.) Ed. Comares. Granada, 2012. Págs. 81-90.

¹³ Ante la falta de datos acerca de cómo se hayan llevado a cabo estos hechos delictivos con respecto al resto de mujeres rumanas, supondremos que éstos han transcurrido de un modo análogo a lo acontecido con María D.

¹⁴ Debemos recordar, en este punto, que los hechos relativos a María D. no pueden ser sancionados en sede del artículo 177 bis CP, por lo que no será esta concreta conducta sino las otras, referidas al resto de las mujeres, las que tendremos en consideración a efectos de nuestro análisis. Sin embargo, sí utilizaremos los datos relativos a los ilícitos cometidos sobre María a título orientativo, presumiendo que los hechos sobre las otras siete mujeres

Así, la *captación* debe orientarse a la sustracción de la víctima de su entorno habitual para ser desplazada o movilizada. En nuestro caso, las mujeres han sido captadas desde Rumanía, para ser desplazadas a la ciudad de A Coruña.

El *transporte* se erige como acción por la que se desplaza de un lugar a otro a la persona tratada, por sí o por otras personas, y con independencia del medio que se utilice para este fin. María D. realizó este viaje por ella misma, en autobús; podemos suponer que en el caso del resto de las mujeres el desplazamiento se ha efectuado del mismo modo.

Con respecto a las conductas de *acoger, recibir y alojar*, éstas vienen referidas a las acciones de quienes proporcionan a las víctimas de la trata aposento en el lugar donde tiene previsto realizarse la explotación. En el caso que nos ocupa, parece que dicha conducta fue realizada por Tatiana, que recibe a María en la estación de autobús y la conduce al local donde se alojará; y por Alberto y Santiago, pues proporcionan materialmente el local, que está a nombre de la sociedad que ambos integran.

El tenor de este precepto relata una serie de medios comisivos alternativos, concretados en el uso de “*violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.*”

Como se desprende del caso, María D. fue captada mediante engaño, entendido como cualquier estrategia que sea suficiente para determinar la voluntad viciada del sujeto pasivo; en este caso, Romelia utilizó la oferta de un contrato de trabajo consistente en la realización de tareas de limpieza en un restaurante, cuando en realidad lo que se pretendía con el desplazamiento era determinarla en una situación explotación sexual.

No obstante, pudiera también pensarse, en este sentido, que la captación se efectuó abusando de una *situación de necesidad* de María D., en el sentido de que sus circunstancias socioeconómicas o familiares fuesen precarias y necesitara de modo urgente este trabajo; extremo éste que podemos suponer pero no afirmar ante la falta de datos. Sea como fuere, lo importante es que el medio comisivo -sea éste o el engaño- encaja en el tipo que describe el artículo 177 bis.

Por lo que respecta al lugar de destino, el propio precepto establece que la trata puede cometerse tanto en territorio español como “*desde España, en tránsito o con destino a ella*”. En nuestro caso, la trata se ha efectuado con destino a España, por lo que podemos definir esta concreta conducta como *trata transnacional*.¹⁵

Por lo que respecta al tipo subjetivo, debemos considerar dos cuestiones:

i) En primer lugar, para que la conducta sea típica se exige un elemento subjetivo

se produjeron de forma análoga o muy similar.

¹⁵ En contraposición a la *trata doméstica*. Denominación empleada por la citada Circular 5/2011.

*tendencial*¹⁶, en el sentido de que las conductas previstas en el artículo 177 bis han de realizarse con alguna de las finalidades establecidas en el mismo; es decir, que dichas conductas deben estar encaminadas a:

- i) la imposición de trabajos o de servicios forzados, de esclavitud o de prácticas similares a las mismas, a la servidumbre o a la mendicidad
- ii) la explotación sexual, incluyendo la pornografía
- iii) la extracción de órganos corporales

La mención del artículo a *cualquiera de las finalidades siguientes* nos indica que cualquiera de ellas es apta para realizar el delito de trata de seres humanos, no siendo necesario que se materialice la finalidad en la efectiva explotación, por cuanto se trata de un delito de consumación anticipada.¹⁷

En el caso que nos ocupa, el fin a que está encaminado la trata es el previsto en la letra b) del apartado 1 del artículo 177 bis, es decir, la explotación sexual, por cuanto las mujeres eran trasladadas con el objetivo subyacente de ejercer la prostitución.

Si bien no hay duda de que ésta es la finalidad principal a la cual se orientaba la trata en este caso, a nuestro parecer podríamos también considerar como finalidad vinculada a ésta la que establece dicho precepto en su apartado a), referido a la explotación laboral. Y esto en el sentido de que a María D. (y parece lógico suponer que también al resto de las mujeres) le eran impuestas unas condiciones abusivas de trabajo, como un horario que se extendía durante más de diez horas; o la repercusión en beneficio del local de la totalidad de la ganancia obtenida en el primer servicio sexual que María realizaba cada noche, no habiéndole sido entregada, en contra de lo que se le había dicho, la mitad de la ganancia derivada del único segundo servicio que realizó durante su estancia.

En fin, aunque dicho *fin complementario* de explotación laboral quedase constatado, hemos de apuntar que esta circunstancia no daría lugar a la existencia de una pluralidad de delitos de trata, uno por cada una de las finalidades perseguidas.¹⁸

ii) En segundo lugar, es necesario un elemento subjetivo referido al dolo, puesto que es necesaria la intención dolosa del sujeto en orden a realizar la conducta.¹⁹ Parece claro en este punto que los responsables conocían y querían los hechos que constituían el ilícito.

¹⁶ MAYORDOMO RODRIGO, V. "Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas". Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI. 2011. Págs. 325-390.

¹⁷ MARTOS NÚÑEZ, J.A. "El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal". Revista Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXII (2012), Págs. 97-130.

¹⁸ Vid. la ya citada Circular 5/2011. Págs. 1565-1566.

¹⁹ Al respecto, vid. artículo 18 del *Convenio del Consejo de Europa de 2005 sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, cuando dispone que "las Partes adoptarán las medidas (...) necesarias para conferir el carácter de infracción penal a las acciones contempladas en el (...) presente Convenio cuando hayan sido cometidos intencionadamente."

Refiriéndonos ya a las posibles agravaciones que puedan ser de aplicación, establece el apartado cuarto de este precepto que "*se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:*

a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;

b) la víctima sea menor de edad;

c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación."

Pues bien, resulta que una de las mujeres rumanas, Nicoara, tiene 17 años.²⁰ Acerca del hecho de si los responsables conocían o no dicha circunstancia, consideramos que, en todo caso, puede apreciarse dolo eventual, en el sentido de que debería haberse puesto la diligencia suficiente para conocer este extremo; aceptando, de otro modo, la eventual realización de los hechos delictivos sobre persona menor de edad.

En base a lo expuesto, consideramos responsables:

i) A Romelia, en calidad de coautora de ilícito del artículo 177 bis -tantos como mujeres han sido tratadas-, con la aplicación de la agravante contenida en el apartado 4.b) para el caso de Nicoara.

ii) A Tatiana, en calidad de coautora de delito del artículo 177 bis, tantos como mujeres han sido tratadas, con la aplicación de la agravante contenida en el apartado 4.b) para el caso de Nicoara.

iii) A Alberto, en calidad de coautor de delito del artículo 177 bis, tantos como mujeres han sido tratadas, con la aplicación de la agravante contenida en el apartado 4.b) para el caso de Nicoara.

iv) A Santiago, en calidad de coautor de delito del artículo 177 bis, tantos como mujeres han sido tratadas, con la aplicación de la agravante contenida en el apartado 4.b) para el caso de Nicoara.

La circunstancia de reputar a todos estos sujetos el grado de participación correspondiente a la autoría se explica porque, a nuestro juicio, todos ellos constituyen una entramado en el que cada uno de los *eslabones* cumple una función diferente; ninguna complementaria o accesoria de otra, sino todas ellas necesarias para alcanzar conjuntamente el resultado delictivo final.

²⁰ En este caso, además, aunque no concurriera violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de vulnerabilidad o necesidad de la víctima sería procedente la aplicación de este tipo penal por ser Nicoara menor, en virtud de la regla establecida en el apartado segundo de este precepto.

d. Los hechos delictivos relativos a María: aplicación del art. 318 bis CP

Pues bien, antes de la introducción del artículo 177 bis CP como específico precepto dedicado a la trata de seres humanos, esta conducta se castigaba en sede del artículo 318 bis CP²¹, que, como vimos, ha sufrido numerosas modificaciones. Y, dado que los hechos delictivos que se refieren a María suceden en marzo de 2010, tampoco será aplicable la redacción que a este artículo le otorga la reforma de 2010, por ser su entrada en vigor posterior a esta fecha²²; siéndole aplicables únicamente las ya mencionadas reformas de 2003 y 2007.

Según lo dicho, los hechos relativos a María serían sancionables a tenor del apartado 1 de este precepto, puesto que se *promueve, favorece o facilita* la inmigración clandestina –en este caso²³ - *con destino a España*.

Así mismo, le sería de aplicación las siguientes agravaciones:

- i) La establecida en el apartado segundo, por ser la explotación sexual el fin a que se orientaba la conducta
- ii) La establecida en el apartado 3, por haberse empleado *engaño*
- iii) La que establece el apartado 5, referida a que el culpable pertenezca a organización o asociación dedicada a la realización de tales actividades; siendo aplicable a los administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones la pena en su mitad superior, pudiendo elevarse hasta la inmediatamente superior en grado.

En este sentido, es Romelia quien capta a María mediante *engaño*, proporcionándole así mismo el billete de autobús (y facilitando, de este modo, la inmigración clandestina).

La amplia descripción de la conducta típica determina que también podamos estimar la conducta de Tatiana como constitutiva de este ilícito; y puesto que, además, se ha tendido a englobar en modo de autoría conductas muy periféricas²⁴. En este sentido, no parece que la conducta de Tatiana sea periférica, sino que supone una efectiva ayuda o facilitación de esta trata, por cuanto la recoge a su llegada a la ciudad y la lleva a lugar donde se producirá su

²¹ LÓPEZ CERVILLA, J.M. “Tráfico ilícito de personas. La reforma del artículo 318 bis del Código Penal”. Ministerio de Justicia, Boletín núm. 1977. 2004. En <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344080446?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content>. Pág. 6.

²² La reforma entró en vigor en diciembre de 2010.

²³ La STS de 3 de abril de 2007 distingue los supuestos típicos de *tráfico ilegal e inmigración clandestina* estableciendo lo siguiente: “Sin embargo (...) no son conceptos equivalentes (...) en su misma significación jurídica, pues por tráfico hemos de entender no (simplemente) “tránsito” de personas, sino comercio o aprovechamiento de cualquier clase, ordinariamente con objeto de obtener un lucro, personal o económico, debiendo ser éste ilegal, esto es, contraviniendo la normativa administrativa de fronteras, lo que nos sitúa en un elemento normativo del tipo. Mientras que por inmigración clandestina hemos de entender cualquier burla, más o menos subrepticia, de los controles legales de inmigración, fuera también de cualquier autorización administrativa”

²⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP.” Ed. Atelier. Barcelona, 2007. Págs. 129-131.

alojamiento y posterior explotación.

La conducta de Santiago y Alberto, en su calidad de *jefes* de la organización criminal, parece que idean y proponen la realización de estos delitos, diseñando las líneas principales de actuación y proporcionando además los medios materiales necesarios.

Por todo esto, consideramos:

- i) A Romelia, coautora de un delito del 318 bis CP, con las agravantes referidas a los apartados 2, 3, y 5.
- ii) A Tatiana, coautora de un delito del 318 bis CP, con las agravantes referidas a los apartados 2 y 5.
- iii) A Alberto, inductor de un delito del 318 bis CP, con las agravantes referidas a los apartados 2 y 5.
- iv) A Santiago, como inductor de un delito del artículo 318 bis CP, con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal referidas a los apartados 2 y 5.

e. Delito relativo a la prostitución coactiva del 188 CP

El artículo 188 CP dispone en su apartado 1 que *"el que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma."*

Debemos señalar, en primer lugar, que los medios comisivos que conforman este tipo básico tienen el mismo contenido y significado²⁵ que los contemplados en el ya analizado artículo 177 bis CP, por lo que a ellos nos remitimos.

Una vez sentado esto, y a la luz de nuestro análisis del anterior precepto, no cabe duda de que se constata la realización de esta conducta, por cuanto María D. era determinada y mantenida en el ejercicio de la prostitución debido a la *deuda* contraída por habersele proporcionado un billete de autobús a la ciudad de A Coruña.

No cabe duda en este sentido de que se está abusando de una situación de superioridad, recurriendo a invocar un supuesto derecho de crédito contra ella que debe ser saldado, utilizando este medio coactivo para mantenerla en el ejercicio de la prostitución.

Se abusa, así mismo, del estado de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, que se encuentra

²⁵ Vid. la ya citada Circular 5/2011. Pág. 1601.

en un país que no es el suyo, con un habla que desconoce y bajo duras condiciones de vida, caracterizadas por la explotación, la coacción y la restricción de movimientos.

Con respecto al elemento subjetivo del tipo, no se desprende duda sobre el hecho de que las conductas eran realizadas de manera dolosa, concurriendo la voluntad efectiva de explotar y mantener en la explotación sexual a estas mujeres.

Procedamos, en lo que sigue, a analizar las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que puedan proceder.

Así, en primer lugar, el apartado segundo del artículo 188 CP establece que *"si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años."*

En los hechos se nos relata cómo una de las ocho mujeres que ejercían la prostitución en el local Plenilunio, una de ellas, llamada Nicoara, tenía 17 años de edad.

Al ser preguntados por este extremo, tanto Tatiana como Pietro y Zulaika niegan conocer la circunstancia relativa a su minoría de edad. No obstante, Zulaika tenía -en la oficina que hacía las veces de recepción- retenidos los pasaportes de todas las mujeres, incluido el de la menor; pasaporte en que, como es lógico, figura su año de nacimiento.

Pues bien, de ser cierto que ninguno de los tres conocía la circunstancia de la minoría de edad de Nicoara, el hecho de no haberse preocupado en averiguarla constituye, al menos, un supuesto de dolo eventual. En este sentido lo entendía ya el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 1251/1997 de 3 noviembre, cuando afirma que *"[se] prefirió correr el riesgo de prostituir a una mujer menor de edad antes que privarse del lucro que tal ejercicio la iba a reportar. Y esto (...) constituye no error de tipo sino dolo eventual (...) Aceptó la posibilidad de cometer un delito y obró pese al conocimiento de dicha posibilidad"*.

Parece claro, en este sentido, que tanto Pietro como Tatiana y Zulaika, al no desplegar la diligencia necesaria para realizar la comprobación de la fecha de nacimiento de la menor, aceptaban como probable el resultado delictivo sobre ella; y, si bien no se buscaba, se admitía de este modo su eventual realización.²⁶

Lo ahora dicho será de aplicación sobre la base de suponer que fue cierta la declaración por parte de estos sujetos acerca del desconocimiento de este dato. Declaración que parece, en general, difícil de defender, y más aún en el caso concreto de Zulaika, que era quien retenía y guardaba en su custodia los pasaportes. Difícilmente parece sustentable la idea de que en ningún momento consultó este pasaporte, aunque fuera sólo en el momento de su llegada

²⁶ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *"Derecho Penal. Parte General"*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011, Pág. 271.

desde Rumanía. Circunstancia por la cual podemos apuntar, con un considerable grado de certeza, que al menos la conducta de Zulaika adolecía de dolo directo, en el sentido de que conocía la circunstancia de su minoría de edad y que aun así, quiso mantenerse en su realización.

En fin, la consideración acerca de si en Pietro y Tatiana concurría dolo directo o meramente eventual pasaría por el punto de saber si efectivamente conocían o no la edad de Nicoara. Sea como fuere -dolo directo o eventual-, de lo que no cabe duda es de la constatación de los requisitos necesarios para apreciar la concurrencia de esta agravante.

En segundo lugar, el apartado cuarto del artículo 188 CP dispone una agravación de las penas cuando concurren una serie de circunstancias, entre las que destacaremos, por su aplicabilidad al caso, la referida a la letra c).

La agravación a que nos referimos será procedente cuando *“el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.”*

De este modo, se configura la puesta en peligro de la víctima a causa del sometimiento a condiciones de riesgo físico o de falta de higiene como un plus de antijuridicidad que justifica la agravación de la pena.²⁷

En este sentido, se nos indica que Tatiana insistió a María en el hecho de que si algún cliente le solicitaba servicios sexuales sin el empleo de preservativo, ésta debería aceptarlos. No cabe duda, en este punto, de que la eventual falta de utilización de preservativo en las relaciones sexuales entraña graves riesgos para la salud.²⁸ Y en tanto que dicha conducta se cometió de manera dolosa, parece justificada la apreciación en el caso de la circunstancia agravante contenida en el artículo 188.4.c)

Pues bien, a la luz de lo expuesto, consideramos:

i) Que Pietro no realizó, en relación con la prostitución, ningún acto con entidad material lo suficientemente relevante como para ser considerado autor de este ilícito; en este sentido, recibe el cobro de las copas que los clientes pagan a las mujeres, y conoce y permite la situación de prostitución coactiva. Por ello, considero a Pietro cómplice de los delitos de prostitución coactiva del artículo 188 CP (tantos delitos como mujeres), con la circunstancia agravante del apartado segundo para el caso de Nicoara.

ii) Que Tatiana fue quien impuso a María las condiciones de trabajo y la mantuvo en las

²⁷ QUINTERO OLIVARES, GONZALO. *“Los delitos relativos a la prostitución”*, en *“Delitos contra la libertad sexual: situación actual y perspectivas de futuro”*. Centro de Estudios Jurídicos, 17 y 18 de octubre de 2013, en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Gonzalo%20Quintero%20Olivares.pdf?idFile=b36893ae-81d1-474a-8b1f-61f051678acc. Último acceso: 15/6/2015.

mismas. La considero, entonces, autora del delito de prostitución coactiva del artículo 188 CP (tantos como mujeres han sido prostituidas), con la circunstancia agravante del apartado 2 para el caso de Nicoara y la circunstancia agravante del apartado 4 c).

iii) Que Zulaika recibía materialmente los pagos, controlaba las entradas y salidas de los clientes al local y retenía los pasaportes de las mujeres. En base a esto, la considero cooperadora necesaria de un ilícito del 188 CP (tantos como mujeres prostituidas), con la circunstancia agravante del apartado 2 con respecto a Nicoara.

iv) Que Alberto y Santiago, en su calidad de *jefes* de la organización criminal son quienes proponen y organizan la comisión de estos delitos. Por lo tanto, serán inductores de un ilícito del 188 CP (tantos como mujeres prostituidas), con la circunstancia agravante del apartado 2 en relación con Nicoara.

f. Situaciones concursales: el apartado 9 del artículo 177 bis CP

La regla *ad hoc* establecida en el artículo 177 bis.9 CP alude a que “*las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación*”, parece referirse a que se aplicará en este caso no un concurso medial del artículo 77.1 CP (como pudiera pensarse, en el sentido de que la trata fuese un medio para la posterior explotación) sino, antes al contrario, a un concurso real de delitos. Y ello porque los bienes jurídicos lesionados en la trata y en la prostitución son diferentes²⁹, y la aplicación de este tipo concursal determinaría que no se castigara el desvalor completo de la conducta, no abarcando de este modo la totalidad del injusto.

Así mismo, el hecho de que no consideremos de aplicación, a efectos de aplicar esta regla concursal, el artículo 318 bis CP se debe a nuestra adhesión a lo contenido en el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda TS de 29 de mayo de 2007³⁰, mediante la cual se procede a despenalizar la entrada ilegal de ciudadanos rumanos y búlgaros. Y ello puesto, como dispone su propio tenor literal, “*al ser ciudadanos comunitarios, a todos los efectos, desde el pasado 1 de Enero de 2007, las posibles irregularidades en su entrada a un territorio comunitario distinto del de sus respectivos países, tendrá, a lo sumo, consecuencia administrativas o policiales, pero no penales.*”

No pensamos, pues, que en el contexto de libre circulación entre los Estados pertenecientes a la Unión Europea pueda hablarse de una situación de clandestinidad.

²⁹ Así, el bien jurídico de la trata se concreta principalmente en la *dignidad humana*, mientras que en la prostitución lo que se protege son la *libertad e indemnidad sexuales*

³⁰ Disponible en www.poderjudicial.es. Último acceso: 12/6/2015.

g. Delito de detención ilegal del artículo 163 CP

En su apartado primero, el artículo 163 CP consagra que *"el particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años."*

En los hechos que se nos exponen, aparecen una serie de circunstancias que podemos considerar como privativas o restrictivas de libertad. Veámoslas:

- i) Orden de no abandonar la sala del local durante el horario de trabajo, a no ser que fuera para subir a las habitaciones
- ii) Obligación de pernoctar en el local Plenilunio
- iii) Prohibición de salir del local Plenilunio fuera del horario de trabajo si no es acompañada de Pietro
- iv) Presencia de rejas en las ventanas de las habitaciones de las mujeres

Podemos considerar que estas circunstancias determinan un grado de restricción ambulatoria que excede del que pudiere considerarse inherente al delito de prostitución coactiva. En este sentido, MAYORDOMO RODRIGO³¹ afirma que *"tal autonomía [delictiva] puede existir en casos en los que las personas que explotan la prostitución ajena tienen un control permanente sobre su víctima, compatible con una mínima capacidad ambulatoria que no es libertad ambulatoria strictu sensu por referirse a personas (...) a las que se ha retirado la documentación y carecen de dinero."*³²

Este control añadido sobre la víctima determina en este sentido la lesión a un bien jurídico distinto del vulnerado por la propia prostitución, concretado en la libertad ambulatoria. Es por ello por lo que podemos afirmar que se trata de un delito autónomo con respecto al delito de prostitución coactiva.

Tatiana, en este sentido, es quien ordena no abandonar la sala del local en horario de trabajo si no es para subir con clientes a las habitaciones; así mismo, es quien prohíbe la salida del local si no se produce en compañía de Pietro. De los hechos se desprende, de la misma manera, que conocía la presencia de rejas en las ventanas de las habitaciones de las mujeres.

Pietro, por su parte, realizaba los actos de acompañamiento en las salidas al exterior del local, único modo de que estas salidas fueran *autorizadas*. Así mismo, se desprende también de los hechos que este sujeto sabía de la existencia de rejas en las ventanas de las habitaciones de las mujeres.

³¹ MAYORDOMO RODRIGO, V. *"El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas."* Ed. Iustel. Madrid: 2008. Pág. 153 y ss.

³² Sobre este punto, recuérdese que María sólo llegó a realizar una vez más de un servicio en una noche y que, en contra de lo que se le había afirmado, no lo cobró al 50%, sino que esta ganancia estribó (como todas las demás) en beneficio de Plenilunio con objeto de aminorar la deuda contraída por el suministro del billete de autobús desde Rumanía.

Zulaika, por su parte, tenía en la oficina que servía de recepción retenidos los pasaportes de todas estas mujeres, hecho que determina, como antes referimos, una limitación de la libertad ambulatoria.

Por lo que respecta a Alberto y Santiago, en su calidad de *jefes* de la organización criminal es presumible que dieron la idea de la comisión de este delito para asegurar la efectividad de las operaciones ilícitas desarrolladas en su seno. Presumimos, así mismo, que de ellos surgió el hecho de poner rejas en las ventanas de las habitaciones de las chicas en este local que, recordemos, es un establecimiento de la sociedad que ellos dos integran.

Con respecto a la procedencia de circunstancias agravantes en este sentido, cabe decir que en el libro registro hallado en el cuarto que hacía las veces de oficina de Tatiana consta que las mujeres llevaban ejerciendo la prostitución en el local Plenilunio como mínimo desde 2012; excepto María, cuya entrada se produjo en 2010. Es obvio, a la luz de estos datos, que el *encierro o detención* adolece de una entidad temporal amplia, hecho que determina la procedencia de la agravante contemplada en el apartado 3 de este artículo 163 CP, que se refiere a que la restricción de la libertad haya durado más de quince días.

Con base en lo anterior, consideramos:

- i) Que Tatiana es responsable, en grado de coautoría, de un delito de detención ilegal del artículo 163 CP, con la circunstancia agravante prevista en el apartado 3.
- ii) Que Pietro es responsable en calidad de coautor, de un delito de detención ilegal del artículo 163 CP, con la circunstancia agravante prevista en el apartado 3.
- iii) Que Zulaika es coautora de un delito de detención ilegal del artículo 163 CP, con la circunstancia agravante prevista en el apartado 3.
- iii) Que Alberto y Santiago son responsables, como inductores, de un delito de detención ilegal del artículo 163 CP, con la circunstancia agravante prevista en el apartado 3.

En este sentido, parece que estas detenciones ilegales se producen con el fin de asegurar y mantener a las mujeres en el ejercicio de la prostitución, existiendo entre ambos una relación instrumental. De este modo, procederá aplicar el delito de detención ilegal en concurso medial del artículo 77.1 CP con el delito de prostitución coactiva.

2. Acerca de las responsabilidades penales en las que habrían incurrido Tatiana, Pietro y Zulaika en relación con las sustancias halladas en Plenilunio

Las responsabilidades derivadas de las sustancias halladas en un armario del local Plenilunio variarán en función de cuál de ellas -de entre las dos encontradas- tomemos como referencia para nuestro análisis, en virtud de la diferente consideración legal que ostentan, y que procederemos a exponer en las líneas que siguen.

a. Responsabilidades relacionadas con el *Popper*

El llamado *Popper* se configura como una serie de compuestos químicos dentro de los nitratos de alquilo, entre los cuales se encuentran los nitritos de amilo. Si bien su uso comenzó siendo terapéutico³³, su uso actual se limita al ámbito industrial y doméstico.

No obstante, en las últimas décadas, a consecuencia de sus efectos vasodilatadores³⁴ y de su potencial como afrodisíaco, estas sustancias han empezado a ser desviadas para su utilización como sustancia de abuso.

Su fácil adquisición, debido a su venta camuflada bajo otras sustancias en establecimientos comunes como *sex shops*, así como las ya referidas utilidades de esta sustancia en ámbitos industriales³⁵, hacen complejo un efectivo control legal del consumo humano de esta sustancia.

Contribuye, así mismo, a incrementar la dificultad de su control la no inclusión de esta sustancia, ni con el nombre de *poppers* ni con ningún otro de sus variados usos comerciales, en las listas de sustancias estupefacientes fiscalizadas a nivel internacional³⁶; razón por la cual esta sustancia no puede, legalmente, ser calificada de este modo. Y por ésta razón, tienen la sola consideración de medicamentos desde el punto de vista legal.

Es por este motivo por lo que penalmente esta conducta no podrá ser castigada a tenor de los artículos 368 y siguientes CP, relativos a *drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas*.

La punibilidad de esta conducta podría articularse, sin embargo, en torno al concepto genérico de *sustancias nocivas para la salud*, pudiendo entonces serle de aplicación el artículo 359 CP. Dicho precepto castiga a quien, sin la debida autorización, “*elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o los despache o suministre, o comercie con ellos.*”

Con respecto a qué debemos entender por esta *debida autorización*, la Ley 29/2006, de 26 de julio, de *Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios* (en adelante,

³³ V.gr. situaciones críticas de angina de pecho o antídoto contra el envenenamiento causado por cianuro.

³⁴ MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. “*Guía sobre drogas*”. En <http://www.pnsd.msc.es/Categoria2/publica/pdf/guiaDrogas.pdf>. Último acceso: 9/6/2015.

³⁵ Entre otros, destaca su uso como conservante alimentario o para la fabricación de cosméticos.

³⁶ Vid. al respecto, la *Convención Nueva York 30-3-1961, única sobre estupefacientes*, que ha sido enmendada por el Protocolo de Ginebra de 25/3/1972; o el Convenio Viena de 21/2/1971, sobre sustancias psicotrópicas.

Ley 29/2006), establece en su artículo 9, apartado 1, que “ningún medicamento elaborado industrialmente podrá ser puesto en el mercado sin la previa autorización de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios e inscripción en el Registro de Medicamentos o sin haber obtenido la autorización de conformidad con lo dispuesto en las normas europeas (...)”

Por lo que a la tipicidad de la conducta se refiere, podemos hacer las siguientes consideraciones:

i) no cabe duda de que tal sustancia es *nociva para la salud*, como numerosos informes de diferentes instituciones y organismos han puesto de manifiesto³⁷

ii) suponemos, ante la falta de información en sentido contrario, que Pietro no se hallaba debidamente autorizado para la puesta en el mercado de esta sustancia

iii) se han producido, efectivamente, actos de comercio con dicha sustancia: Pietro adquiere los frascos de la misma para venderlos a los clientes que se lo soliciten.

Este precepto abarca un ámbito material mucho más restringido que el del artículo 368 CP, que analizaremos a continuación. Por lo que, en este sentido, la conducta típica que aquí se constata, consistente en *comerciar* con esta sustancia, realizada por Pietro.

No disponemos de datos que nos induzcan a pensar que esta conducta no fue dolosa.

Por lo tanto, y en base a lo anterior, consideramos que Pietro es responsable como autor de un delito del artículo 359 CP, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

b. Responsabilidades relacionadas con el hidrocloruro de ketamina

Por lo que se refiere a la segunda de las sustancias halladas en el armario del local Plenilunio, el hidrocloruro de ketamina (en adelante, *ketamina*) es un anestésico de uso legal en humanos y animales³⁸. Con respecto a su uso lícito como tal medicamento, la ketamina está sujeta a la Ley 29/2006, de 26 de julio, de *Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios*.

A pesar del hecho de que su uso también aparece desviado como droga de abuso, esta sustancia no se encontraba incluida en las diferentes listas de sustancias sometidas a

³⁷ Como ejemplo, véase la Resolución 53/13 de la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas, que insta a los Estados Miembros a hacer frente al uso indebido de estas sustancias mediante la adopción de las medidas pertinentes, o *el Informe sobre consideración legal de los poppers en España*, de 2009, del Ministerio del Interior.

³⁸ Vid. MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. “*Guía sobre drogas*”, ya citado.

fiscalización por el *Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971* de Naciones Unidas. No obstante, la *Comisión Nacional de Estupefacientes* de este organismo se pronunció en varias ocasiones acerca de los riesgos de esta sustancia y de la amenaza que plantea su uso indebido, así como de la idoneidad de que los Estados Miembros tomen medidas al respecto.³⁹

En este contexto destaca la Resolución E/CN.7/2010/L.9, marzo de 2010, de este mismo organismo, sobre "*Cooperación internacional para combatir la administración subrepticia de sustancias psicoactivas relacionadas con la agresión sexual y otros actos delictivos*", en que se insta a que los Estados prevean circunstancias agravantes para las situaciones en que se suministren subrepticamente sustancias estupefacientes para facilitar la comisión de agresiones sexuales, haciendo específica alusión a la ketamina.

Siguiendo esta recomendación, se decide incluir la ketamina⁴⁰ en la lista IV del Anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, *por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación*, y que traspone a nuestra legislación nacional las medidas internacionales establecidas en el Convenio de 1971.

La citada inclusión determina que esta conducta sea susceptible de encuadrarse en el artículo 368 CP, a tenor de su consideración como sustancia psicotrópica. Dicho precepto castiga a quienes "*ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines (...)*".

A efectos de determinar si la conducta descrita en el supuesto puede castigarse por vía de este artículo, analizaremos primeramente si la misma puede ser encuadrada en un supuesto de consumo compartido; circunstancia ésta que determinaría su atipicidad.⁴¹

El consumo compartido o *cooperativas de consumo* se refiere al hecho de que varias personas, de manera conjunta y de forma global adquieran sustancias que, consideradas individualmente, no sobrepasen los límites para su consideración como autoconsumo.⁴² Según jurisprudencia asentada de nuestro Tribunal Supremo⁴³, se precisan una serie de requisitos para poder apreciar el consumo compartido, que podemos sintetizar en los que siguen:

³⁹ V.gr. Resolución 50/3, "*Respuesta a la amenaza planteada por el uso indebido y la desviación de la ketamina*".

⁴⁰ Vid. Orden SAS/2712/2010, de 13 de octubre, *por la que se incluye la sustancia Ketamina en el Anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos*.

⁴¹ CIMÁS GIMÉNEZ, M (Dir.) "*Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*." Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007. Pág. 34.

⁴² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ CARLOS (Coord.): "*Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*". Ed. Civitas. Págs. 431-433. Pamplona: 2011.

⁴³ Cfr. SSTS núm. 216/2002 de 11 mayo; 1276/2003 de 7 octubre; 850/2013 de 4 noviembre, entre muchas otras.

i) Es necesario que los destinatarios del consumo ya sean adictos o, al menos, consumidores frecuentes. Este requisito justifica su sentido en la medida en que excluye el desvalor de la difusión y divulgación del consumo de sustancias nocivas a personas que hasta el momento se hallaban al margen del mismo.⁴⁴

ii) El consumo debe realizarse en lugar cerrado, o, en todo caso, en lugar sustraído a la visión o incluso inmiscuimiento por parte de terceros. Este requisito se justifica en el mismo sentido que el anterior, cual es evitar la divulgación de esta práctica.

iii) Ha de tratarse de cantidad mínima o insignificante y susceptible de ser consumida en un sólo encuentro, evitando el riesgo de almacenamiento de la cantidad que exceda del propio consumo.

iv) La comunidad que participe de ese consumo ha de estar compuesta por un número reducido de personas que permita su consideración como acto íntimo, carente de trascendencia pública.

v) Las personas que integren el grupo de consumidores han de estar concretamente identificadas, extremo éste que permite la valoración de las circunstancias a la luz del requisito anterior (comunidad de consumo compuesta por un número reducido) y del primer requisito (consumidores adictos o, cuanto menos, frecuentes).

vi) Por último, debe tratarse de una previsión de consumo inmediato, que esté previamente planificado de forma concreta o muy próxima en el tiempo al propio hecho de la posesión de las sustancias, con el fin de evitar el empleo del sobrante para un destino distinto del originario.

Partiendo de los límites epistémicos que suponen el carácter parcial de los hechos que se nos narran, y si bien algunos de los requisitos sí parecen constatarse (*v.gr.* el carácter de consumidores habituales de estos sujetos), no es menos cierto que no aparecen constatados otros de los presupuestos necesarios, como muestra el hecho de que la cantidad de 7 gramos de ketamina no pueda considerarse mínima o insignificante. Descartamos, pues, el consumo compartido.

Entonces, por lo que respecta a la constatación de la tipicidad de esta conducta no cabe duda de que se ha producido un acto de favorecimiento del consumo, en la medida en que se *poseía* dicha sustancia para ponerla a continuación a la disponibilidad del consumo de estas mujeres.

Así mismo, la venta aislada que se realiza a un cliente se erige como una conducta de tráfico; si bien suele optarse, para evitar la exacerbación punitiva, por la modalidad atenuada del párrafo segundo del artículo 368 CP, en atención a la *escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable*.⁴⁵ En fin, atendidas en conjunto las circunstancias del

⁴⁴ LUZÓN CUESTA, J.M. “*Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial.*” Ed. Dykinson. Madrid, 2011. Págs. 431-432.

⁴⁵ *V.gr.* STS núm. 14/2012, de 12 de enero; 63/2014 de 4 de febrero; 356/2014, de 6 de mayo

caso, parece claro que no cabe en este sentido tal atenuación de la pena, por insignificante que fuera la cantidad vendida.⁴⁶

En fin, a efectos de que estos sujetos puedan responder penalmente, parece lógico pensar que todos ellos tenían conocimiento y voluntad de los elementos del tipo.

Con respecto a la posible aplicación de agravaciones, debemos apuntar:

i) Acerca de la posible aplicación del subtipo agravado contenido en el apartado 3 del mismo precepto, referido a que “*los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos*”, es importante apuntar que la consideración del mismo exige un criterio restrictivo y un análisis minucioso acerca de la constatación de los elementos materiales que constituyan la *ratio legis* de la agravación.⁴⁷

Así, siguiendo la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo⁴⁸, el fundamento de esta agravación consiste en la intensificación del peligro que para la salud pública ocasiona el aprovechamiento de las oportunidades que la apariencia de la normal explotación de un negocio ofrece, para ocultar tras esta lícita actividad el tráfico de sustancias estupefacientes. Así, se viene estableciendo como requisito primordial para la aplicación de este subtipo la acreditación de que la conducta del tipo básico planeaba ser expresamente desarrollada en el establecimiento, sin que se considere de aplicación a los casos en los que el mismo se erige en mero depósito de las sustancias.

Entiendo, pues, que esta agravante se configura para castigar la mayor ilicitud que supone la confusión de la verdadera actividad delictiva con el desarrollo de la actividad lícita objeto del mismo; y en este sentido, el relato de los hechos no nos presenta esta actividad como susceptible de confundirse con la actividad principal y lícita. Más bien, parece que se trata de un mero acto aislado, pues se nos habla de una única venta. Aplicar entonces esta agravación a un hecho que no abarca todos los requisitos materiales del fundamento agravatorio sería una aplicación de la norma evidentemente extensiva, en contra de lo que - como hemos visto-, establece el Tribunal Supremo.

En esta línea, el Tribunal Supremo⁴⁹ ha puesto de manifiesto que este aprovechamiento de las facilidades que ofrece un local se traduce en un incremento del peligro abstracto que prohíbe el precepto. No parece, en base a esto, que un acto aislado de tráfico suponga un efectivo aumento del peligro contra la salud pública, puesto que tampoco supone el aprovechamiento del local para llevar a cabo el delito.

⁴⁶ Esta circunstancia determina, a veces, la atipicidad de la conducta. Así, *vid.* STS 216/2002, de 11 de mayo, en cuya virtud “*no se considera comprendido en el tipo del art. 368 CP la acción de tráfico cuando por la mínima cantidad de la droga transmitida, atendida la cantidad o la pureza de la misma no quepa apreciar que entrañe un riesgo efectivo de futura lesión para la salud pública, por lo que la antijuridicidad de la conducta desaparece*”.

⁴⁷ *Vid.* STS núm. 941/2011, de 14 septiembre, entre otras.

⁴⁸ *Vid.* STS núm. 1105/2010 de 16 de diciembre; 1778/2000, de 21 de noviembre.

⁴⁹ *Vid.* STS 111/2004 de 29 de enero, entre otras.

Por todo ello, no considero justificada en este caso la aplicación de esta concreta agravante del artículo 369 CP.

ii) No consideramos que proceda tampoco la aplicación de la agravante contenida en el artículo 369 bis, relativa a la realización de las conductas del tipo básico por quienes pertenecieran a una organización delictiva; pues ello supondría, como ya hemos explicado, una vulneración del principio de *non bis in ídem*, por cuanto ya hemos castigado de manera autónoma el desvalor que supone la pertenencia a una organización criminal dedicada a cometer delitos en su sede, a través del artículo 570 bis CP.⁵⁰

Pues bien, una vez tipificadas las conductas que aparecen en el relato de los hechos, procederemos las responsabilidades que se deriven de las mismas.

En base a estas circunstancias, considero que el grado de participación de estos sujetos tiene una entidad suficiente⁵¹ como para poder considerarlos coautores⁵² del delito del artículo 368 CP con la agravante del artículo 369.2 CP. Veámoslo.

i) Pietro tenía en su custodia las sustancias halladas en el armarito, objeto material del ilícito penal. Esta disponibilidad se materializa en el propio consumo de esta sustancia y en el suministro para su consumo a las prostitutas que así se lo solicitaren. A él es imputable, además, el acto material de comercialización de la sustancia con un cliente. Será responsable, por tanto, en calidad de autor de un delito del artículo 368 CP, sin circunstancias modificativas de la criminalidad.

ii) Zulaika, en su condición de recepcionista, guardaba en depósito el pago que los clientes efectuaban a cambio de los servicios. Nada se nos indica en el relato de los hechos acerca de que, en esta ocasión, el pago en especie (consistente en la propia ketamina) no se le realizara a ella; por lo que podemos suponer que este pago siguió la dinámica normal en que se materializaba el funcionamiento de la organización. Con respecto a la venta aislada -y así mismo, ante la ausencia de especificación en otro sentido-, parece que también ella recibió materialmente el importe del beneficio. Además de ello, parece coherente suponer que Zulaika conocía la circunstancia de que las sustancias eran facilitadas a las mujeres, a petición de las mismas. Con estas bases⁵³ parece justificado considerar su participación en calidad de

⁵⁰ En este sentido, la FGE 2/2011, ya citada, establece que “castigar este último comportamiento de forma autónoma por la vía de los artículos 570 bis o 570 ter en concurso de delitos con el subtipo agravado específico vulneraría el principio *non bis in ídem*.”

⁵¹ ARAÚJO REBOUÇAS, SÉRGIO BRUNO. “Autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas: derecho penal español y derecho comparado”. R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 34, n. 1, enero/junio 2013. Pág 550.

⁵² La utilización de una descripción típica con verbos tan extensos como *promover, facilitar o favorecer* determina que sea complicado en este sentido apreciar grados de participación diferentes al de autoría; en este sentido, *vid.* STS núm. 1938/2007, de 7 de noviembre, entre muchas otras.

⁵³ Obviamente sus responsabilidades variarían de no ser estas suposiciones ciertas, adoptadas ante los problemas de conocimiento que la falta de más información detallada nos ocasiona. De este modo, si Zulaika no conociera de la existencia de esta sustancia (es decir, no supiera que ésta se entregó como pago en especie;

coautoría, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

iii) Tatiana, por el amplio haz de funciones desarrolladas dentro de la organización criminal, presumiblemente era conocedora de la existencia de estas sustancias, así como de su suministro a las prostitutas. Con respecto tanto al pago en especie ya referido, como a la también referida venta aislada, si bien Zulaika era quien materialmente recibía los pagos (y partiendo de la suposición anterior de que también recibió los referidos a estas sustancias), lo cierto que estas cantidades eran finalmente entregadas a Tatiana. Por lo que la misma fundamentación nos sirve para constatar, en definitiva, la participación de este sujeto también en grado de coautoría, sin la concurrencia de circunstancias que modifiquen la responsabilidad criminal.

ni de que se hallaba en un armario dentro del local; ni que se realizó sobre ella una venta; ni de que era facilitada a las mujeres cuando éstas lo pedían), no podría imputársele responsabilidad alguna por este delito.

3- Acerca de las responsabilidades penales en las que puedan incurrir Tatiana, Alberto, Santiago y Xaime por la gestión de las ganancias provenientes de Plenilunio.

Del relato de los hechos que se nos presentan se desprende la posible infracción de una serie de preceptos penales, a saber:

- i) El artículo 298 CP, contenido en el Título XIII, relativo a *“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”*, en su Capítulo XIV, que trata *“De la receptación y el blanqueo de capitales”*
- ii) El artículo 301 CP, contenido en el Título XIII, relativo a *“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”*, en su Capítulo XIV, que trata *“De la receptación y el blanqueo de capitales”*
- iii) El artículo 305 CP, contenido en el Título XIV, *“De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”*
- iv) El artículo 392 CP, contenido en Título XVIII, en su Capítulo II rotulado *“De las falsedades documentales”*, Sección 2ª, *“De la falsificación de documentos privados”*

a. Responsabilidades derivadas de la defraudación tributaria

El artículo 305 CP castiga en su apartado primero al que *“por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros(...)”*

Como recuerda la STS 12/2/2009, para poder proceder a la aplicación del artículo 305 CP es necesaria una previa remisión a la Ley reguladora del tributo que corresponda, pues allí se define el hecho imponible y la obligación tributaria que de éste deriva. Nosotros, en las líneas próximas, seguiremos este procedimiento; para determinar, además, quién sea el obligado tributario, pues será también el sujeto activo de este delito.

De este modo, el *Real Decreto Legislativo 4/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades* (en adelante, TRLIS), dispone en su artículo 7.1.a) que serán sujetos pasivos del impuesto las personas jurídicas *“cuando tengan su residencia en territorio español.”*

Así, en primer lugar, ha de tratarse de entidades con personalidad jurídica; adquirida ésta mediante su constitución en escritura pública y posterior inscripción en el Registro Mercantil

o en el Registro Público que corresponda.⁵⁴ En el caso que nos ocupa, la constitución de la sociedad data de 1 de febrero de 2008, procediéndose a su posterior inscripción en el Registro Mercantil el día 3 de febrero del mismo año.

En segundo lugar, y a los efectos de determinar su residencia, el artículo 8 TRLIS aclara que se considerarán residentes en territorio español las entidades en las que concurra alguno de los requisitos que siguen:

- a) *Que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas.*
- b) *Que tengan su domicilio social en territorio español.*
- c) *Que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español.*

La referencia legal a la constatación de *alguno* de los requisitos expuestos apunta en el sentido de que el cumplimiento, por parte de una entidad, de uno solo de ellos ya determinaría su consideración de residente a efectos fiscales. Sin embargo, en este caso, parecen constatarse todos ellos, puesto que:

- i) la sociedad se constituye y posteriormente inscribe en base a la normativa española
- ii) su domicilio social radica en el número 21 de la Calle Real de A Coruña, y
- iii) se desprende de lo expuesto que su sede de dirección efectiva se halla así mismo en territorio español

Pues bien, a tenor de los hechos que se nos exponen, no cabe duda de que efectivamente se verifica la conducta típica de defraudar, a través de la modalidad de elusión del pago del tributo. El delito fiscal lo es, en este caso, contra la Hacienda Pública del Estado, por ser el Impuesto de Sociedades un tributo de titularidad estatal.⁵⁵

Analizaremos seguidamente si las cuotas defraudadas alcanzan el mínimo cuantitativo exigible para poder subsumirse en el supuesto de hecho; recuérdese, 120.000 euros. Para ello, debemos acudir a la regla consagrada en el número 2 del artículo 305, que establece que a efectos de determinar la cuantía de la cuota defraudada, que si se trata de tributos de declaración periódica –como es el caso–, habrá que atender a lo defraudado en cada período de declaración. El artículo 26.1 TRLIS nos indica, a este respecto, que el período impositivo coincidirá con el ejercicio económico de la entidad, por lo que para determinar el importe de la cuota defraudada deberemos atender a cada uno de los períodos impositivos.

A estos efectos, las cuotas tributarias que la sociedad hubiera debido pagar son:

Ejercicio 2009: 156.000 euros

Ejercicio 2010: 161.000 euros

⁵⁴ PLA VALL, ÁNGELES y SALVADOR CIFRE, CONCHA. *Impuesto sobre Sociedades: régimen general y empresas de reducida dimensión*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia: 2008.

⁵⁵ Cfr. <http://www.agenciatributaria.es/>. Último acceso: 10/6/2015.

Ejercicio 2011: 170.000 euros

Ejercicio 2012: 125.000 euros

Ejercicio 2013: 119.000 euros

Como puede observarse, las cuotas defraudadas en los ejercicios 2009-2012 exceden, en general con un holgado margen, la cantidad de 120.000 euros; hecho que determinaría, entonces, la tipicidad de esta conducta.

Por lo que se refiere al elemento subjetivo del delito, la expresión “*defraudar*” trae consigo la necesidad de un elemento subjetivo específico, ligado al dolo, que se concreta precisamente en el *ánimo de defraudar*⁵⁶. Para poder hablar de delito fiscal⁵⁷ es preciso, además del elemento objetivo, constatar la concurrencia de dos elementos: el intelectual -conocer lo que se está haciendo- y volitivo -querer lo que se está haciendo⁵⁸-. No parece haber duda, a la luz de los hechos que se nos exponen, de que la conducta defraudatoria era conocida y querida, sin que aparezca indicio alguno de error⁵⁹ en la misma, circunstancia ésta que determinaría la exclusión del dolo.

En este sentido, nuestra opinión se orienta a que el único error justificable en este caso sería el de tipo que recayera sobre elementos más técnicos, *v.gr.* sobre la cuantía necesaria para que la conducta sea considerada delictiva; aunque la plena integración de los sujetos referidos en el ámbito empresarial lleva a pensar que todos estos extremos eran efectivamente conocidos.

En fin, constatado entonces el cumplimiento de los elementos exigidos para poder calificar esta conducta como constitutiva de un delito de defraudación, podemos establecer las siguientes responsabilidades:

- i) Alberto: responsable como autor de un delito de defraudación del artículo 305 CP, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal
- ii) Santiago: responsable de un delito de defraudación del artículo 305 CP, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

En relación a la situación concursal referida a defraudaciones realizadas en distintos períodos impositivos, cuando se trate –como es el caso-, de tributos periódicos, da lugar a un concurso real de delitos de los artículos 73 y 75 CP. Se producirá, de esta manera, concurso real de las defraudaciones cometidas en los ejercicios de 2009, 2010, 2011 y 2012.

⁵⁶ Vid. STS núm. 1024/2012 de 19 diciembre.

⁵⁷ Apelativo acuñado para este tipo penal desde que fue denominado así por la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, *sobre medidas urgentes de reforma fiscal*.

⁵⁸ AGENCIA TRIBUTARIA. *Primer informe del observatorio administrativo previsto en el convenio de 30 de junio de 2005 entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Secretaría de Estado de Justicia en materia de prevención y lucha contra el fraude fiscal*. Diciembre de 2003.

⁵⁹ Cfr. artículo 14 CP.

b. Responsabilidades derivadas de la conducta de blanqueo

Por su parte, este precepto castiga a quien "*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 (...)*"

Por lo tanto, el blanqueo de capitales describe una conducta consistente en traer al tráfico lícito de bienes otros bienes de procedencia ilícita, que de otro modo permanecerían ocultos al tráfico jurídico.⁶⁰

A efectos de qué deba entenderse por estos *bienes*, el artículo 1.2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, *de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*, establece que por tal ha de entenderse "*todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.*"

Este tipo penal exige que los bienes que se blanqueen procedan de un delito. Sin embargo, el precepto penal no exige que este delito sea *completo* en el sentido de que haya constancia de la realización de una acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible. En este sentido, el artículo 301 CP determina una accesoriadad limitada de este delito con respecto del delito subyacente, puesto que "*las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena.*"⁶¹ Siguiendo esta línea, no es necesaria una condena previa del delito del cual proceden los bienes.⁶²

A la luz de lo que en el caso se nos relata, en mi opinión parece que la *actividad delictiva* previa en la que hallan su origen los bienes blanqueados es tanto la que corresponde al delito de prostitución coactiva del artículo 188 CP como al delito de defraudación tributaria del 305 CP.

De este modo, es claro que si bien la mayor parte del importe blanqueado tiene su origen en las ganancias obtenidas en Plenilunio, también es cierto que la no tributación de las cantidades debidas determina la obtención de cierto *beneficio* patrimonial.

Así, la conducta que integra el delito fiscal genera un efectivo ahorro de los gastos represados en la cuota tributaria. Esta cuota será, entonces, el bien derivado del delito que luego será

⁶⁰ COBO DEL ROSAL, M. y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. "*Blanqueo de Capitales*". Ed. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas S.L. Madrid: 2005. Pág. 86

⁶¹ COBO DEL ROSAL, M. y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. "*Blanqueo...*". *Op. Cit.* Págs. 82-83.

⁶² Al respecto, *vid.* STS núm. 266/2005, de 1 de marzo.

objeto material del blanqueo.

Si bien parte de la doctrina no estimaba posible la apreciación del delito fiscal como delito previo al de blanqueo, el Tribunal Supremo ha resuelto el debate en torno a esta cuestión en su Sentencia núm. 8701/2012, de 5 de diciembre, estableciendo que *“el bien que procede del delito fiscal es la cuantía económica correspondiente a la cuota tributaria, que es una cantidad de dinero que constituye normalmente una proporción que se aplica sobre la base imponible (gravamen). Y el dinero, evidentemente, constituye un bien en el sentido del delito de blanqueo de capitales. Se trata, con todo, de una cantidad de dinero que no ingresa en el patrimonio del autor del delito fiscal, sino que ya se encuentra en él porque constituye una parte del mismo, pero ello no impide considerar que la cuota tributaria procede del delito fiscal.”*

En este sentido, la antes referida definición aportada por la Ley 10/2010 incluye la cuota defraudada como susceptible de constituir un bien procedente de la actividad delictiva, al establecer las últimas líneas de este apartado *“con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”*.

Así mismo, si bien en este pronunciamiento el Tribunal Supremo afirma que el problema en este contexto radica en la dificultad de concretar e individualizar estos bienes dentro del conjunto del patrimonio del contribuyente, en este caso conocemos las cuantías defraudadas y dónde se hallan depositadas, por lo que no parece que nos encontremos con este obstáculo.

Pues bien, sentadas las actividades delictivas que preceden al delito de blanqueo, analicemos ahora las conductas típicas.

Nos encontramos con que Tatiana llevaba el dinero obtenido de la explotación sexual una vez al mes a la sede de la sociedad, entregándoselo en mano a Santiago y Alberto. Por tanto, se produce así por parte de estos sujetos la adquisición, entendida como incorporación y plena disponibilidad, de los efectos provenientes del delito, así como su posesión.

Utilizan, así mismo, los siguientes medios para *encubrir* u *ocultar* los efectos del delito:

i) Empleo de facturas falsas. Comenzaremos este punto indicando que, bajo nuestro entendimiento, las cantidades facturadas falsamente eran las procedentes de Plenilunio y, por tanto, del delito previo de prostitución coactiva (y no, por el contrario, de las cantidades obtenidas por la comisión del delito fiscal).

Además de esto, puede pensarse, a tenor de los hechos, que la sociedad *“Luna del Principito”* no era más que una empresa pantalla, en el sentido de que realmente no se dedicaba a sus

labores de restauración, sino que se erigía en una sociedad instrumental cuyo objeto era el de simular la facturación.⁶³

Así, el artículo 392 CP castiga, en su apartado 1, al “*particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390*”. Por su parte, la remisión a los tres primeros números del apartado primero del artículo 390 se refieren a las modalidades comisivas, que consisten en:

- i) alterar un documento en alguno de sus elementos o requisitos esenciales
- ii) simular un documento en todo o en parte, de modo que induzca a error acerca de su autenticidad
- iii) suponer en un acto la intervención de personas que no la hayan realizado o atribuir a las que han intervenido declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren realizado

Con respecto a la constatación de los elementos típicos, y en primer lugar, la conducta que se nos expone es realizada en documento mercantil, que podemos definir⁶⁴ como aquél en que viene recogido un acto o negocio jurídico de comercio⁶⁵.

El ilícito se lleva a cabo a través de la modalidad comisiva establecida en el epígrafe 2º del apartado 1 del artículo 390 CP, es decir, “*simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad*”. En efecto, en este caso se están simulando en su totalidad facturas en concepto de comidas en el restaurante *Luna del Principito*, como si a estos documentos subyaciera la prestación de unos servicios en realidad inexistentes.

Parece que puede constatarse, además, la presencia del elemento subjetivo del tipo penal, que se refleja en el dolo concretado en el ánimo efectivo de falsificar dichos documentos.⁶⁶

Queda de este modo verificado el cumplimiento de los requisitos necesarios para la aplicación de un delito de falsedad documental del artículo 392 CP.

Por lo que a esto respecta, podemos concluir que este delito de falsedad puede ser castigado en concurso medial con el propio delito de blanqueo, puesto que el artículo 77.1 CP establece

⁶³ En este sentido, la SAP Salamanca 25/2013 de 22 marzo, establece: “*no dudamos de que la empresa pantalla, y precisamente porque tiene que figurar en el mercado exterior y aparentar normalidad, al menos en parte de su actividad correctamente, debe llevar adecuadamente su contabilidad*”.

⁶⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.). “*Código Penal Comentado*.” Ed. Bosch. Barcelona: 2012. Pág. 1402.

⁶⁵ Acerca de qué constituyan estos actos de comercio, el artículo 2 del *Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio* establece que “*serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga*.”

⁶⁶ De los hechos se desprende que fueron varias las facturas falseadas. En este sentido, podríamos pensar que se trata de un delito continuado del artículo 392 CP, por cuanto podría tratarse de varias acciones homogéneas que siendo realizadas en distinto tiempo son análogas entre sí, y que infringen la misma norma jurídica o varias de semejante o igual naturaleza, en virtud de lo establecido en el artículo 74 CP.

Si el acto de simular estos documentos fuese único, se apreciaría, en cambio, unidad de hecho. A este respecto, la STS núm. 1047/2003, de 16 de julio ya entendió en este sentido que se considera la existencia de unidad de acción cuando en un breve período de tiempo, y de manera sucesiva, se repite la misma acción típica motivada por un único propósito.

“lo dispuesto (...) no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra”. En este sentido, parece claro que la falsificación de las facturas se constata como un medio o instrumento para conseguir otorgar apariencia de legitimidad a las cantidades derivadas de la actividad delictiva.

ii) Depósito de las cantidades defraudadas en cuenta bancaria abierta en Gibraltar.

El Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2, apartado 3, número 4, de la *Ley 17/1991, de 27 de mayo, de medidas fiscales urgentes*, y 62 de la *Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991*, incluye en el listado de su artículo primero a Gibraltar. Pero antes, nos detendremos brevemente en la exposición de estos dos preceptos a los que el Real Decreto alude para una comprensión más integrada de la cuestión que ahora nos ocupa.

Pues bien, el artículo 1 de este Real Decreto establece un listado de los países que, a la luz de los preceptos mencionados, tienen la consideración de paraíso fiscal, incluyendo al territorio de Gibraltar en el ordinal octavo de esta lista.

No obstante, añade su artículo segundo que “*Los países y territorios a los que se refiere el artículo 1 que firmen con España un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información dejarán de tener la consideración de paraísos fiscales (...)*”.

Así, el hecho de que entre España y Gibraltar no se haya firmado convenio alguno para evitar la doble imposición, por una parte, ni acuerdo de intercambio de información en materia tributaria, por otra, determina la ausencia de un cauce que permita el intercambio de información tributaria entre sus administraciones fiscales, que resultaría de meridianá importancia para alcanzar los objetivos de prevención del fraude y la evasión fiscal.⁶⁷

Pues bien, esta circunstancia determina una gran opacidad en las cuentas abiertas en estos territorios, así como la *seguridad* que aporta el hecho de que se haría complicada una eventual investigación policial.

Pues bien, la idea de desviar las cantidades obtenidas en los hechos delictivos fue dada por Xaime, el abogado de la sociedad. En este sentido, no parece que su conducta tenga una entidad suficiente como para considerar que pudiera haber cambiado el sentido de la voluntad de Santiago y Alberto; antes al contrario, parece que se trata de una simple recomendación o

⁶⁷Vid. <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/AcuerdosII/Paginas/acuerdosii.aspx>. Último acceso: 6/6/2015.

consejo que a lo sumo reforzaría la decisión previamente contemplada, y que constituiría, a nuestro parecer, lo que se viene conociendo como *complicidad psíquica o moral*.⁶⁸

Por todo lo anterior, proceden las siguientes responsabilidades en orden al delito de blanqueo de capitales:

i) Santiago: autor de un delito de falsedad del artículo 392 en concurso medial con un delito de blanqueo de capitales del artículo 301 CP, sin circunstancias que modifiquen la responsabilidad criminal

ii) Alberto: autor de un delito de falsedad del artículo 392 en concurso medial con un delito de blanqueo de capitales del artículo 301 CP, sin circunstancias que modifiquen la responsabilidad criminal

iii) Xaime: cómplice de un delito de blanqueo de capitales del artículo 301 CP, sin circunstancias que modifiquen la responsabilidad criminal

c. Responsabilidades derivadas del delito de receptación

La conducta de Tatiana merece, a nuestro parecer, ser subsumida en otro tipo penal.

En este sentido, el artículo 298 CP establece que *“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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”*

En consonancia con este precepto, el Tribunal Supremo declaró, en STS 4015/2012, de 12 de junio, que la conducta de receptación requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) perpetración anterior de un delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico.
- b) ausencia de participación en él del acusado, ni como autor ni como cómplice.
- c) un elemento subjetivo, que éste posea un conocimiento cierto de la comisión del delito antecedente.
- d) que ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos provenientes de tal delito, o los aproveche para sí, reciba, adquiera u oculte

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. “Derecho Penal...” *Op. Cit.* Pág. 445.

e) ánimo de lucro o de enriquecimiento propio

Pues bien, en base a esto, parece que no nos encontramos con ningún impedimento a la hora de su aplicación, puesto que:

i) Se ha cometido un anterior delito de defraudación tributaria

ii) Tatiana no participa en dicho delito de defraudación

iii) Tatiana conocía el hecho de la comisión de un delito previo

iv) Les ayudó a beneficiarse de los efectos que procedían del delito, puesto que se los llevaba a Santiago y a Alberto mensualmente a la sede de Na&Ma, S.L; recibiendo, además, una parte de estos efectos

v) Se constata el ánimo de lucro, puesto que presumiblemente esta conducta era motivada por la recompensa del 10% que le era entregada

Consideramos, por todo esto, que Tatiana es responsable de un delito de receptación del artículo 298 CP, sin circunstancias que modifiquen su responsabilidad.

4. Acerca de las responsabilidades tributarios y/o penales en las que hubiere incurrido la sociedad Na&Ma, S.L

Las cantidades antes expuestas, referidas a las cuotas defraudadas en el Impuesto de Sociedades, nos muestran que la correspondiente a 2013 no alcanza el límite cuantitativo necesario para poder considerarse delito fiscal: la cuantía defraudada, en este caso, se limita a 119.000 euros.⁶⁹ Esta circunstancia determina que los hechos relativos a este ejercicio no puedan subsumirse en el tipo de defraudación tributaria del artículo 305 CP, sino, simplemente, en una infracción administrativa.

En este sentido, el artículo 183 LGT, rotulado “*Concepto y clases de infracciones tributarias*”, establece que son infracciones tributarias “*las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta u otra ley.*”

El artículo 191 LGT, por su parte, dispone en su apartado primero que “*constituye infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo(...)*”.

A efectos de clasificar esta infracción en las categorías de leve, grave o muy grave⁷⁰, el apartado cuarto del mismo precepto establece que “*la infracción será muy grave cuando se hubieran utilizado medios fraudulentos.*” La aclaración acerca de qué se entienda en este contexto por *medios fraudulentos* nos la ofrece el apartado 3 del artículo 184 LGT; según la literalidad del precepto, se considera como tal “*el empleo de facturas, justificantes u otros documentos falsos o falseados, siempre que la incidencia de los documentos o soportes falsos o falseados represente un porcentaje superior al 10 por ciento de la base de la sanción.*”

No se nos ofrecen, sin embargo, datos concretos acerca de la cantidad que representan las facturas falsas a efectos de determinar su incidencia en la base de la sanción. Sí se nos dice, sin embargo, que una *parte sustancial* de las ganancias obtenidas en Plenilunio se facturaban falsamente, por lo que no puede descartarse por completo la consideración de tal infracción como muy grave en base a los preceptos que acabamos de exponer.

Sea como fuere, en el caso de que el importe de lo facturado falsamente no representase un porcentaje superior al 10 por ciento de la base de la sanción, el apartado 3 del artículo 191 LGT indica que la infracción será grave cuando la base de la sanción supere los 3.000 euros y exista ocultación. Descartada esta última⁷¹, este mismo apartado indica que la infracción

⁶⁹ Recuérdese, en este sentido, que el artículo 305 CP exige que la cantidad defraudada sea de al menos 120.000 euros.

⁷⁰ Calificación establecida por el apartado primero del artículo 184 LGT.

⁷¹ Este apartado dispone que “*se entenderá que existe ocultación de datos a la Administración tributaria cuando no se presenten declaraciones o se presenten declaraciones en las que se incluyan hechos u operaciones inexistentes o con importes falsos, o en las que se omitan total o parcialmente operaciones, ingresos, rentas, productos, bienes o cualquier otro dato que incida en la determinación de la deuda tributaria, siempre que la incidencia de la deuda derivada de la ocultación en relación con la base de la sanción sea superior al 10 por*

también se considerará grave, con independencia de cuál sea la cuantía de la base de la sanción, “cuando se hayan utilizado facturas, justificantes o documentos falsos o falseados, sin que ello sea constitutivo de medio fraudulento.”⁷²

En fin, parece que en función de la incidencia que estas facturas falsas representen en la base de la sanción podremos calificar esta infracción tributaria como grave o como muy grave. La sanción, obviamente, también dependerá de la calificación en que dicha conducta finalmente encaje. Así, si finalmente la infracción se considerase grave⁷³, la sanción consistirá en multa pecuniaria proporcional del 50 al 100 por cien y se graduará incrementando el porcentaje mínimo en función de los criterios de comisión repetida de infracciones tributarias y de perjuicio económico para la Hacienda Pública, “con los incrementos porcentuales previstos para cada caso en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 187 de esta ley.”⁷⁴

Si la infracción se calificare de muy grave⁷⁵, la sanción consistirá en multa pecuniaria proporcional del 100 al 150 por ciento y se graduará incrementando el porcentaje mínimo conforme a los criterios anteriores, y con los mismos incrementos porcentuales contemplados en los párrafos a) y b) del apartado primero del artículo 187 LGT.

Con respecto a las responsabilidades penales en que haya incurrido esta sociedad por la gestión de estas ganancias, el artículo 302.2 CP establece que, en el caso de las conductas referidas al blanqueo, “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.**

ciento.” El caso que nos ocupa no versa sobre la falta de alguna declaración o sobre declaraciones inexactas u omisivas, sino sobre la total falta de ingreso de la deuda tributaria.

⁷² Cfr. artículo 191.3.a) LGT.

⁷³ Cfr. artículo 191.3 LGT, en su párrafo tercero.

⁷⁴ Los porcentajes en los que se incrementará la sanción mínima por comisión repetida de infracciones tributarias son los siguientes: de cinco puntos porcentuales, cuando el sujeto infractor hubiere sido sancionado por infracción leve; de quince puntos porcentuales cuando el sujeto infractor hubiere sido sancionado por infracción grave; y de 25 puntos porcentuales cuando el sujeto infractor hubiere sido sancionado por infracción muy grave.

Los porcentajes en que se incrementará la sanción mínima por perjuicio económico a la Hacienda Pública variarán en función de cuánto suponga el mismo. Así, cuando éste sea superior al 10 por ciento e inferior o igual al 25 por ciento, el incremento será de 10 puntos porcentuales; cuando sea superior al 25 por ciento e inferior o igual al 50 por ciento, el incremento será de 15 puntos porcentuales; y cuando éste sea superior al 50 por ciento e inferior o igual al 75 por ciento, el incremento será de 20 puntos porcentuales.

Dicho perjuicio se determinará por el porcentaje que resulte de la relación entre “la base de la sanción y la cuantía total que hubiera dejado de ingresarse en la autoliquidación, o la adecuada declaración del tributo o el importe de la devolución inicialmente obtenida.”

⁷⁵ Cfr. artículo 191.4 LGT, en su párrafo tercero.

Así mismo, se prevé que para este caso los jueces y tribunales puedan imponer las penas previstas en las letras b) a g) del artículo 33.7 CP. Conforme a este precepto, procederá en este contexto:

- i) La disolución de la persona jurídica
- ii) La suspensión de sus actividades por un máximo de cinco años
- iii) Clausura de sus locales y establecimientos por tiempo no superior a cinco años
- iv) La prohibición de realizar en un futuro las actividades en cuyo ejercicio se cometiere, encubriere o favoreciere el delito, con carácter temporal o definitivo
- v) Inhabilitación para la obtención de subvenciones y ayudas públicas, para la contratación con el sector público y para el disfrute de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un máximo de quince años
- vi) Intervención judicial para la protección de los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, y que no podrá exceder de cinco años

5- Acerca de la posibilidad de que la sociedad Na&Ma, S.L. sea considerada nula en base a la legislación societaria

La sociedad Na&Ma, S.L., constituida e inscrita en febrero de 2008, describe en sus estatutos su objeto social como la "*gestión de locales de ocio*". No obstante, a estas *actividades de ocio* subyacen diferentes conductas delictivas; referidas, como sabemos, a la captación de varias mujeres para su posterior explotación sexual; explotación que era ejercida en uno de los dos locales que la sociedad tenía abiertos al público. Parece claro, entonces, que una sociedad cuyo objeto social real y subyacente es la comisión de hechos delictivos, no podrá revestir un objeto social *lícito*.

Pues bien, una vez aclarado este punto, la primera observación que podemos apuntar es que si bien el *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital* (en adelante, *LSC*), es la norma que aplicaríamos en el presente, en el momento en que dicha sociedad se constituyó (1 de febrero de 2008) la norma que le era de aplicación es la *Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*⁷⁶ (en adelante, *LSRL*).

En este sentido, el artículo 16 LSRL dispone que "*Una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por las siguientes causas (...)*", estableciendo entre las mismas aquéllas referidas a "*resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público.*"

Así mismo, el artículo 56.1.e) LSC⁷⁷ -que es la norma aplicable en el momento en que se nos exponen los hechos-, se dispone que podría ejercitarse la correspondiente acción de nulidad en caso de ser el objeto social "*ilícito o contrario al orden público.*"

A la luz de lo anterior, podemos concluir diciendo que, en base a la legislación societaria, la sociedad Na&Ma, S.L. podrá ser declarada nula.

⁷⁶ Vigente hasta el 1 de septiembre de 2010.

⁷⁷ Vigente desde el 1 de septiembre de 2010.

6. Acerca de si la sociedad Na&Ma, S.L. pueda registrar “Pequeñas Sumisas Ardientes” como marca para la clase 43

Partiremos, para abordar la cuestión de un modo más claro, de la relación de las principales referencias legales que utilizaremos para esta labor, y que podemos sintetizar en las siguientes:

- i) Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (en adelante, *Ley de Marcas*), en sus artículos cuarto, quinto y decimoctavo
- ii) Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante, *Ley General de Publicidad*), en su artículo tercero

Pues bien, para saber si sería o no jurídicamente posible esta inscripción, comenzaremos considerando la definición que la Ley de Marcas ofrece, precisamente, sobre el término *marca*; así, éste aparece definido como “*todo signo susceptible de ser representado gráficamente que sirva para identificar en el mercado los productos o servicios ofrecidos por una empresa*”. Añade el mismo precepto que este signo podrá consistir en “*las palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas*” (artículo 4.2 a).

Así mismo, en virtud de la clasificación de Niza⁷⁸, en su 10ª edición⁷⁹, la clase 43 viene referida a servicios de restauración y hospedaje temporal. En lo relativo a las circunstancias que nos ocupan, esta clase comprende los servicios de preparación de bebidas para el consumo prestados por personas o establecimientos y los servicios de alojamiento en establecimientos que proporcionen hospedaje temporal. A esta clase es a la que pertenecería la marca “*Pequeñas Sumisas Ardientes*” que se pretende registrar.

Surge ahora la duda de si esta nomenclatura resultaría o no adecuada conforme a nuestra legislación en la materia. Sobre este punto, el artículo 5 de la Ley de Marcas, rotulado “*Prohibiciones absolutas*”, establece en su epígrafe primero, apartado f), que “*no podrán registrarse como marcas los signos que sean contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres*”.

⁷⁸ Según la Oficina Española de Patentes y Marcas, se trata de una “*clasificación de los productos y servicios para el registro de las marcas de fábrica o de comercio y las marcas de servicios.*” Vid. <http://www.oepm.es>. Último acceso: 11/06/2015

⁷⁹ Vid. <http://tramites.oepm.es/clinmar/euroclassNiza/inicio.action>. Último acceso: 11/06/2015

A los efectos de determinar qué implicaciones tenga esta noción de orden público, resulta útil acudir al criterio establecido por la antecitada Ley General de Publicidad. Ésta establece, en su artículo 3 apartado a), que será “*ilícita la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.*” A la luz de este precepto:

- i) La inscripción de una marca que se refiera a estas mujeres como “*pequeñas sumisas ardientes*” sería, a nuestro parecer, contraria a la noción de dignidad personal.
- ii) Con respecto a la vulneración de valores y derechos reconocidos en la Constitución Española de 1978 (en adelante, *CE*), veo violentados, al menos, el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, que son “*fundamento del orden político y la paz social*”⁸⁰; el derecho a no ser discriminado⁸¹, en este caso por razón de sexo⁸²; o el “*derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”⁸³

Por todo esto, nuestro criterio nos indica que la denominación de esta marca sería contraria al orden público, razón por la cual, en virtud de la prohibición que consagra el ya referido artículo 5.1.f) de la Ley de Marcas, no podrá ser inscrita como tal.

Así mismo, esta contrariedad con el orden público determinaría la no publicación de la solicitud de marca en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial, al amparo de lo establecido por el artículo 18.1 de la Ley de Marcas.

En todo caso, el examen de fondo acerca de la concurrencia o no de estas prohibiciones correrá a cargo de la Oficina Española de Patentes y Marcas, que “*procederá (...) a examinar de oficio si la solicitud de marca incurre en alguna de las prohibiciones contempladas en los artículos 5 y 9.1, letra b)*”, según artículo 20.1 de esta misma Ley.⁸⁴

⁸⁰ *Cfr.* Artículo 10.1 CE.

⁸¹ *Cfr.* Artículo 14 CE.

⁸² No es disparatado pensar, en este punto, que la amplia mención a la *sumisión* de estas mujeres reproduce estereotipos patriarcales de dominación, que en este sentido puede interpretarse como obediencia en orden a contentar sexualmente al varón. Además de ello, no deja de ser irónico calificar como *sumisas* a unas mujeres sometidas a tan burdas condiciones de explotación sexual.

⁸³ *Cfr.* Artículo 18.1 CE.

⁸⁴ Artículo que se rotula, precisamente, “*Examen de fondo.*”

Así mismo, acaso la denominación “*Pequeñas Sumisas Ardientes*” como marca sea también susceptible de atentar contra lo que el artículo 5.1.f) de la Ley de Marcas denomina “*buenas costumbres*”.

Puede servirnos también, a efectos de analizar esta contrariedad con el *orden público* y las *buenas costumbres*, la noción que de este último concepto aportan las “*Directrices relativas al examen que la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) habrá de llevar a cabo sobre las marcas comunitarias*”⁸⁵ (en adelante, *Directrices OAMI*⁸⁶); que se ocupa de los “*Motivos de denegación [de registro] absolutos*”

Su texto afirma, al referirse a las *buenas costumbres*, que si bien este concepto se refiere a valores subjetivos, éstos deben ser aplicados por el examinador del modo más objetivo posible. Por este motivo la apreciación debe hacerse en base a los criterios de una persona razonable con unos umbrales medios de tolerancia y sensibilidad; y la palabra o palabras deben ofender de forma inequívoca a las personas con un grado normal de sensibilidad.⁸⁷

Bien por el criterio antes expuesto relativo al *orden público* o bien en base a lo recién dicho acerca de las *buenas costumbres*, a nuestro parecer puede extraerse como conclusión que no procede el registro del signo “*Pequeñas sumisas ardientes*” como marca para la clase 43 de la antes mencionada *Clasificación de Niza*.

85

Vid. https://oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/trade_marks/Draft_Guidelines_WP_2/10_part_b_examination_section_4_absolute_grounds_for_refusal__complete_es.pdf. Último acceso: 11/06/2015

⁸⁶ “*El Fondo de Cooperación de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) fue diseñado para promover la armonización, modernizar la Oficinas Nacionales de Propiedad Industrial y ayudar a los usuarios del sistema de marcas y diseños comunitarios.*” Cfr. http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/Revista_InfoPYM/2011/Enero/castellano/Enero/noticia-04.html. Último acceso: 11/06/2015

⁸⁷ Vid. sentencia de 9/3/2012, en el asunto T-417/10, «*QUE BUENU YE! HIJOPUTA*», citado por “*Directrices relativas...*”. Ya citado. Pág. 6

7- Acerca de 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.

Ya tratamos anteriormente el problema que se refiere a la ilicitud del objeto social de Na&Ma, S.L., en base al artículo 56.1, letra e), de la Ley de Sociedades de Capital.⁸⁸ Esta circunstancia determina que la sociedad deba ser declarada nula mediante sentencia que abrirá la liquidación de la misma.⁸⁹ Lo anterior se traduce en que esta empresa no puede, lícitamente, operar en el mercado.

Precisamente con la finalidad de proteger la competencia en favor de todos los participantes en el mercado,⁹⁰ la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, *LCD*) prevé la consideración de desleal a la competencia que se realice infringiendo ciertas normas.

Así, en su artículo 15 -denominado, precisamente, "*Violación de normas*"- considera en su apartado primero⁹¹ desleal el hecho de "*prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de leyes*", añadiendo al respecto que esta ventaja debe ser "*significativa*".

Pues bien, la cuestión se centra en determinar si la falta de cumplimiento de sus obligaciones fiscales por parte de sociedad Na&Ma, S.L. pudiera o no suponer competencia desleal contra un hipotético local competidor que se encuentre al corriente de sus obligaciones.

Como es lógico, este incumplimiento fiscal comportará para la sociedad una serie de beneficios o ventajas que giran en torno al ahorro que esta circunstancia le supone. La respuesta, en este punto, pasaría por determinar en qué medida este beneficio pueda ser considerado una ventaja competitiva *significativa*. Así lo dispone la STS núm. 312/2012, de 24 abril cuando establece que "*la mera infracción normativa no constituye por sí sola conducta desleal, (...) se exige que la ventaja competitiva represente efectiva ventaja significativa y al utilizar el artículo [15] el término «prevalerse», se está refiriendo a que ha de tratarse de ventaja real y no potencial, debiendo de darse el necesario nexo causal entre*

⁸⁸ Este precepto dispone que "*una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por las siguientes causas: (...) e) Por no expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público.*"

⁸⁹ *Cfr.* Artículo 57.1 LSC

⁹⁰ Así lo establece el artículo 1 LCD, rotulado "*finalidad*" al disponer que "*esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad.*"

⁹¹ No es de aplicación a esta circunstancia el apartado 2 del mismo artículo, que establece que "*tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial*", por cuanto las normas infringidas son de carácter fiscal y no tienen como finalidad directa la regulación de situaciones específicas del mencionado ámbito.

la infracción y la ventaja alcanzada."

Analizando a la luz de este precepto los hechos que se nos han presentado, parece que las cantidades que se han defraudado eran cuantitativamente suficientes para ser constitutivas de una *ventaja real*.

El éxito de la acción dependerá, entonces, de que la sociedad que la ejercita demuestre, además del incumplimiento de normas, que la sociedad infractora ha logrado con ello una ventaja efectiva (ilegal) que le permita colocarse en una mejor posición de competencia en el mercado.⁹²

⁹² V.gr. mediante la reinversión de este *ahorro tributario* en la actividad, que eventualmente podría proporcionarle un aumento de beneficios.

8.1 Acerca de los órganos jurisdiccionales encargados de la investigación y del posterior proceso

El órgano jurisdiccional encargado de la investigación será de los Juzgados de Instrucción de A Coruña, en virtud de lo establecido en el artículo 14.2 del Real decreto de 14 de septiembre de 1882, *por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (en adelante, *LeCrim*). Este precepto dispone que será competente para la instrucción de las causas "*el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido, o el Juez de Violencia sobre la Mujer, o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine.*"⁹³

En este sentido, establece el artículo 303 *LeCrim* que "*la formación del sumario (...) corresponderá a los Jueces de instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva y, en su defecto, a los demás de la misma ciudad o población, cuando en ella hubiere más de uno (...).*"

Esta investigación se llevará a cabo bajo la inspección directa del Ministerio Fiscal⁹⁴. Así lo establece el artículo 306 *LeCrim*, al indicar que "*los Jueces de instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente.*"

Así mismo, el órgano jurisdiccional que se encargará del posterior proceso será la Audiencia Provincial de A Coruña, en virtud de lo establecido en el artículo 82 de *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (en adelante, *LOPJ*). Así, el apartado 1, en su inciso primero, establece:

*"Las Audiencias Provinciales conocerán en el orden penal: 1º De las causas por delito, a excepción de los que la Ley atribuye al conocimiento de los Juzgados de lo Penal o de otros Tribunales previstos en esta Ley."*⁹⁵

8.2 Acerca de cómo podría solicitarse la detención de Romelia en Rumanía

Ante las dificultades que conlleva la aparición de situaciones tales como que un condenado penalmente en un Estado que se desplace a otro para eludir el cumplimiento de la pena, o las derivadas de que un sujeto imputado en un proceso penal que se halla pendiente ante los tribunales de un Estado se encuentre en el territorio de un Estado diferente, se han venido adoptando técnicas de cooperación jurídica internacional.

⁹³ Será competente el Juzgado Central de Instrucción cuando deba resolver sobre ese delito la Audiencia Nacional.

⁹⁴ MORENO GARCÍA, V. "*La competencia*". En MORENO GARCÍA, V y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. "*Derecho Procesal Penal*." Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011. Págs. 70-72

⁹⁵ Estos juzgados conocerán de los delitos menos graves; como ya hemos analizado, a la luz de los preceptos 13 y 33 CP, los hechos delictivos que nos ocupan tienen la consideración de graves, por lo que no podrán estos Juzgados ser encargados del proceso. Tampoco parece que el conocimiento pueda ser subsumido en el resto de supuestos en que la Ley se lo atribuye a otros Tribunales.

En este contexto, en sede de la Unión Europea se ha adoptado, como concreción de la *Propuesta de Decisión Marco* presentada por la Comisión en septiembre de 2001, la *Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados Miembros* (en adelante, *DM*), que ha sustituido al procedimiento tradicional de extradición.⁹⁶

En efecto, el artículo 31 DM dispone en su apartado primero que la Orden de Detención Europea sustituirá a partir del 1 de enero de 2014 a las disposiciones contenidas en los principales convenios de extradición vigentes hasta el momento.⁹⁷ La incorporación de esta DM a los respectivos ordenamientos internos era una obligación que los 15 países que ya componían la Unión Europea debían cumplir, por mandato del artículo 34. 1 DM, antes del 31 de diciembre de 2003. Este plazo quedó diferido en favor de los diez nuevos Estados Miembros⁹⁸ a la fecha de 1 de mayo de 2004. El plazo se difiere también para Rumanía y Bulgaria, de incorporación posterior, hasta el 1 de enero de 2007. Su aplicación, ahora, lo es para todos los Estados Miembros de la Unión Europea.⁹⁹

La transposición del contenido de la Decisión Marco 2002/584 a nuestro derecho interno se encuentra actualmente en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, *de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea* (en adelante, *Ley 23/2014*), cuyo Título II se dedica a la *Orden europea de detención y entrega*.

Pues bien, parece que puede recurrirse a este sistema en este caso, puesto que:

- i) se aplica entre Estados Miembros de la Unión Europea¹⁰⁰, siendo Rumanía uno de ellos; y
- ii) se cumple lo establecido en el artículo 39 de la Ley 23/2014, que establece que “la autoridad judicial española podrá dictar una orden europea de detención y entrega para el ejercicio de acciones penales cuando, concurriendo los requisitos para ello previstos en esta Ley, concurran además los previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para acordar el ingreso en prisión preventiva del reclamado (...)”.

⁹⁶ CEDEÑO HERNÁN, C. *“La orden de detención y entrega europea: los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega”*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2010. Págs. 58-59.

⁹⁷ v. gr. el *Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea*, de 10 de marzo de 1995; o el *Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea*, de 27 de septiembre de 1996.

⁹⁸ Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa, Malta y Hungría.

⁹⁹ *Vid.*, al respecto, *Informe de la Comisión relativo a la aplicación, desde 2005, de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros*.

¹⁰⁰ *Cfr.* Artículo 34 de la Ley 23/2014.

Este precepto nos remite al artículo 503 LeCrim, que establece los requisitos que deben constatarse para acordar la prisión provisional, y que podemos resumir en los siguientes:

- i) Que en la causa conste la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con una pena máxima igual o superior a dos años de prisión
- ii) Que en la causa aparezcan motivos suficientes para creer responsable del delito a la persona contra la que se vaya a dictar auto de prisión
- iii) Que la prisión provisional persiga alguna de estas finalidades: asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando racionalmente pudiera apreciarse riesgo de fuga; evitar la alteración, destrucción u ocultación de pruebas relevantes para el enjuiciamiento, siempre que haya un peligro *fundado y concreto*; evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

Pues bien, vemos perfectamente constatados estos requisitos, puesto que:

- i) La pena del delito de trata de seres humanos prevé una pena máxima superior a dos años
- ii) Los hechos descritos nos indican que hay motivos suficientes para creer a Romelia responsable del delito
- iii) En este caso, parece que la finalidad principal sería asegurar su presencia en el proceso

Así, podemos concluir que el juez o Tribunal que conozca de la causa¹⁰¹ podrá emitir esta orden.

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

Debemos comenzar, en este punto, refiriéndonos al contenido del artículo 18.3 CE, que garantiza el secreto de las comunicaciones, y en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas.¹⁰²

No obstante, la propia CE contempla el carácter no absoluto de este derecho, consagrando como lícita la intromisión cuando hubiere recaído al respecto una resolución judicial que

¹⁰¹ Cfr. Artículo 35 de la Ley 23/2014.

¹⁰² Vid, en este sentido, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece que *"no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto (...) esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás"*; y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que dispone que *"nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia (...)"*

permita levantarlo, desvelarlo o conocerlo¹⁰³. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente¹⁰⁴ que la resolución judicial que acuerde la medida debe expresar las razones fácticas y jurídicas que justifican tal intervención, y que se refieren a los indicios de que se dispone acerca de la presunta comisión por determinada persona de un hecho delictivo grave.

Por su parte, el artículo 579 LeCrim dispone, en su apartado primero, que *“podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.”*

El apartado segundo del mismo precepto autoriza al Juez para que acuerde mediante resolución motivada la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado siempre que hubiere *“indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.”*

Así mismo, el apartado tercero del mismo artículo faculta al Juez para acordar, igualmente mediante resolución motivada y por un plazo máximo de tres meses¹⁰⁵, *“la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.”*

Podemos concluir, por lo tanto, que si se cumplen estos requisitos legales sí podrían ser intervenidas las comunicaciones de la sociedad.

En todo caso, estas medidas deben respetar los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, como refleja el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 513/2010, de 2 de junio, al recordar que *“la adopción de la medida deberá estar presidida por los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. En base al primero deberán ponderarse cuidadosamente los intereses en juego, los beneficios a obtener para la causa y los principios que puedan ocasionarse. La aplicación del principio de proporcionalidad (...) nos llevará a la conclusión de que solo debe aplicarse en supuestos excepcionales, por delitos graves, en los que concurran claros indicios de la existencia del delito y de las personas criminalmente responsables del mismo, sin que pueda nunca basarse su adopción en meras sospechas o conjeturas y por el tiempo imprescindible.”*

¹⁰³ MORENO CATENA, V. "Actos de investigación reservados a la instrucción judicial". En "Derecho Procesal Penal". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011. Pág. 242.

¹⁰⁴ Vid, entre otras, SSTC 82/2006; 165/2005; 136/2006.

¹⁰⁵ Plazo que será prorrogable por iguales períodos.

8.4 La posibilidad de tomar medidas contra la sociedad antes de que recaiga sentencia

Tomaremos como referencia, para la resolución de esta cuestión, una base normativa de referencia que podemos concretar en el artículo 544 quáter LeCrim, en relación con el último párrafo del artículo 33.7 CP. Veámoslos:

i) El apartado 7¹⁰⁶ del artículo 33 CP sienta esta posibilidad al establecer en su último párrafo, después de una detallada enumeración¹⁰⁷ de las penas¹⁰⁸ susceptibles de ser aplicadas a las personas jurídicas, que *“la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.”*

ii) Por su parte, el artículo 544 quáter LeCrim establece en su apartado 1 que *“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.”*

El apartado segundo del mismo precepto nos indica algunos de los aspectos procedimentales que han de exigirse; así, dispone que *“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 de estos preceptos, se contemplan determinados delitos susceptibles de ser cometidos por persona jurídica que aparecen ligados a específicas medidas cautelares. En este sentido, destaca (en relación con el caso que nos ocupa), lo establecido en el artículo 194 CP para delitos de prostitución, corrupción de menores, exhibicionismo y provocación sexual, que contempla la clausura temporal o definitiva de locales¹⁰⁹.

Podrán por tanto ser acordadas estas medidas cautelares, como resolución motivada del órgano jurisdiccional competente con las que provisionalmente se procede a limitar la libertad personal o la libre disposición de los bienes del presunto responsable de una acción

¹⁰⁶ Apartado introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁰⁷ Al respecto, contempla siete posibles penas en sus apartados a) a g), tales como *multa, suspensión de sus actividades o clausura de sus locales.*

¹⁰⁸ Que, según la literalidad del precepto, *“tienen todas la consideración de graves”*

¹⁰⁹ Literalmente, este precepto establece que *“cuando en la realización de los actos se utilizaren establecimientos o locales, abiertos o no al público, podrá decretarse en la sentencia condenatoria su clausura temporal o definitiva. La clausura temporal, que no podrá exceder de cinco años, podrá adoptarse también con carácter cautelar.”*

delictiva, para garantizar los efectos personales y civiles de la sentencia. De este modo, se trataría de evitar que durante la instrucción de la causa el presunto responsable pueda continuar con su conducta delictiva aprovechándose de la estructura social de la persona jurídica.¹¹⁰

En contraposición a estas medidas cautelares, que pueden calificarse como de *carácter personal*¹¹¹, debemos considerar también las de *carácter real* reguladas en los Títulos IX y X del Libro II, al que debemos añadir el artículo 764 LeCrim, relativo al procedimiento abreviado. Dichas medidas ¹¹², por cuanto contribuyen a asegurar las eventuales responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho delictivo, son susceptibles de ser acordadas tanto con respecto a personas físicas como a jurídicas.

8.5 Aspectos relativos a la posible intervención de la cuenta gibraltareña

Para estos casos de obtención de pruebas en orden a una investigación penal, lo normal es acudir al llamado *exhorto europeo de obtención de pruebas*, regulado en el Título X de la ya tratada Ley 23/2014.

Así, el *exhorto europeo de obtención de pruebas* consiste, según la definición contenida en la propia Ley¹¹³, en una resolución judicial emitida por la autoridad competente de un Estado Miembro, con el fin de recabar documentos, objetos y datos de otro Estado Miembro para que puedan ser utilizados en un proceso penal.

El artículo 187 establece que dicho exhorto podrá comprender “*objetos, documentos o datos que ya obren en poder de la autoridad de ejecución, así como cualquier otro objeto, documento o dato que la autoridad de ejecución descubra durante su ejecución (...)*”

No obstante, el apartado segundo de este precepto establece una regla general, mediante la cual se excluye la emisión del exhorto europeo de obtención de pruebas cuando sea para solicitar a la autoridad de ejecución ciertas medidas, como el inicio de interrogatorios¹¹⁴ o los registros corporales.¹¹⁵

Una de estas exclusiones es la contenida en el apartado c), según la cual no podrá emitirse

¹¹⁰ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.A; GUILLAMÓN SENENT, J.V. y NIETO-LÓPEZ-ARIAS, M. “Medidas cautelares en el proceso penal”. 355 preguntas y respuestas. Ed. Sepín. Madrid, 2008. Pág. 267.

¹¹¹ ARANGÜENA FANEGO, C. “Responsabilidad penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales”. En Revista de Derecho Empresarial. No.2. Octubre 2014. Págs. 83-115

¹¹² *Verbigracia* embargos o fianzas.

¹¹³ *Cfr.* Artículo 186 de la Ley 23/2014

¹¹⁴ *Cfr.* Artículo 187.2.a) de la Ley 23/2014

¹¹⁵ *Cfr.* Artículo 187.2.b) de la Ley 23/2014

exhorto para solicitar a la autoridad de ejecución “que obtenga información en tiempo real mediante intervención de comunicaciones, vigilancia o control de cuentas bancarias.”

Podemos concluir, a la luz de esto, que no podrán ser investigados los movimientos de la cuenta gibraltareña.

8.6 Acerca de cómo deba articularse la representación en juicio de la sociedad

Tenemos que partir, en este punto, de recordar que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales, pudiendo tener, en principio, las mismas garantías procesales de que gozan las personas físicas, y siempre que la propia naturaleza de la persona jurídica lo permita.¹¹⁶

La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 no trajo consigo las reformas procesales exigidas¹¹⁷ por la nueva situación que establecía con respecto a las personas jurídicas. De este modo, Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal ha venido a introducir “*ciertas modificaciones inexcusables, exigidas por la nueva situación derivada de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y relativas a las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, como reza su propia Exposición de Motivos.

Pues bien, por medio del artículo 1.2 de esta Ley 37/2011 se añade a la LeCrim un nuevo artículo 119, que sienta las reglas generales sobre la imputación de las personas jurídicas y que, por tanto, será de aplicación en el caso que nos ocupa, a efectos de articular la representación de la sociedad Na&Ma, S.L. en juicio.

Así, establece el apartado primero de este precepto que “*Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 118¹¹⁸ de esta Ley, haya de procederse a la imputación de una persona jurídica, se practicará con ésta la comparecencia prevista en el artículo 775.*”¹¹⁹ Indica el mismo precepto, a continuación, una serie de particularidades en sus apartados *a)* a *d)*. Veámoslas:

¹¹⁶ ABASCAL JUNQUERA, A. “*Problemas y soluciones a la imputación de las personas jurídicas en el proceso penal. Perspectiva legal y constitucional.*” En Revista jurídica de Asturias, nº 36, 2013. Pág. 118.

¹¹⁷ GARCÍA MORALES, O. “*La persona jurídica ante el Derecho y el Proceso Penal.*” En <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3202/documento/art18.pdf?id=3347>. Pág. 151.

¹¹⁸ Este precepto establece que “*toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa (...)*”

¹¹⁹ Según el apartado primero de este precepto, “*En la primera comparecencia el Juez informará al imputado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan.*”

- i) Se efectuará la citación donde sea el domicilio social de la persona jurídica. Así mismo, se le requerirá para que designe, además de abogado y procurador, a un representante; que, en caso de no ser designado, no obstará para que se sustancie el procedimiento en presencia del abogado y procurador designados.¹²⁰
- ii) El representante designado por la persona jurídica llevará a cabo la comparecencia, acompañado por el abogado de la misma. En caso de faltar el representante, la comparecencia se practicará con éste último.¹²¹
- iii) El representante que haya sido designado por la persona jurídica (o, en su caso, el abogado), recibirán del Juez la información acerca de los hechos que se le imputan.¹²²
- iv) A efectos de efectuar las pertinentes notificaciones, la designación de Procurador sustituirá a la indicación del domicilio. De este modo, se practicarán con éste todos los actos de comunicación posteriores. Si este Procurador fuere nombrado de oficio, su identidad será comunicada a la persona jurídica.¹²³

En este sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital* (en adelante, LSC) dispone su artículo 233 que “*la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos (...)*”; dicha representación se extenderá, según el artículo 234 LSC, “*a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.*”

Debemos observar, no obstante, que la entrada en vigor de esta LSC se produce en septiembre de 2010, antes de la reforma que la LO 5/2010 operó en el Código Penal y, por lo tanto, antes de la articulación, en base a la misma, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es por esto por lo que entendemos que estas reglas deben ser contempladas de un modo subsidiario a las expuestas primeramente.

Concluimos, entonces, salvando la particularidad antes reseñada, apuntando que éste será el modo en que podrá ser articulada en juicio la representación de la sociedad Na&Ma, S.L.

¹²⁰ Cfr. Artículo 119.1.a) LeCrim.

¹²¹ Cfr. Artículo 119.1.b) LeCrim.

¹²² Cfr. Artículo 119.1.c) LeCrim, que establece que la información se facilitará por escrito o entregando copia de la denuncia o querrela presentada.

¹²³ Cfr. Artículo 119.1.d) LeCrim.

Anexo

Breve referencia a las modificaciones operadas en el artículo 318 bis CP

Desde su inclusión en el Código Penal de 1995, en su artículo 312, dedicado al tráfico ilegal de mano de obra y en su artículo 313.1, dedicado a la promoción de la inmigración clandestina a España, esta figura delictiva ha sufrido numerosas reformas. Como hemos visto, los hechos relatados en el caso han determinado la aplicación, en ocasiones, de redacciones anteriores del actual artículo 318 bis. Es por ello por lo que nos parece útil exponer las principales modificaciones que ha sufrido este precepto. Veámoslas:

- En primer lugar, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, *de Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, introduce por medio de su disposición final segunda el Título XV bis, dedicado a los “*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*”, y compuesto únicamente por el artículo 318 bis, dedicado ya al tráfico ilegal de personas con carácter general. Así mismo, la disposición final primera de esta misma norma eleva las penas previstas en los artículos 312 y 313 CP. Por último, su disposición final tercera modifica los preceptos 512, 517 y 518, tipificando como asociación ilícita aquéllas que se dediquen a promover el tráfico ilegal de personas.
- Por su parte, la Ley Orgánica 11/2003 de 29 septiembre, de “*Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*”, ha supuesto:
 - i) Elevación sustancial de las penas
 - ii) Modificación de la redacción del tipo básico contenido en el número 1, añadiendo así a las conductas típicas las relativas al artículo 313 CP, añadiendo la posibilidad de *promover, favorecer o facilitar* tanto el tráfico ilegal como la inmigración clandestina, y de manera tanto directa como indirecta.
 - iii) Cualificación del número 2 de este precepto cuando la finalidad de esta conducta sea la explotación sexual. Además, este apartado ya no exige que la conducta se cometa empleando violencia, intimidación o engaño, o con abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima; de hecho, si se emplea cualquiera de los anteriores medios, a excepción del referido al abuso de la situación de necesidad de la víctima, será de aplicación el subtipo agravado del apartado 3.
 - iv) Unificación, en el apartado 3 de este precepto, de las agravaciones antes establecidas en los números 2 y 3, tales como el ánimo de lucro o el empleo de

violencia o intimidación. Se añade como cualificación el abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima o su condición de incapaz.

- v) El apartado cuarto pasa a contemplar la agravación de prevalecerse de condición de autoridad.
- vi) Al apartado 5, que contemplaba la agravación de la conducta por pertenencia a una organización o asociación dedicada a la realización de tales actividades se añade la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena ,y se prevé la posibilidad de adoptar las medidas previstas en el artículo 129 CP.
- vii) El apartado 6 abre la posibilidad a los Tribunales para imponer la pena inferior en grado a la luz de la gravedad del hecho y de las circunstancias que lo rodeen, las condiciones del culpable y la finalidad que persiga.

- El artículo segundo, apartado dos, de la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, modifica la redacción del apartado uno de este artículo 318 bis CP, que queda redactado de este modo:

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

- Por último, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, introduce un tratamiento separado del tráfico de personas y la inmigración clandestina, que quedan establecidos en sendos artículos 177 bis y 318 bis CP.

Índice Jurisprudencial

STS núm. 63/2014 de 4 febrero. RJ 2014/903

STS núm. 356/2014 de 6 de mayo. RJ 2014/2202

STS núm. 850/2013 de 4 de noviembre. RJ 2013/7339

STS núm. 1024/2012 de 19 diciembre. RJ 2013/471

STS núm. 8701/2012, de 5 de diciembre. RJ 974/2012

STS núm. 4015/2012, de 12 de junio. RJ 2012/476

STS núm. 312/2012, de 24 de abril. RJ 2012/5761

STS núm. 14/2012 de 12 de enero. RJ 2012/322

STS núm. 941/2011, de 14 septiembre. RJ 2011/6458

STS núm. 1105/2010, de 16 de diciembre. RJ 2011/164

STS núm. 513/2010, de 2 de junio, RJ 11429/2009 P

STS núm. 1938/2007, de 7 de noviembre. JUR 2007/361919

STS núm. 302/2007 de 3 de abril. RJ 2007/2453

STS núm. 266/2005, de 1 de marzo. RJ 2005/3859

STS núm. 1276/2003 de 7 de octubre. RJ 2003/8489

STS núm. 1047/2003 de 16 de julio. RJ 2003/6192

STS núm. 216/2002 de 11 de mayo. RJ 2002/4737

STS núm. 1778/2000, de 21 de noviembre. RJ 2000/9551

STS núm. 1251/1997 de 3 de noviembre. RJ 1997/7904

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARANGÜENA FANEGO, C. “Responsabilidad penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales”. En Revista de Derecho Empresarial. No.2. Octubre 2014

ARAÚJO REBOUÇAS, SÉRGIO BRUNO. “Autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas: derecho penal español y derecho comparado”. R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 34, n. 1, enero/junio 2013.

CEDEÑO HERNÁN, C. “La orden de detención y entrega europea: los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega”. Ed. Aranzadi. Navarra, 2010

CIMÁS GIMÉNEZ, M (Dir.) “Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos.” Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007.

COBO DEL ROSAL, M. y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. “Blanqueo de Capitales”. Ed. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas S.L. Madrid: 2005.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.). “Código Penal Comentado.” Ed. Bosch. Barcelona: 2012.

GARAIZÁBAL ELIZALDE, C. “La trata de seres humanos”. Disponible en “Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas”. IGLESIAS SKULJ, A. y PUENTE ABA, L. (Coords.) Ed. Comares. Granada, 2012.

GARCÍA SÁNCHEZ, B. “La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal.” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. LVIII, 2005.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.A; GUILLAMÓN SENENT, J.V. y NIETO-LÓPEZ-ARIAS, M. “Medidas cautelares en el proceso penal”. 355 preguntas y respuestas. Ed. Sepín. Madrid, 2008.

LÓPEZ CERVILLA, J.M. “Tráfico ilícito de personas. La reforma del artículo 318 bis del Código Penal”. Ministerio de Justicia, Boletín núm. 1977. 2004. Disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344080446?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content>.

LUZÓN CUESTA, J.M. “Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial.” Ed. Dykinson. Madrid, 2011.

- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *“La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP.”* Ed. Atelier. Barcelona, 2007.
- MARTOS NÚÑEZ, J.A. *“El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”*. Revista Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXII (2012).
- MAYORDOMO RODRIGO, V. *“El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas.”* Ed. Iustel. Madrid: 2008.
- MAYORDOMO RODRIGO, V. *“Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”*. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI, 2011.
- MORENO CATENA, V. *“Actos de investigación reservados a la instrucción judicial”*. Disponible en *“Derecho Procesal Penal”*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011.
- MORENO GARCÍA, V. *“La competencia”*. En MORENO GARCÍA, V y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *“Derecho Procesal Penal.”* Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *“Derecho Penal. Parte General”*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011.
- PLA VALL, ÁNGELES y SALVADOR CIFRE, CONCHA. *Impuesto sobre Sociedades: régimen general y empresas de reducida dimensión.* Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia: 2008.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO. *“Los delitos relativos a la prostitución”*, disponible en *“Delitos contra la libertad sexual: situación actual y perspectivas de futuro”*. Centro de Estudios Jurídicos, 17 y 18 de octubre de 2013, en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Gonzalo%20Quintero%20Olivares.pdf?idFile=b36893ae-81d1-474a-8b1f-61f051678acc. Último acceso: 15/6/2015.
- SANCHA SERRANO, E. *“Aproximación a la trata de personas”*, en *“Nuevos Retos en la Lucha contra la Trata de Personas con Fines de Explotación Sexual”*, vva. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2012.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ CARLOS (Coord.): *“Manual de de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial”*. Ed. Civitas. Pamplona: 2011.