



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO FIN DE GRADO

Facultad de Derecho

“SUPUESTO PRÁCTICO SOBRE TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO”

Autora: Linarejos Martínez Bujes

Tutora: Emma Montanos Ferrín

22/06/2015

ÍNDICE

I. Antecedentes de hecho	2
II. Primer dictamen.	
• Trata de seres humanos	6
• Prostitución coactiva.....	8
• Prostitución de menores.....	10
• Detención ilegal	11
• Agravante de asociación ilícita.....	11
• Conclusión.....	13
III. Segundo dictamen.	
• Tráfico de estupefacientes.....	16
• Conclusión.....	18
IV. Tercer dictamen.	
• Blanqueo de capitales.....	19
• Defraudación a la Hacienda Pública.....	22
• Falsificación documental.....	25
• Conclusión.....	26
V. Cuarto dictamen	
• Responsabilidad de la sociedad Na&Ma S.L.	30
• Conclusión	33
VI. Quinto dictamen	
• Nulidad de una sociedad mercantil.....	35
• Conclusión.....	35
VII. Sexto dictamen	
• Registro de marca en la clase 43	36
• Conclusión.....	38
VIII. Séptimo dictamen	
• Competencia desleal	40
• Conclusión.....	42
IX. Octavo dictamen.	
• Órgano encargado de la investigación y del posterior proceso.....	44
• Detención de Romelia.....	44
• Medidas cautelares contra la sociedad.....	45
• Comunicaciones intervenidas.....	45
• Cuenta bancaria gibraltareña.....	45
• Representación en juicio de la sociedad.....	46
X. Bibliografía y abreviaturas.....	47

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.-A comienzos del año 2010, encontrándose María D en su país, Rumanía, una amiga llamada Romelia le ofrece un puesto de trabajo como limpiadora en un restaurante situado en España y que es propiedad de una tía de ésta cuyo nombre es Tatiana.

María D acepta su trabajo, y Romelia le compra el billete de autobús para que viaje a España.

SEGUNDO.- Con fecha 29 de marzo de 2010 María D llega a A Coruña, siendo recibida en la estación de autobuses por Tatiana, quien la llevó directamente a un establecimiento denominado “Plenilunio”, lugar en el que va a desarrollar el trabajo que le había sido prometido por Romelia.

Tan pronto están en el local mencionado, Tatiana informa a María D que en realidad su trabajo va a consistir en ejercer la prostitución, debiendo empezar esa misma noche, para de esa forma comenzar a saldar la deuda que había contraído por su traslado a España, sin que se le concrete a cuánto asciende el importe total de esa “deuda”.

TERCERO.- Seguidamente Tatiana hace entrega a María D de “ropa de trabajo”, explicándole que su horario laboral es diario, comenzando a las 17:30 horas y de forma ininterrumpida hasta las 4:00 horas en que finaliza.

Le obliga a aceptar servicios sexuales aunque el cliente no utilice preservativo. María D debe de pernoctar de forma permanente en el indicado local y se le hace la advertencia de que sólo podrá salir del recinto en horario que no sea el establecido de trabajo, para en el caso de que deba salir, lo hará siempre bajo la custodia de Pietro, a la postre camarero del establecimiento.

Tatiana también le impone las siguientes condiciones económicas: El primer servicio que realice cada noche, el 100% de su importe será para los responsables del club; y el segundo el 50% para María D y el otro 50% para los anteriores. Las copas a las que podía ser invitada por los clientes, las cobraría íntegramente Pietro, y además el 100% del importe por cada servicio sexual que se hiciese, lo pagarían a la recepcionista del local llamada Zulaika, la que al finalizar la noche haría entrega de todo el dinero recaudado a Tatiana.

En los cuatro años siguientes, tan solo María llegó a realizar más de un servicio del que no llegó a recibir su 50%, ya que Tatiana se quedó con el importe de manera total.

CUARTO.- El día 13 de mayo de 2014 María D pide permiso a Tatiana para salir del recinto del local ya que necesitaba ir a la ciudad para comprar lencería que uno de los clientes le solicitaba. Se le concede el permiso, pero tal y como se le advirtió en su momento, iría acompañada en todo momento por Pietro.

QUINTO.- Encontrándose en la tienda de lencería, Pietro le dice a María D que va a ausentarse sobre una media hora por necesitar hacer unos recados.

Aprovechando la marcha de Pietro, es cuando María D cuenta a las dependientas del establecimiento la situación en la que se encuentra desde su llegada a España.

Así las cosas, María D es protegida por las empleadas, las que de forma urgente llaman a la Policía Nacional, encargándose ya la autoridad policial de María D que es trasladada a la Comisaría de Policía.

Una vez allí, María D como víctima, pide ser protegida, pasando a declarar de manera minuciosa todo lo que le ha venido sucediendo, además de dar nombres y detalles del tipo de actividad que se realiza en el “Plenilunio”, así como el número de chicas que están en las mismas condiciones que ella.

SEXTO.- Realizadas las primeras diligencias del atestado, miembros de la Policía Nacional con la autorización judicial correspondiente, practican entrada y registro en el local “Plenilunio” deteniendo en ese momento a Tatiana; Zulaika y Pietro.

Además, viven en dicho local otras 7 mujeres de nacionalidad rumana, una de nombre Nicoara, menor de edad, pues tiene 17 años.

SÉPTIMO.- En la inspección del local, mediante acta se hace constar los objetos que se intervienen en ese acto. Entre los diferentes, cabe destacar:

1º) En la oficina que utilizaba Tatiana, se ocupa un libro en el que se registra la entrada de mujeres al local, constando que todas ellas, a excepción de María D, que efectivamente llegó en marzo de 2010, las demás llegan de Rumanía entre 2012 y 2014.

2º) En la dependencia que servía de recepción, cuya labor realizaba Zulaika, se intervienen los pasaportes de todas las chicas, incluido el de Nicoara en el que consta claramente su fecha de nacimiento y por tanto su minoría de edad.

3º) En la barra del bar, los agentes policiales observan que existe un armario pequeño cerrado con llave. Abierto el armario por Pietro, se recogen 17 frascos pequeños etiquetados bajo el nombre “Orgasmus” y “Liquid Gold” sin concretarse el volumen de cada frasco. (Posteriormente analizado el líquido resulta ser “nitrito de amilo”)

Y una bolsa de plástico conteniendo una sustancia en formato pastillo, arrojando un peso de 7 gramos. (Posteriormente analizada esta sustancia, resultó ser “hidrocloruro de Ketamina”)

OCTAVO.- Traslados los detenidos a Comisaría de Policía, ser informados de sus derechos, los motivos de su detención, deciden prestar declaración en presencia de su Letrado. Manifiestan lo siguiente:

Tatiana.- Dice que las chicas eran en todo momento conscientes de que venían a España a ejercer la prostitución y tenían que abonar con su trabajo el viaje desde Rumanía que corría a cargo de la sociedad que gestiona el local “Na&Ma S.L.”. Añade que se limita a cumplir instrucciones de sus jefes, los socios Alberto M y Santiago N.

Preguntada por la situación de Nicoara, dice desconocer su minoría de edad.

Preguntada por el hecho de que todas las ventanas del local estuviesen enrejadas, dice que se instalaron para prevenir robos.

Y que las mujeres pueden salir del local fuera de su horario de trabajo y que el motivo de ir siempre acompañadas por Pietro era por “su propia seguridad”, dado que las mujeres apenas hablan español.

Zulaika.- Ratifica la misma declaración que efectúa Tatiana, añadiendo que su función era exclusivamente la de controlar la entrada de hombres al local y guardar en depósito el dinero que éstos entregaban a cambio de los servicios sexuales de las mujeres.

Preguntada por la situación de Nicoara, afirma desconocer su minoría de edad, aunque en el pasaporte consta claramente su minoría de edad por fecha de nacimiento.

Pietro.- También ratifica la declaración de Tatiana y Zulaika, alegando ser un simple camarero, y desconocer la situación de minoría de edad de Nicoara.

Preguntado por los 17 frasquitos intervenidos, afirma que se trata de “Popper”, un excitante sexual que él mismo adquiere a través de internet de una tienda on-line polaca para vendérselo a los clientes que lo soliciten.

Preguntado por las pastillas, dice que un cliente que no tenía dinero para sufragar un servicio sexual entregó como pago en especie dichas pastillas y que, en ocasiones, algunas de las chicas (si así se lo piden, pues él es el único que tiene llave del armario) y él mismo las consume en el local. Reconoce que en una ocasión vendió una de esas pastillas a un cliente.

NOVENO.- Puestos a disposición judicial los tres detenidos, la línea de investigación se dirige a la sociedad Na&Ma S.L., propietaria del local.

DÉCIMO.- Esta mercantil cuenta desde su nacimiento con 2 socios, Santiago N, que es titular del 51% de las participaciones en que se divide el capital social y Alberto M, titular del 49% de participaciones.

En los estatutos de dicha sociedad consta como objeto social la “gestión de locales de ocio”, contando con dos establecimientos abiertos al público, el mencionado “Plenilunio” y un restaurante de nombre “Luna de Principito”.

DECIMOPRIMERO.- Examinadas las cuentas de esta sociedad, resultado acreditado que la gran mayoría de ingresos provenían del negocio Plenilunio, si bien no se declaraba a la Hacienda Pública.

Tatiana llevaba el dinero en metálico una vez al mes a la sede de Na&Ma S.L. entregándoselo en mano a ambos socios. Estos la recompensaban con un 10% de las cantidades.

Otra parte de las ganancias se facturaban falsamente en concepto de comidas en el mencionado restaurante “Luna del Principito”.

DECIMOSEGUNDO.-La investigación pudo acreditar que las cantidades que la Sociedad habría debido pagar a efectos del Impuesto de Sociedades las siguientes cuotas tributarias:

Ejercicio 2009: 156.000 euros.

Ejercicio 2010: 161.000 euros.

Ejercicio 2011: 170.000 euros.

Ejercicio 2012: 125.000 euros.

Ejercicio 2013: 119.000 euros.

DECIMOTERCERO.- Todas estas cantidades defraudadas se encuentran depositadas en una cuenta abierta en Gibraltar el 1 de febrero de 2008.

La idea de desviar estos fondos a Gibraltar fue dada a los socios por el abogado de la sociedad, llamado Xaime P quien les garantizó la opacidad de las cuentas gibraltareñas y las dificultades que esto conllevaría en caso de una eventual investigación policial.

PRIMER DICTAMEN.

Delito de trata de seres humanos

Fundamentos jurídicos.

Artículo 177 bis CP. (Nos centramos en los epígrafes relacionados con el concreto supuesto)

1. 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 de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

b) La explotación sexual.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

b) la víctima sea menor de edad;

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

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

Conducta típica y bien jurídico protegido.

A tenor de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo, la trata de personas se define como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que tenga autoridad, que posea el control, sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación

incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

La trata de seres humanos constituye una grave violación de los derechos humanos, en cuanto lesiona los bienes jurídicos más esenciales, como la vida, la integridad, la dignidad, la libertad sexual, laboral y debe procurarse hacer todo lo posible por detectar y proteger a sus posibles víctimas. Es una auténtica tragedia humanitaria. La dignidad de la persona se polariza en el germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales¹. Una sociedad que se precie de serlo, no puede considerarse civilizada si consiente o tolera, del modo que fuere que, rebajando a otro ser humano a la mera condición de cosa, se pueda comercializar y explotar económicamente a una persona. Sin duda, favorecen ese floreciente y aberrante negocio de la esclavitud sexual, la internacionalización de las organizaciones criminales, el incremento de la pobreza y la irrupción y expansión de la corrupción, la creciente demanda del mercado sexual, reclamando mujeres cada vez más jóvenes, e incluso niñas, una regulación laxa y poco efectiva, de la desfragmentación de responsabilidades y la renovación continuada.²

Es una realidad que en el mundo actual hay miles de personas, sobre todo mujeres, que son sacadas de sus hogares y familias para ser trasladadas a otros países o continentes y ser usadas como mano de obra baratas o ser explotadas sexualmente.

Si bien, con todo esto, resulta preciso e importante matizar que la trata de personas y la prostitución son dos figuras separadas y que se puede dar la primera sin que necesariamente se dé la segunda *La trata de seres humanos y la prostitución forzada, en su modalidad de explotación sexual coactiva, constituyen dos fenómenos diversos en ocasiones convergentes, pero no plenamente coincidentes, con sus propias singularidades. La trata para la explotación sexual comporta una especie de la trata, como fenómenos general, en que la mayor parte de las víctimas son mujeres, muchas incluso adolescentes y hasta niñas, y, en cuya génesis, no solo cabe tener en cuenta factores económicos, sociales y culturales, sino que se explica también desde la perspectiva de género y, se identifica con el proceso que conduce a la esclavización.³*

El artículo 177 bis del Código Penal⁴ tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. En este precepto se castiga a la trata de seres humanos, enumerando como conductas típicas, la captación, el traslado, el transporte, el acogimiento, la recepción o el alojamiento, con distintas finalidades, entre ellas la de explotación para la mendicidad o prácticas similares a la esclavitud, pero refiriendo como medios comisivos el empleo de violencia, intimidación o engaño o el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.⁵

Es sin duda una de las novedades más significativas en la reforma del Código Penal llevada a cabo por la L.O. 5/2010, del 22 de junio, la introducción de la figura punitiva de la trata de personas, y con ella la entrada en vigor del artículo 177 bis, que es el que

¹ Artículo 10 de la Constitución Española.

² Sentencia 15/09/2014 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

³ Sentencia del 15/09/2014 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

⁴ Introducido en el ordenamiento con la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010.

⁵ STS 910/2013, de 3 de diciembre.

pasa a regular este delito. Como nos hace ver la Exposición de Motivos de dicha reforma penal, “El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis del Código Penal, resultaba a todas luces inadecuada, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales, como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos”.

Y bien, para llevar a cabo este plan se creó el Título VII Bis⁶, denominado “De la trata de seres humanos” Y es así como el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y libertad de los sujetos pasivos que la sufren.

La trata de blancas en Europa Central y Occidental.

La OIM calcula que en la Unión Europea hay, al menos, 750.000 mujeres extranjeras que ejercen la prostitución, de cuyo negocio se obtiene más de siete mil millones de dólares anuales.

En referencia con el sector central y occidental europeo, el mosaico de países que integran la zona es visiblemente variado, a pesar de que no cubran una extensión geográficamente significativa, puesto que lo componen tanto países que antaño formaron parte del bloque del Este –incluyendo los balcánicos- como los países de la Europa económicamente más próspera, los occidentales.

En cuanto al perfil de los ofensores, los hombres son claramente más numerosos que las mujeres investigadas, acusadas y condenadas, ya que en raras ocasiones es de más de un tercio del número de hombres. Normalmente, los traficantes victimizan a personas de su misma nacionalidad.

Con relación a las víctimas, mayoritariamente son mujeres adultas, más que menores. En general, pues, las víctimas femeninas adultas son las más comunes, pero en algunos países del sur- este de Europa, el número de víctimas niñas identificadas o acogidas fue generalmente más elevado que en el resto de Europa.

Delito de prostitución coactiva

Fundamentos jurídicos.

Artículo 188 CP.

1. 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.

4. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

⁶ Este título se ubica entre los que criminalizan las torturas y otros delitos contra la integridad moral (Título VII) y los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (Título VIII), adaptándose así de forma adecuada a la Carta de los Derechos Fundamentales de la U.E. donde se prohíbe la trata de seres humanos (en el art. 5.3) en el ámbito propio de la dignidad de las personas (derecho a la vida en el art. 2, derecho a la integridad de la persona en el art. 3, prohibición de la tortura y de las penas o los trabajos inhumanos o degradantes en el art. 4, y prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado en el art. 5).

b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

Conducta típica y bien jurídico protegido.

Sociológicamente podemos hablar de la prostitución desde muchos puntos de vista. Desde el punto de vista de empresa como una organización con ánimo de lucro, desde el punto de vista del género como una puesta a disposición de las mujeres para con los hombres, desde el punto de vista de la desviación como una conducta al margen de la ley, desde el punto de vista de la sexualidad como una forma de expresión, desde el punto de vista de la exclusión podríamos decir que quienes la practican sufren el riesgo de la marginación social, o desde el punto de la salud podríamos decir que supone un riesgo para las enfermedades de transmisión sexual o las drogas, por su relación. Estos entre otros.⁷

La prostitución ha sido definida como la prestación de servicios de índole sexual con tendencia a la reiteración o la habitualidad y mediante un precio generalmente consistente en una cantidad de dinero.

El Tribunal Supremo define la prostitución en el sentido de que implica el mantenimiento de relaciones sexuales a cambio de dinero cualquiera que sea la importancia del precio.⁸ El Código Penal se refiere a prostitución cuando considera como agravante la finalidad de explotación sexual. En cualquier caso, una finalidad de explotación es inherente al ánimo de lucro del explotador. Por lo tanto, la existencia del ánimo de lucro es inherente y consustancial a la finalidad de explotación sexual, generalmente a través de actividades de prostitución, de manera que quien explota o pretende explotar la prostitución de otros no lo hace de forma desvinculada de las ganancias económicas que el ejercicio ese supone.

En cuanto a los delitos relativos a la prostitución del art. 188.1, en SSTs, 17/2014 de 28.1 y 1425/3005, recordábamos que la realidad criminológica, que constantemente nos pone ante el fenómeno de la explotación de la prostitución ajena, ha obligado a todos los Estados civilizados, incluso mediante Convenios Internacionales, puesto que el fenómeno traspasa fácilmente las fronteras de cada nación, a salir al paso y reprimir penalmente un actividad en la que el afán de lucro lleva a convertir en mercancía a la persona, con absoluto desconocimiento de su dignidad, desconociendo o quebrantando, es preciso, su libertad con especial incidencia en la dimensión sexual de la misma. En relación al artículo 188.1, la conducta típica ofrece determinar a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución, caso de no haber ejercido nunca y tratarse de la primera vez, o de haberla ejercido con anterioridad pero haber abandonado.

Los medios comisivos pueden ser de múltiples y de muy diversa índole, aunque legalmente equiparados a efectos punitivos. La ambigua expresión utilizada por la redacción originaria del C.P. 1995 “determine coactivamente...” fue sustituida, tras la reforma de 1999, por otra más clara y contundente en lo que concierne a su interpretación “determine empleando violencia, intimidación o engaño”, pues es sabido que el primer medio comisivo equivale a fuerza física, directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el

⁷ “Las distintas caras de la prostitución o del intento de encontrar una definición ”págs. 22-24, Libro “Prostitución: ¿hacia la legalización?, Autora: Carolina Villacampa Estiarte”.

⁸ STS 484/2007 .

futuro si no se dedica a la prostitución, es decir, la llamada *vis compulsiva*, mientras el segundo corresponde con la fuerza psíquica o moral, es decir, con amenazas en sentido estricto o el ejercicio de cierta clase de fuerza sobre las cosas, en tanto el tercero es sinónimo de fraude o maquinación fraudulenta, sería el caso en el que se convence a alguien bajo oferta vinculada de trabajo para que venga a España a trabajar desde el extranjero.⁹

Diversos ejemplos sobre prostitución coactiva y agravante por especial vulnerabilidad de la víctima.

...Una vez que las chicas se encontraban en nuestro país, se les exigía la devolución de la mencionada cantidad, y el reembolso adicional, que deberían conseguir ejerciendo la prostitución en un club. Asimismo, la referida sentencia¹¹ considera como modalidad coactiva típica la retención del pasaporte hasta el momento en que se amortiza el dinero, así como el empleo de “vías de hecho” como son el control de cada uno de los “servicios” prestados por las indicadas mujeres o la vigilancia de sus salidas a la ciudad.¹⁰

En la sentencia de 3.2.99 (STS 161/1999) se refiere a un supuesto que podemos considerar como ejemplo de abuso de la situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, en el que los acusados se aprovecharon de la extremada juventud de una joven checa, de su desconocimiento del idioma y las costumbres españolas, de su ausencia de amistades de confianza y de su situación ilegal en España, para negarles sus ganancias y obligarla así a continuar ejerciendo la prostitución.

La STS 1176/98 de 7.10 refiere un supuesto de “importación” de una joven colombiana para el ejercicio de la prostitución en condiciones engañosas, con retención de pasaporte y exigencia de devolución de una suma exagerada.

La STS 1663/99 de 26.11, contempla el caso de traer a súbditas extranjeras, sin que supieran que venían a ejercer la prostitución, desde sus países y las obligan a permanecer en su club y ejercer el comercio carnal.

Delito de prostitución a menores

Fundamentos jurídicos.

Artículo 188 CP.

2. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre una 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.

4. Se impondrán las penas previstas en los apartaos anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

⁹ SSTS 17.9 y 22.10.01

¹⁰ STS 219/2015.

b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

En el caso enjuiciado se han acreditado todos los requisitos que configuran dicho delito, como son: 1º) La víctima es menor de edad, 2º) Los procesados captan, trasladan y alojan a la menor [...] 4º) La situación de vulnerabilidad de la víctima es manifiesta pues es extranjera que llega a un país y lugar que desconoce por completo, tampoco maneja bien el idioma, donde no tiene familiares ni amigos, de forma que depende totalmente de Adoración y el compañero de ésta. 5º) La finalidad de explotación sexual aparece igualmente con toda claridad pues, como se ha razonado, una vez está alojada en Medina del Campo le conminan a ejercer la prostitución en el club Jamaica y el dinero que obtenía de esta manera le era requisado y recogido por Adoración y contado en segunda instancia por Jesús Manuel.

El tipo delictivo del artículo 188.1 y 2 del Código Penal castiga a quien, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima determine a otra persona a ejercer la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la víctima. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre menor de edad para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años.¹¹

Delito de detención ilegal

Fundamentos jurídicos.

Artículo 163 CP.

1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.
3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.

En relación a este delito, es suficiente con mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo 338/06¹² con fecha 20/03/2006:

Como dice la STS 1461/2005, de 25 de noviembre, no es la primera ocasión que esta Sala declara compatible la situación de detención ilegal con una aparente, solo aparente y limitada capacidad de salir de casa, ir al supermercado o coger el autobús. Estos actos que aisladamente considerados podrían ser sugerentes de una situación de libertad ambulatoria, no lo son cuando se trata de personas –generalmente mujeres- sin documentación, sin conocimiento del idioma del país en el que se encuentran, procedentes de países muy diferentes, que viven en un entorno de temor, cuando no de

¹¹ Sentencia 80/2015 de la Audiencia Provincial de Valladolid.

¹² Doctrina jurisprudencial sobre la autonomía entre los delitos de prostitución coactiva y detención ilegal. Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado.

terror, que les convierte en verdaderos seres despersonalizados, a merced de quienes se comportan como sus verdaderos “amos”, dedicándolas a la prostitución. Pueden encontrarse supuestos en los que sea apreciable un mayor grado de restricción ambulatoria cualitativamente más intensa que supera y exceda al derivado de la prostitución coactiva. En tal caso ha de estarse por la existencia de un delito de detención ilegal autónomo.

En estos casos existe un plus de control sobre la mujer –que suele ser la víctima-, que excede y con mucho el necesario para su actividad como prostituta. Aparece el ataque a otro bien jurídico distinto, cual es el de la libertad ambulatoria.

En tal sentido se puede citar la STS 1588/2001 de 17 de Septiembre en su Fundamento Jurídico Sexto *acreditada la retirada de los pasaportes, el desconocimiento del idioma, carecer de dinero, no tener persona conocida en nuestro país y el ambiente de temor provocado por los acusados, que enmarca toda su actuación, impidiéndoles cualquier movimiento libre... se ha de convenir que no era racionalmente posible, dado su estado que escaparan a dicha situación... que las víctimas no eran libres de movimiento... y ello a pesar de que las mujeres acudían al supermercado para abastecerse, y en el mismo sentido se puede citar la STS 2194/200 de 19 de Noviembre.*

Agravante por asociación ilícita

No es hasta la reforma del Código Penal de 2010 cuando se introduce una explicación profunda y fundamentada el concepto de organización ilícita¹³. Si bien lo encontramos en los diferentes subtipos agravados de diferentes delitos, parece que lo más adecuado para acudir la definición completa e inequívoca es ir al artículo 570 bis del Código Penal¹⁴.

En este artículo se dice que los integrantes “de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones”, se entiende aquí que no es necesaria una estructura jerárquica sino una mera relación vertical con las instrucciones, con a su vez, una coordinación también horizontal para una división de tareas.

Se justifica así el tipo agravado por asociación ilícita, y a su vez, la distinción entre los jefes, administradores o encargados de dichas asociaciones o los que meramente pertenezcan a ellas.

¹³“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”, párrafo segundo del artículo 570 bis CP.

¹⁴ Quienes promovieren, constituyeren, organizaran, coordinaren o dirigieren una organización criminal

Conclusión

A.- El delito de trata de seres humanos es un delito de tendencia que se consuma sin necesidad de que los tratantes hayan logrado el efectivo cumplimiento de sus propósitos. Si se ha alcanzado, el delito del artículo 177 bis CP entraría en concurso con cualquiera de los delitos consumados.

B.- Si se llegara a acreditar la concurrencia de más de un fin, ello no daría lugar a la apreciación de una pluralidad de delitos de trata.

C.- En el término “explotación sexual” se está comprendiendo cualquier actividad sexual que pudiera integrarse en el ámbito de la prostitución coactiva, el alterne, los masajes eróticos, etc.

D.- El ánimo de lucro es consustancial con el concepto de explotación sexual. La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo.

E.- Si la explotación sexual ha sido efectivamente llevada a cabo a través de la prostitución coactiva, el delito de trata entrará en concurso con el delito del artículo 188.1 CP en el caso de personas mayores de edad o con el 188.2 o 3 si fueran menores de 18 a 13 años respectivamente.

F.- La regla del párrafo 9º del artículo 177 bis CP define un concurso de delitos - normalmente medial del artículo 77.1 CP- entre el tipo básico de delito de inmigración clandestina y el que corresponda del delito de trata de seres humanos, pues es imposible delimitar un solo subtipo cualificado del artículo 318 bis CP que no encuentre contemplado en cualquiera de los subtipos agravados del delito de trata

G.- Delito de prostitución coactiva del artículo 188 del C. Penal. Al ser la libertad sexual el bien jurídicamente tutelado, de titularidad individual y naturaleza personalísima, no cabe la aplicación de la continuidad delictiva. Habrá tantos delitos como personas hayan sido coactivamente prostituidas.

H.- El delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, por su propia configuración suele ser preparatorio del delito de prostitución coactiva, pues a través de ella se materializa aquella intención. Existe pues un concurso instrumental de delitos que deberán ser penados aplicando la regla establecida en el artículo 77.1 CP cuando la víctima de trata haya sido compelida a prostituirse.

I.- La necesidad de respetar la prohibición del *non bis in idem*¹⁵ lleva a que la determinación coactiva de la prostitución, artículo 188.1 CP, absorba las manifestaciones menores de restricción deambulatorio ínsitas en el comportamiento previsto en aquel tipo, pero se debe apreciar el concurso de delitos si la detención ilegal tipificada en el artículo 163 CP cuando se alcanza una situación de encierro o privación física de libertad de las víctimas, es decir, de internamiento forzado en un lugar del que no pueden salir por sí mismas, así como cuando, atendiendo a las circunstancias, se les autorizan salidas acompañadas y vigiladas. Acreditada la existencia autónoma de tantos delitos de detención ilegal como personas hayan sido

¹⁵ Del latín, no juzgar dos veces por lo mismo.

privadas de libertad entrarán en relación de concurso –real o instrumental (medial)- con el delito o los delitos de prostitución coactiva.¹⁶

Por tanto en consideración de lo detallado, procede:

Considerar que Alberto, Santiago, Tatiana, Pietro y Zulaika son autores criminalmente responsables, artículos 27 y 28 del C. Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de los siguientes delitos:

1º.- Cada uno de ellos de un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual recogido en el artículo 177 bis, párrafos 1º-2º-4º, letras b) por existir víctima menor de edad y c) ser todas las perjudicadas especialmente vulnerables por la situación de desamparo en la que se encuentran, y los párrafos 6º y 9º del C. P.

La pena que puede corresponder a cada uno por éste delito es la inicial de 5 a 8 años de prisión, pero aplicando las circunstancias expresadas la elevarían a la pena superior en grado en su mitad superior.

Este delito lo es en concurso medial vía artículo 77 del C. P con los siguientes:

2º.- Con 7 delitos cada uno de ellos de prostitución coactiva de persona mayor de edad, recogidos en el artículo 188.1 del C. P, al ser 7 de las víctimas mayores de edad, concurriendo el ordinal 4º letra b) del mismo precepto, al ser los culpables pertenecientes a una organización o grupo criminal, que se dedican a la realización de estas actividades de prostitución.

La pena que corresponde a cada uno de los autores por cada uno de estos delitos es de prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses, a razón de cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago a cada uno de ellos.

3º.- Mismo concurso medial con 1 delito cada uno de ellos de prostitución coactiva, siendo la víctima una menor de edad, ordinal 2º del mismo precepto legal.

La pena que corresponde a cada uno de los autores por éste delito es de prisión de 4 a 6 años

Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior por pertenecer los culpables a grupo criminal que se dedicaren a la realización de tales actividades.

Sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

4º.- Y concurso también vía artículo 77 del C. P de estos delitos con 8 delitos de detención ilegal recogidos y penados por el artículo 163/3º del mismo texto penal, (detención por más de 15 días), siendo autores criminalmente responsables, artículos 27 y 28, sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad penal los mencionados Alberto; Santiago; Tatiana; Zulaika y Pietro.

La pena que corresponde a los autores por cada uno de los delitos de detención ilegal es de 5 a 8 años de prisión.

¹⁶ Fuente: Circular 5/2.011 de la Fiscalía General del Estado

A todos inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena y accesorias de sufragio.

5º.- Se considera a Romelia, cooperadora necesaria según el artículo 28 letra b) del Código Penal, criminalmente responsables de un delito de trata de blancas del artículo 177 bis del Código Penal, con una pena de 5 a 8 años de prisión, en la mitad superior de superior en grado por el apartado 6º del citado artículo 177 bis, por pertenecer a una organización ilícita y ser la encargada de traer a las chicas a España para ser explotadas sexualmente. Además pena accesoria de inhabilitación especial para profesión por el tiempo de la condena.

SEGUNDO DICTAMEN

Delito de tráfico de estupefacientes

Fundamentos jurídicos.

Artículo 368 CP.

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa de tanto al triplo de valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud [...].

Artículo 369 CP.

1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

3º Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.

4º Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, [...].

Conducta típica y bien jurídico protegido.

En cuanto al bien jurídico protegido y de acuerdo con la mayoría de la doctrina, es la salud pública.

El Código Penal con su artículo 368 recoge un modelo muy amplio de criminalización, con un tipo básico de enorme amplitud donde lo único que deja impune es el mero consumo.

El artículo 368 engloba a sustancias punibles “drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, precepto creado a tenor de lo declarado por la OMS.¹⁷ Este artículo, hace una diferenciación entre las sustancias que causan grave daño para la salud y las demás. Esta clasificación es relevante a la hora de determinar la pena.¹⁸

En cuanto a las sustancias que nos conciernen en este caso, y empezando por la Ketamina, esta se halla recogida en el Anexo I (Lista IV) del RD 2829/1977¹⁹, por lo que es adecuado encuadrarla dentro del artículo 368 del Código Penal. *Sustancias o productos que causen grave daño para la salud.*²⁰

¹⁷ La Organización Mundial de la Salud lo define como toda sustancia que introducida en un organismo vivo puede modificar una o más funciones de este. (Carta de las Naciones Unidas)

¹⁸ La jurisprudencia ha elaborado un criterio a partir de dictámenes médicos donde, de acuerdo con el Tribunal Supremo, las drogas que causan grave daño para la salud son el LSD, COCAINA, TODA CLASE DE ANFETAMINAS (éxtasis, MDMA...) y las drogas que no se consideran gravemente nocivas son el cannabis y sus derivados y los barbitúricos.

¹⁹ El Boletín Oficial del Estado de 21 de octubre de 2010, publicaba la Orden SAS/271/2010 de 13 de octubre por la que se incluye la sustancia Ketamina en el Anexo I del Real Decreto 2819/1977, de 6 de octubre por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos.

²⁰ Sentencia Nº 78/15 Audiencia Provincial de Madrid, entre otras.

En relación al Popper, el tema parece más complicado de determinar. Hay numerosas sentencias²¹, en las que los acusados son interceptados con varias sustancias como cocaína y frasquitos de Popper, y en la mayoría de casos solo son condenados por las sustancias que si se encuentran en los Anexos de las listas oficiales de fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos.

Además de esto, no tenemos ningún dato, volumen de sustancia, precio real en el mercado de dicha sustancia, o lo que es igual, valor final o porcentaje de nocividad o concentración para saber que dicho producto es nocivo para la salud.

Haciendo referencia a una noticia publica y que apareció en los medios de comunicación en el año 2012, Javier Font cantante del grupo “Locotomía” fue condenado por tráfico de drogas a tenor del artículo 368 después de que se le interceptaran 86 pastillas de éxtasis. También se encontraron 100 frascos de Popper, ero en este caso, el Tribunal no le condeno por dicha sustancia, ya que no se realizó un análisis de la sustancia que permitiera acreditar que la concentración de ese producto era nociva para la salud pública.²²

Para justificar el agravante del artículo 369.1.º CP, en la Sentencia 123/2005 de 9 de noviembre²³ se determina que *el fundamento material de esta agravante específica es el mayor peligro que representa para la salud pública, como bien jurídico protegido, el aprovechamiento de las facilidades que tienen ciertas personas en determinados lugares para realizar los actos de trafico tipificados en el delito baso del articulo 368 CP. Es precisa una doble exigencia referida al lugar, como también muy principalmente a la condición de quien realiza el hecho punible*. Por tanto, no basta con la tenencia en el establecimiento abierto al público de drogas con destino al tráfico, sino que es necesario que el trágico se ejecute, o se pretenda ejecutar, en el local.

En cuanto a la agravante por facilitar las sustancias a menores, debemos recordar que de las ocho chicas del club, una de ellas es menor (Nicoara). Este subtipo agravado de facilitar la droga a menores de edad supone una tutela reforzada que ampara tanto al que todavía no se ha iniciado en el consumo, como a quien ya lo ha hecho, ya que en ambos casos la conducta típica, que es facilitar la droga, supone un riesgo relevante para su salud, tal y como declara el Tribunal Supremo.²⁴

También el Supremo ha declarado que es causa suficiente para aplicar este subtipo agravado *la sola oferta de la droga poniéndola en condiciones de acceder a ella*.²⁵

²¹ Por ejemplo, la Sentencia 30/2014 de la Audiencia Provincial de Madrid, N° de recurso: 44/2013.

²² Sentencia de febrero de 2012 por la sección 5º de la Audiencia Provincial de Barcelona.

²³ Haciendo referencia ésta, a la STS 719/2004 de 28 de mayo.

²⁴ Sentencia 1199/2002 de 28 de junio.

²⁵ Sentencia 1312/2005 de 7 de noviembre.

Conclusión

Considerar de forma exclusiva que Pietro es autor criminalmente responsable, artículos 27 y 28 del C. penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, de un delito de tráfico de estupefacientes, en su modalidad de sustancia que causa grave dañosa la salud pública, por la tenencia de 7 gramos de Ketamina, y su favorecimiento a terceras personas, recogido y penado en los artículos 368 en relación con el 369, párrafo 1º, circunstancias 3ª y 4ª, establecimiento abierto al público y facilitar la sustancia a menor de edad, del CP.

Le puede corresponder una pena inicial de 3 a 6 años de prisión y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito. Valor que se desconoce.

Pero aplicando el artículo 369, en el párrafo y circunstancias señaladas, la pena puede ser la superior en grado a la antes indicada y su multa se eleva del tanto al cuádruplo, más accesoria

TERCER DICTAMEN

Delito de blanqueo de capitales

Fundamentos jurídicos.

Artículo 301 CP.

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

2. Con las mismas penas se sancionara, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

Artículo 302 CP.

1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

Bien jurídico protegido.

En relación con estos artículos, así como con el artículo 1.2 de la Ley 10/2010 de 28.4, sobre Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del terrorismo²⁶, se dice: *a los efectos de esta ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva 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 de un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.*

Si bien, esta reciente creación en el Código Penal vigente, de un título (Título XIII) llamado de “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, y más reciente la introducción *ex novo* de los delitos contra el orden socioeconómico, es por una clara y predominante demanda doctrinal.

Para hablar de cuál es el bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales, se han suscitado diversas opiniones en el seno de la doctrina española: la Administración

²⁶ En vigor desde el 30/04/2010.

de Justicia, la salud pública o el orden socioeconómico. Si bien, con la regulación del antiguo Código Penal, ya que solo se preveía el delito de blanqueo de capitales que procedía del tráfico de drogas, gran mayoría de la doctrina entendía en su caso que el bien jurídico protegido era la salud pública. Pero, tras la reforma del Código Penal de 1995, se abandona esta teoría y el debate se centra más entre los bienes jurídicos de la Administración de Justicia y el orden socioeconómico.

Así es como tanto VIDALES RODRÍGUEZ²⁷ como VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSA²⁸ consideran que este delito supone inicialmente un atentado contra la Administración de Justicia, al dificultar que el delito previo sea descubierto, pero en su última fase, al dota de apariencia de legalidad los bienes, es el orden socioeconómico el que se ve afectado. Son cuatro notas las que configuran ese delito como pluriofensivo: su ubicación sistemática; la fijación de la pena de multa en relación con el valor de los bienes legitimados (blanqueados); la pena del delito previo no opera como límite máximo respecto a la pena privativa de libertad; y la sanción supera la del delito encubierto y otros delitos, como el delito fiscal.

El problema de la identificación del bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales se refleja bien aquí: *Respecto al delito de blanqueo de capitales no le cabe la duda a la Sala de la brillante, novedosa e ingeniosa tesis sostenida por la acusación, pero no la podemos compartir en este caso. Esta tesis se basa en la dificultad de identificar el bien jurídico protegido de este delito. Esta acusación basa su teoría en que además de la estabilidad el sistema financiero y la propia administración de justicia existe otro interés, tal cual es defender la competencia en el mercado, de tal modo que en el presente caso los acusados han cometido un delito para obtener beneficios a la legalidad, y ello compitiendo ilegalmente con los beneficios obtenidos, debiendo constituir un caso claro de blanqueo de capitales (lavado de activos), ha sido siempre problemática, y se discute si lo es el orden socioeconómico, la administración de justicia, los bienes protegidos en el delito del que proceden los activos o, incluso si no hay un bien jurídico que merezca protección.*²⁹

Finalmente si es cierto que la mayoría de la doctrina se inclina por el orden socioeconómico. El ingreso de capitales que son generados sin los normales costes, desestabiliza las condiciones mismas de competencia y mercado, y es más, los blanqueadores se sirven de los propios procedimientos que el sistema ofrece a todos los agentes económicos para llevar a cabo sus fines, en este sentido piensa el legislado al ubicarlo dentro del Título dedicado a los delitos contra el orden socioeconómico.

Conducta típica.

Según el G.A.F.I. las fases del delito de blanqueo de capitales se pueden clasificar en tres etapas:

- La fase de sustitución, en la cual el producto del delito es cambiado por otro que hace más fácil su manejo.

²⁷ VIDALES RODRÍGUEZ, C., Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el C.P. de 1995, ed. Tirant lo Blanch, 1997, pp. 34-40.

²⁸ . VIVES ANTÓN, T.S. (coordinador), Comentarios al Código Penal de 1995, ed. Tirant lo Blanch, 1996, p. 1464).

²⁹ Audiencia Nacional. Sala de lo Penal Sección 2 Nº de Recurso 5/2014. Nº de Resolución 6/2015

- La fase de ocultación, en la cual se le da una apariencia de licitud a los bienes previamente sustituidos y que se lleva a cabo a través de operaciones contables y financieras. Es aquí donde se intenta borrar el rastro del dinero y se crean sociedades, testaferros o se hace cualquier actividad que pueda dificultar la posibilidad de investigación.
- Por último, la fase de integración, que es donde con el dinero ya lícito se funciona en el tráfico de bienes de forma completamente normal y se mezcla con otro dinero para hacer más difícil la identificación como bien ilícito.

Dos doctrinas para calificar el delito de blanqueo de capitales.

Es adecuado hacer mención a dos formas de tipificar el blanqueo de capitales encuadradas en las siguientes doctrinas:

- Doctrina del Tribunal Supremo³⁰, *La Audiencia de instancia aprecia la existencia de un delito continuado en cada uno de los condenados, lo que – aunque no lo compartamos-, entendiendo que existe en realidad, como luego veremos, un delito único con pluralidad de conductas homogénea. Las consecuencias serán diferentes si el delito de que tratamos, aun siendo de tracto continuado, no puede conceptuarse como un delito continuado. Señalando esta sentencia que la utilización en plural del término “actos” nos obliga a considerar que una pluralidad de ellos queda abarcada en el propio tipo penal. En definitiva, actividades plurales de ellos queda abarcada en el propio tipo penal. En definitiva, actividades plurales que nos obligan a que tengamos forzosamente que considerar integrados en esta figura criminal, como delito único la pluralidad de conductas homogéneas, que, de otro modo, habrían de constituir un delito continuado, esto constituye un solo delito aunque esté integrado por varias acciones.*
Por lo tanto, como vemos, esta doctrina se denomina “tipos que incluyen conceptos globales” y aplicando esto al supuesto de hecho que aquí nos ocupa, resulta evidente que la pluralidad de acciones distribuidas a lo largo del tiempo son susceptibles de calificarlas como un único delito.
- Doctrina de la Audiencia Nacional³¹, *En cuanto a la continuidad delictiva, el artículo 74 del CP establece que será castigado el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, como autor de un delito o falta continuados, permitiendo, primero la jurisprudencia y ahora el propio Código Penal, la construcción del delito continuado, sobre la base de la concurrencia de los requisitos siguientes:*
 - a) *Un solo sujeto activo de todas las acciones.*
 - b) *Un solo unitario o designio único derivado de un plan preconcebido.*
 - c) *Homogeneidad en la lesión del bien jurídico protegido.*
 - d) *Semejanza del precepto penal violado.*
 - e) *Conexión espacio-temporal.*

³⁰ Recurso de casación dictado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo nº 1238/2013 contra la Sentencia dictada el 19 de marzo de 2013 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra.

³¹ Sentencia 40/2010 de 31 de mayo.

Esta parte de la doctrina opta por calificar el delito de blanqueo de capitales como delito continuado conforme al artículo 74 del Código Penal.

Sentencia del Tribunal Supremo 265/2015, de 29/04/2015.

En esta recientísima Sentencia, el Supremo hace doctrina puntualizando: razones que justifican la punición del autoblanqueo, delimitación de la acción típica y diferencias con la receptación.

Autoblanqueo.- El tipo penal sanciona específicamente el autoblanqueo, es decir el blanqueo de ganancias que tengan su origen en una actividad delictiva cometida por el propio blanqueador.

Blanqueo de capitales. –Nos encontramos en el art. 301 CP, ante dos grupos de conductas distintas, las de mera adquisición, posesión, utilización conversión o transmisión de bienes procedentes de una actividad delictiva, conociendo su procedencia, y las de realización de cualquier otro acto sobre dichos bienes con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito, lo que conduciría a una interpretación excesivamente amplia de la conducta típica, y a la imposibilidad de eludir la vulneración del principio “non bis in idem” en los supuestos de autoblanqueo. Por el contrario el art. 301.2 CP solo tipifica una modalidad de conducta que consiste en realizar actos encaminados en todo caso a ocultar o encubrir bienes de procedencia delictiva, o a ayudar al autor de esta actividad a eludir la sanción correspondiente.

La mera tenencia o la utilización de fondos ilícitos en gastos ordinarios de consumo (por ejemplo el pago del alquiler de la vivienda), o en gastos destinados a la propia actividad del tráfico (por ejemplo, el pago de billetes a la República Dominicana para los correos de la droga), no constituye autoblanqueo pues no se trata de actos realizados con la finalidad u objeto de ocultar o encubrir bienes, para integrarlos en el sistema económico legal con apariencia de haber sido adquiridos de forma ilícita.

Diferencias entre blanqueo y receptación. – 1º) Ambos presuponen un delito precedente que ha producido ganancias a sus autores, si bien la receptación exige que sea en todo caso un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, y el blanqueo puede tener como antecedente cualquier actividad delictiva, no estrictamente patrimonial. 2º) En ambos se exige el conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes, pero en la receptación se exige además que el receptor no haya participado en la actividad delictiva previa ni como autor ni como cómplice. 3º) Ambos se refieren a una intervención pos delictiva, pero la actividad que se sanciona tiene una finalidad delictiva.

Delito fiscal de defraudación a la Hacienda Pública

Fundamentos jurídicos.

Artículo 305 C.P. (nos centraremos sobre todo en el primer epígrafe).

1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de

ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.

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

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.³²

Conducta típica.

Este delito consiste en defraudar, por acción y omisión, a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener 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 120.000 euros.

La defraudación debe ser entendida como algo más que un perjuicio económico. Se exige, por tanto:

- Desde el punto de vista objetivo: un engaño, una maniobra que sea susceptible de inducir a error a la Administración, que provoque un perjuicio patrimonial.
- Desde el punto de vista subjetivo: la existencia de un ánimo defraudatorio por parte del sujeto activo.³³

De acuerdo con el segundo apartado del precepto³⁴, la cuantía mencionada se determina del siguiente modo:

- Si se trata de tributos³⁵, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, deberá estarse a lo defraudado en cada periodo impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural.
- En demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

Bien jurídico protegido.

En el delito fiscal, en relación al bien jurídico protegido, la jurisprudencia habla de la íntima relación que guarda con la función que los tributos cumplen en un Estado Democrático de Derecho, subrayando que el incumplimiento de las prestaciones patrimoniales de carácter público está presente en el tipo injusto de este delito. De entre

³² Por extensión del artículo solo se mencionará aquí el primer epígrafe.

³³ SSTs de 12 de marzo de 1986 y de 12 de mayo de 1986.

³⁴ Artículo 305.2 C.P.

³⁵ Por tributos hay que entender las tasas, contribuciones especiales e impuestos a los que hace referencia la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Beneficios fiscales son las deducciones, bonificaciones, exenciones y desgravaciones tributarias.

las diversas hipótesis que han macado el bien jurídico³⁶, es la Hacienda Pública el que prevalece pero no desde una perspectiva exclusivamente patrimonial sino del interés del Estado y de la propia Hacienda Pública de que la carga tributaria se realice con los modos fijaos en la Ley, se protege, en consecuencia, el proceso de recaudación de ingresos y de distribución de los mismos en el gasto público.

Modificaciones legislativas del delito en el Código Penal.

Se han de tener en cuenta las diferentes modificaciones legislativas en el Código Penal en los artículos 305 al 310 bis, ambos incluidos.

- 1) Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre por la que se modifican los artículos antes indicados del Código Penal de 1995. Vigente desde el 1 de octubre de 2004 hasta el 22 de diciembre de 2010.
- 2) Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, endurece las penas y por tano se alarga el plazo de prescripción; se aumenta la cuantía pasando a 120.000 euros, (antes estaba en 15.000.000 millones de pesetas o 90.000 euros); se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Vigente desde el 23 de diciembre de 2010 hasta el 6 de enero 2013.
- 3) Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre. Vigente desde el 17 de enero de 2013.

El delito contra la Hacienda Pública, se castiga por ejercicio defraudado, sirve de ejemplo esto, entre otros muchos, el auto de apertura de Juicio Oral, Diligencias Previas nº 122/2013 de la Audiencia Nacional.

Prescripción del delito.

El artículo 131 del Código Penal establece los plazos para la prescripción de los delitos. Este artículo fue inicialmente modificado precisamente por la Ley Orgánica 15/2003, para posteriormente ser de nuevo modificado por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.

El artículo 131.1³⁷ del Código Penal de la reforma L.O. 15/2003, establece que *prescriben a los 5 años los delitos que tengan una pena máxima de prisión o inhabilitación por más de 3 años y que no exceda de 5 años.*

³⁶ Hipótesis de sobre el bien jurídico: fe pública, el deber de lealtad, el palmario, la función de tributo en el Estado de Derecho.

³⁷ Los delitos prescriben:

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

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

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

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

Delito de falsedad documental

Fundamentos jurídicos.

Artículo 392 CP.

1. El particular que cometiére en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 390³⁸, sea castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

Como establece la Sentencia 150/2015 de la Audiencia Provincial de Albacete *el delito se comete cuando falsean las cuentas de forma idónea para causar un perjuicio económico*. Siendo además esta acción continuada, reiterada y acreditativa de la conducta delictiva.³⁹

Multitud de resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo establecen los requisitos imprescindibles de la falsedad.⁴⁰ Por una parte, subjetivamente, el dolo falsario o voluntad de alterar de manera consciente la verdad por medio de una acción que busca trastocar la realidad convirtiendo en veraz lo que no es, y a su vez atacando la confianza que la sociedad en general tiene depositada en el valor de los documentos.

Por otra parte, objetivamente, la materialización concreta de esta no veracidad, cuando la misma es seria, importante y trascendente, como acaece aquí en los supuestos que se analizarán, razón por la cual ha de rechazarse el delito cuando esa anomalía no guarda entidad suficiente la idoneidad precisa para perturbar y alterar el tráfico documental o la legitimidad y veracidad intrínseca del documento.⁴¹

En fin, que esa conciencia y voluntad de alterar la verdad, o conciencia de la denominada “mutatio veritatis”, constituye el dolo falsario (se logren o no los fines perseguidos), que plasmado sobre un documento, da pie a la infracción procesal.

³⁸ Estas falsedades son:

- 1- Alterar un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.
- 2- simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca al error sobre su autenticidad.
- 3- Suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuir a las que han intervenido en el declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

³⁹ Sentencia nº307/2015 de la Audiencia Provincial de Madrid.

⁴⁰ Sentencia del 8 de noviembre de 1995 y Sentencia del 21 de enero de 1994.

⁴¹ Entre muchas, la Sentencia de 28 de septiembre de 1995 expone; que lo esencial para el tipo penal es que aquella inveracidad recaiga sobre los extremos esenciales, no inanes, inocuos o intrascendentes.

Conclusión

Delito de blanqueo de capitales.

Vamos a considerar, conforme a la doctrina de Tribunal Supremo en su Sentencia 1238/2013, que no se comete el delito de blanqueo de capitales de forma continuada del 74.1 del C. penal, es decir, existe una pluralidad e acciones, de modo que con la realización de una sola de esas acciones ya queda perfeccionado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir, por lo que estaríamos ante un delito de blanqueo pero no continuado del 74.1. Por tanto, siguiendo este criterio,

1º.- Consideramos a Tatiana autora de un delito de blanqueo de capitales, recogido y penado en los artículos 301/1º-2º en relación con el 302/1º por pertenecer a organización dedicada a fines criminales, sin concurrencia de circunstancias modificativas, atenuantes ni agravantes, artículo 66.1.6º.

Le puede corresponder una pena de 6 meses a 6 años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes, en su mitad superior. Más accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena

Además, responsabilidad personal subsidiaria en el caso de impago de la multa, por aplicación del artículo 53.2 C. P.

Decomiso de las ganancias obtenidas.

Al ser extranjera se le aplican los artículos 89.1 y 89.2 del mismo texto legal sobre expulsión y cumplimiento de las penas.

2º.- Consideramos a Alberto y Santiago autores cada uno de ellos de un delito de blanqueo de capitales de los artículos 301/1º-2º, en relación con el 302/1º y 2º, letra a), sin concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad penal.

Le correspondería a cada uno de ellos la penal inicial de 6 meses a 6 años más multa del tanto al triplo del valor de los bienes.

Al ser jefes de la organización se elevaría a la superior en grado.

Accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena.

Decomiso de ganancias.

3º.- Para Xaime: lo consideramos un profesional que sabe de forma cierta la ilicitud de las ganancias, de la actividad delictiva que se realiza y lo que en todo caso propone para el ocultamiento de ese dinero eludir las consecuencias de sus actos.

En base a esto, puede ser considerado autor de un delito de blanqueo de capitales por imprudencia grave del artículo 301, párrafo 3º del C. Penal.

Le correspondería una pena de prisión de 6 meses a 2 años y multa del tanto al triplo además de decomiso de ganancias, más accesorias.

Además, habría que tener presente que La Ley 10/2.010 de 28 de abril, que es de aplicación a determinados sujetos por su especial condición, entre los que se encuentran

los abogados, concretamente en el apartado ñ) de dicha ley.⁴² Por ello, podría ser sancionado como autor de una infracción muy grave, con las penas establecidas en el artículo 56 de dicha ley.

Delito de defraudación a la Hacienda Pública.

Ejercicio fiscal año 2009. Cuota no pagada de 156.000 euros.

Aplicaríamos la reforma operada por L.O. 15/2003 vigente desde el 1 de octubre de 2004.

Primero, en cuanto al tema de la prescripción nos dirigimos al artículo 131 del CP, donde se establecen los plazos. Este artículo fue precisamente modificado por la L.O. 15/2003, para posteriormente ser de nuevo modificado por la L. O. 5/2.010 de 22 de junio.

Situándonos en el años 2.009, habría que aplicar la reforma operada por L.O. 15/2.003, entrada en vigor el 1-octubre-2.004.

En ese año, el delito contra la Hacienda Pública del artículo 305, tenía una pena de prisión de 1 a 4 años, y por tanto, si la pena máxima era de 4 años, su plazo de prescripción es de 5. Siendo la cuota defraudada correspondiente al ejercicio de 2009 y los hechos del caso práctico se sitúan en el año 2014, debemos entender que sin otros datos más concretos, no había prescripción y el delito se ha cometido.

Por lo tanto, Alberto y Santiago son autores cada uno de ellos de un delito contra La Hacienda Pública, recogido en el artículo 305.1 en redacción dada por esa L.O. 15/2.003 y para este ejercicio fiscal. Sin concurrencia de circunstancias modificativas.

La pena que le corresponde a cada uno es de 1 a 4 años de prisión más multa del tanto al séptuplo de la cuantía defraudada, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un periodo de 3 a 6 años (artículo 305.1º in fine C. Penal).

Además de la pena accesoria de inhabilitación especial de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

Ejercicio fiscal año 2.010. Cuota no pagada de 161.000 euros.

Seguiríamos aplicando la reforma operada por L.O. 15/2003 vigente hasta el 23 de diciembre de 2010.

Alberto y Santiago son autores cada uno de ellos de un delito contra La Hacienda Pública, penado en el artículo 305.1º en redacción dada por dicha L.O. y para este ejercicio fiscal. Sin concurrencia de circunstancias modificativas.

La pena que le corresponde a cada uno es de 1 a 4 años de prisión más multa del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del

⁴²Obligación de aplicar esta ley a determinados sujetos, entre ellos “Los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes”.

derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un periodo de 3 a 6 años (artículo 305.1º in fine C. penal).

Pena accesoria de inhabilitación especial de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

Ejercicio fiscal año 2.011. Cuota no pagada de 170.000 euros.

Alberto y Santiago son autores cada uno de ellos de un delito contra La Hacienda Pública, recogido y tipificado en el artículo 305.1º del C. Penal, pero en redacción dada por L.O. 5/2.010 por la cuota no pagada en éste ejercicio. Sin concurrencia de circunstancias modificativas.

Le puede corresponder una pena de 1 a 5 años de prisión y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía. Responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa y perdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por periodo de 3 a 6 años, (artículo 305.1º in fine C. Penal).

Además de pena accesoria de inhabilitación especial de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

Ejercicio fiscal año 2.012. Cuota no pagada de 125.000 euros.

Alberto y Santiago son autores criminalmente responsables del mismo delito, cada uno de ellos. No concurren circunstancias modificativas.

Mismas penas que en el ejercicio anterior.

Ejercicio fiscal año 2.013. Cuota no pagada de 119.000 euros.

Para este delito fiscal ya se aplicaría la reforma operada por L.O. 7/2012 de 27 de diciembre y que entró en vigor el 17 de enero de 2013.

Como la cuota tributaria defraudada es inferior a la de 120.000 euros, no existiría delito contra la Hacienda Pública, o delito fiscal. Cabría eso sí, la sanción administrativa tributaria correspondiente.

Por vía de responsabilidad civil, artículo 116 del C. penal, Alberto y Santiago indemnizarán de forma conjunta y solidaria a la Hacienda Pública en las cantidades correspondientes por las cuotas no pagadas más sus intereses de demora. A las anteriores cantidades se les deberá de sumar los recargos por ingres extemporáneo que correspondan.

Delito de falsedad documental.

Alberto y Santiago pueden ser autores de un delito continuado de falsedad en documento mercantil cometido por particular, artículos 74.1 y 392/1º en relación con el 390, ordinal 1º, párrafos 1º y 2º, todos ellos del C. Penal, en concurso medial, artículo 77/2º con los anteriores delitos contra la Hacienda Pública. Sin concurrencia de circunstancias modificativas.

Le corresponde a cada uno una pena de prisión de 6 meses a tres años y multa de seis a doce meses, en su mitad superior. Mas accesorias y responsabilidad personal subsidiaria en casa de impago de la multa.

Xaime, puede ser autor por inducción y cooperación necesaria, artículo 28 letras a y b) y 31 del C. penal de otro delito continuado de falsedad documental, mismos artículos anteriores y mismas penas.

CUARTO DICTAMEN.

Responsabilidad de las personas jurídicas

Fundamentos jurídicos.

Artículo 310 bis CP⁴³. Responsabilidad de las personas jurídicas en el delito fiscal.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrán las siguientes penas:

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

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

c) Multa de seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el artículo 310. Además de las señaladas, se impondrá a la persona jurídica responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. Podrá imponerse la prohibición para contratar con las Administraciones Públicas.

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

Artículo 302.2 CP. Responsabilidad de las personas jurídicas en el delito de blanqueo de capitales.

2. En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas:

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

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

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

⁴³ Artículo 310 bis redactado por el apartado nueve del artículo único de la L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social («B.O.E.» 28 diciembre). Vigencia: 17 enero 2013.

Reciente introducción en nuestro sistema.

En el esquema tradicional solo se ha hecho referencia a la persona humana dentro de la teoría del delito. Pero el cambio de la sociedad con el paso del tiempo y la aparición de nuevas formas de delincuencia organizada en el seno de empresas y sociedades, puso de manifiesto la insuficiencia de la teoría del delito donde solo encajaba la persona humana.

Con el paso del tiempo, en la sociedad ha ido creciendo el evidente protagonismo de entes colectivos en el tráfico económico y la toma de decisiones. Todo esto ha llevado a plantearse la necesidad de introducir la responsabilidad penal en las personas jurídicas.

Si bien, la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, no pareció muy acertada ya que, aunque introducía sutilmente una responsabilidad de las personas jurídicas, estas no eran llamadas a juicio y por tanto no podían ejercitar su defensa.

No es por tanto, hasta la reforma por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, donde se reconoce plenamente la responsabilidad de las personas jurídicas, si bien y como se desprende del apartado VII del preámbulo de ésta L.O el legislador pudo haber optado por permitir que cualquier delito de nuestra legislación penal pudiera ser cometido por una persona jurídica. Sin embargo se ha procedido justamente al contrario, es decir, solamente se puede exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas respecto de un reducido número de delitos previstos expresamente en el C. Penal, y que son aquellos que están vinculados de forma muy especial con el derecho penal económico.

Artículo 31 bis del Código Penal.⁴⁴

La responsabilidad penal que introduce este nuevo artículo 31 bis, es una responsabilidad de las personas jurídicas “propia y ordinaria”, basada en la infracción de deberes que deberían ser cumplidos por estas. Es una responsabilidad propia en el sentido de que no se basa en la responsabilidad del ente colectivo sino en la de las personas físicas que lo componen.

Es por tanto presupuesto indispensable que se haya cometido previamente un delito por la persona física para que podamos hablar de una responsabilidad penal de la persona jurídica. Se entiende así, que se establece “*un (peculiar) sistema de responsabilidad*”

⁴⁴ Artículo 31 bis CP. 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán plenamente responsables de los delitos cometido en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

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

2. La responsabilidad de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsables no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularan las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos.

*penal de las personas jurídicas por los hechos de otro, es decir de responsabilidad vicaria*⁴⁵.

La literalidad del precepto no deja lugar a dudas en tanto establece, como único requisito para que la persona jurídica resulte responsables, que el hecho delictivo se haya cometido “en su nombre o por cuenta” de aquella o “en su provecho”, sin que se requiera, además, la concurrencia de algún presupuesto subjetivo que, en cualquier caso, solo sería atribuible a las personas que la integran.⁴⁶

Supuestos en los que la persona jurídica incurre en responsabilidad penal.⁴⁷

- Cuando los delitos se cometen por quienes son los representantes legales (administradores), y quienes están autorizados para tomar las decisiones en nombre de la persona jurídica o tienen facultades de control y organización dentro de ésta.
- Cuando los delitos se cometen por quienes están sometidos a la autoridad de las personas con capacidad de decisión siempre y cuando los hechos se hayan producido por incumplimiento grave del deber de controlar sus actividades.

⁴⁵ Consideraciones hechas en el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de 2008 de modificación del Código Penal.

⁴⁶ La responsabilidad de las personas jurídicas, Enrique del Castillo Codes, para la revista on-line “noticias.juridicas.com”. Artículos doctrinales.

⁴⁷ La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal: Necesidad de Compliance, Francisco Bonattí, Abogado Penalista, Socio de Bonatti Defensa Penal, Secretario de INBLAC.

Conclusión

- Se considera a la Sociedad Na&Ma como persona jurídica criminalmente responsable según el artículo 31 bis CP, de un delito de trata de seres humanos recogido en el artículo 177 bis del Código Penal en su epígrafe 7, con una pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Además, atendidas las reglas del artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.⁴⁸

- Se considera a la Sociedad Na&Ma como persona jurídica criminalmente responsable según el artículo 31 bis CP, de siete delitos de prostitución coactiva recogido en el artículo 189 bis del Código Penal apartado b), con una pena de multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido. Además, atendidas las reglas del artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

- Se considera a la Sociedad Na&Ma como persona jurídica criminalmente responsable según el artículo 31 bis CP, de un delito de prostitución de menores recogido en el artículo 189 bis del Código Penal apartado a), con una pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Además, atendidas las reglas del artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

- Se considera a la Sociedad Na&Ma como persona jurídica criminalmente responsable según el artículo 31 bis CP, de un delito de defraudación a Hacienda por el ejercicio de 2011 y otro delito de defraudación a Hacienda por el ejercicio de 2012, recogido en el artículo 310⁴⁹ bis CP apartado a), castigado con una pena de multa cada uno del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida. Además, atendidas las reglas del artículo 66 bis, los

⁴⁸ Artículo 66 bis CP, letras b) a g):

- Disolución de la persona jurídica.
- Suspensión de sus actividades por un plazo no superior a cinco años.
- Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo no superior a cinco años.
- Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo no superior a quince años.
- Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no será superior a cinco años.

⁴⁹ Introducido por LO 5/2010, de 22 de junio.

jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

- Se considera a la Sociedad Na&Ma como persona jurídica criminalmente responsable según el artículo 31 bis CP, de un delito de blanqueo de capitales, recogido en el artículo 302.2 CP apartado a), castigado con una pena de multa de dos a cinco años. Además, atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.⁵⁰

- En cuanto a la responsabilidad tributaria, y a tenor del artículo 41 de la Ley General Tributaria, Alberto y Santiago son responsables subsidiarios o solidarios de la totalidad de la deuda tributaria exigida en período voluntario. Es decir, son responsables de la totalidad de la deuda tributaria exigida en el ejercicio 2009, 2010, 2011 y 2012. Cuando haya transcurrido el plazo voluntario de pago que se conceda al responsable sin realizar el ingreso, se iniciará el período ejecutivo y se exigirán los recargos e intereses que procedan.

⁵⁰ Artículo 66 bis CP letras b) a g):

- Disolución de la persona jurídica.
- Suspensión de sus actividades por un plazo no superior a cinco años.
- Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo no superior a cinco años.
- Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo no superior a quince años.
- Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no será superior a cinco años.

QUINTO DICTAMEN.

Nulidad de la sociedad mercantil

Fundamentos jurídicos.

Artículo 56 de la Ley de Sociedades de Capital.

1. Una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad solo podrá ejercitarse por las siguientes causas:

e) Por no expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario l orden público.

2. Fuera de los casos enunciados en el apartado anterior no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad de la sociedad ni tampoco declararse su anulación.

Conclusión

En este artículo 56 de la Ley de Sociedades de Capital se establecen una serie de conductas por las que se declarará la nulidad de la sociedad. Como bien podemos ver en el apartado e), que es el apartado que habla del fin ilícito, se deduce claramente que se trata de que el fin ilícito se exprese en el objeto social de la sociedad, al inscribirse ésta o que una vez inscrito se determine la ilicitud de este.

No encaja por tanto, el caso que nos ocupa en este supuesto, ya que el objeto social que consta en los estatutos de la empresa Na&Ma S.L., es el de “gestión de locales de ocio”.

En la práctica es difícil que quienes se propongan ejercer un comercio ilícito así lo expresen o fijen explícitamente en el acto constitutivo, pues habrán de ocultarlos con el máximo cuidado, traduciéndose al propósito en la actividad ilícita.⁵¹

Si bien, como determina el apartado segundo del mencionado artículo, fuera de los casos enunciados en el apartado anterior no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad de la sociedad ni tampoco declararse su anulación.

⁵¹ “Sociedades Comerciales, Ley 19.550 Comentada, Anotada y Concordada”, Ed Astre 2007, Tomo I, pág 62 y 163.

SEXTO DICTAMEN.

Registro de marca en la clase 43.

Fundamentos jurídicos.

La clase 43.⁵²

Según la clasificación de Niza, la clase 43 “*Servicios de restauración (alimentación) hospedaje temporal*”, contiene:

La clase 43 comprende principalmente los servicios que consisten en preparar alimentos y bebidas para el consumo, prestados por personas o establecimientos, así como los servicios de alojamiento, albergue y abastecimiento de comida en hoteles, pensiones y otros establecimientos que proporcionen hospedaje temporal.

Esta clase comprende en particular:

- *Los servicios de reserva de alojamiento para viajeros, prestados principalmente por agencias de viajes o corredores.*
- *Las residencias para animales.*

Esta clase no comprende en particular:

- *Los servicios de alquiler de bienes, tales como casas, apartamentos, etc., para la ocupación permanente (cl 36).*
- *Los servicios de organización de viajes prestados por agencias de turismo (cl. 39).*
- *Los servicios de conservación de alimentos y bebidas (cl. 40).*
- *Lo servicios de discotecas (cl. 41)*
- *Los servicios de internados (cl. 41)*
- *Los servicios de casas de reposo y convalecencia (cl. 44)*

Así, determina esta clase que comprende esencialmente los servicios prestados por personas o establecimientos cuyo fin es preparar alimentos y bebidas para la consumición, así como los servicios prestados procurando el alojamiento, el albergue y la comida en hoteles, pensiones u otros establecimientos que aseguran un hospedaje temporal. Servicios de restauración (alimentación). Hospedaje temporal.

La marca y el nombre comercial son signos distintivos que se protegen mediante títulos otorgados por el Estado y que confieren a su titular el derecho exclusivo de utilizarlos en el tráfico económico, e impedir a otros la utilización en España de los signos distintivos protegidos. La marca es un signo que permite a los empresarios distinguir sus productos o servicios frente a los productos o servicios de los competidores. El nombre comercial es el signo o denominación que identifica a una empresa en el tráfico

⁵² Se encuentra recogida en la Oficina Española de Patentes y Marcas.

*mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares.*⁵³

*Es necesario que el signo que se pretende registrar se licito, es decir que no incurra en ningún de las prohibiciones que establece la ley, y que esté disponible, es decir que no entre en conflicto con otros derechos anteriores, ya sea a título de marca u otro derecho privativo, como es el derecho al nombre, derecho de propiedad intelectual, etc.*⁵⁴

En la Ley de Marcas, Título II “Concepto de Marcas y prohibiciones de registro“, tenemos en primer lugar el concepto de Marca.⁵⁵

En el artículo 5 de esta Ley de Marcas se encuentran recogidas las prohibiciones absolutas por las que no se puede registrar una marca.

Artículo 5 Ley de Marcas.

1. No podrán registrarse como marca los signos siguientes

a) Los que no puedan constituir marca por no ser conformes al artículo 4.1 de la presente Ley.

b) Los que carezcan de carácter distintivo.

c) Los que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que puedan servir en el comercio para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica, la época de obtención del producto o de la prestación del servicio u otras características del producto o del servicio.

d) Los que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que se hayan convertido en habituales para designar los productos o los servicios en el lenguaje común o en las costumbres leales y constantes del comercio.

e) Los constituidos exclusivamente por la forma impuesta por la naturaleza del propio producto o por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico, o por la forma que da un valor sustancial al producto.

⁵³ Oficina Española de Patentes y Marcas.

⁵⁴ Oficina Española de Patentes y Marcas.

⁵⁵ Artículo 4 de la Ley de Marcas.

1. Se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras.

2. Tales signos, podrán, en particular, ser.

a) Palabras o combinaciones de palabras.

b) Imágenes, figuras, símbolos y dibujos.

c) Letras, cifras y sus combinaciones.

d) Formas tridimensionales.

e) Sonoros.

f) Cualquier combinación de signos mencionados anteriormente.

- f) *Los que sean contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres.*
- g) *Los que puedan inducir al público a error, por ejemplo sobre la naturaleza, la calidad o la procedencia geográfica del producto o servicio.*
- h) *Los que aplicados a identificar vinos o bebidas espirituosas contengan o consistan en indicaciones de procedencia geográfica que identifiquen vinos o bebidas espirituosas que no tengan esa procedencia, incluso cuando se indique el verdadero origen del producto o se utilice la indicación geográfica traducida o acompañada de expresiones tales como «clase», «tipo», «estilo», «imitación» u otras análogas.*
- i) *Los que reproduzcan o imiten el escudo, la bandera, las condecoraciones y otros emblemas de España, sus Comunidades Autónomas, sus municipios, provincias u otras entidades locales, a menos que medie la debida autorización.*
- j) *Los que no hayan sido autorizados por las autoridades competentes y deban ser denegados en virtud del artículo 6 ter del Convenio de París*
- k) *Los que incluyan insignias, emblemas o escudos distintos de los contemplados en el artículo 6 ter del Convenio de París y que sean de interés público, salvo que su registro sea autorizado por la autoridad competente.*
2. *Lo dispuesto en las letras b), c) y d) del apartado 1 no se aplicará cuando la marca haya adquirido, para los productos o servicios para los cuales se solicite el registro, un carácter distintivo como consecuencia del uso que se hubiera hecho de la misma.*
3. *Podrá ser registrada como marca la conjunción de varios signos de los mencionados en las letras b), c) y d) del apartado 1, siempre que dicha conjunción tenga la distintividad requerida por el apartado 1 del artículo 4 de la presente Ley.*

Las prohibiciones relativas se encuentran en los artículos 6 a 10 de esta Ley, ambos incluidos.

Conclusión

Examinados los artículos relativos a las prohibiciones tanto absolutas como relativas, parece adecuado decir que solo podría encajarse como prohibición de registro de esta marca, dentro del apartado f) del artículo 5 de la Ley de Marcas “*Los que sean contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres*”. Dicha causa se examinara en el momento del registro en la Oficina de Patentes y Marcas.

Resulta claramente difícil determinar cuándo nos encontramos ante una expresión que es contraria a las buenas costumbres, sobre todo si tenemos en cuenta que la moral y las buenas costumbres son conceptos que están en constante evolución y que dependen del momento histórico y del territorio en el que nos encontremos. Desde este punto de vista, el enjuiciamiento de un caso así se ve afectado por un alto grado de subjetividad a la hora de interpretarlo.

Dentro de esta aparente “subjetividad”, nos encontramos un Sentencia en la que se ratifica la decisión de la Oficina de Patentes y Marcas de no haber aceptado el registro

como marca nacional de un aguardiente asturiana con las expresiones “hijoputa” y “de puta madre”, por ser contraria al orden público y las buenas costumbres.⁵⁶

Se señala así en dicha Sentencia *“ambas expresiones más que “sugerir” tratan de “describir” la cualidad máxima de un aguardiente y, precisamente por ello, incurren en la prohibición absoluta de registro que tanto la Oficina Española de Patentes y Marcas como la Sala de instancia acertadamente aplicaron. Del mismo modo que serían irregistrables para identificar aguardientes marcas que consistieran en las denominaciones “aguardiente muy intenso” o “aguardiente muy fuerte”*, pues no harían sino enunciar una determinada cualidad de la bebida alcohólica, las ahora rechazadas incurren en idéntica causa de prohibición absoluta de registro.

La parte recurrente alegaba la cita de varios precedentes administrativos en los que se han admitido marcas que a su entender son similares (“Historias de la puta mil”, “La puta casualidad films” y “Bosco el Tosco y su puta banda”).

Desde esta última perspectiva, y yéndonos a otro género, es popularmente conocida la marca de espárragos “espárragos cojonudos”.

En la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2011, donde la marca consiste en la reproducción exacta del escudo de la antigua URSS se desestima el recurso y se determina que existe un motivo de denegación absoluto por una parte de la Unión, al contener símbolos contrarios al orden público y a las buenas costumbres por el público destinatario en Hungría.

En fin, esta cláusula “contraria a la ley, al orden público y a las buenas costumbres”, que nos encontramos en el artículo 5, deberá siempre ser apreciada y estudiada en el momento del registro en la Oficina de Patentes y Marcas, y deberán de apreciarse varios aspectos al denegar o acepta el registro, tales como el momento actual en el que nos encontramos, que clase de género es y a que grupo social va dirigido, costumbres territoriales etc. Podríamos casi hablar de un análisis más sociológico que jurídico.

⁵⁶ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de Abril de 2009.

SÉPTIMO DICTAMEN.

Competencia desleal.

Fundamentos jurídicos.

Artículo 15 de la Ley de competencia desleal⁵⁷. Violación de normas.

- 1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.*
- 2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.*
- 3. Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2⁵⁸, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería.*

Artículo 32 de la Ley de competencia desleal. Acciones a ejercitar.

- 1. Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones:*

1º Acción declarativa de deslealtad.

2º Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.

3º Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.

4º Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

5º Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

6º Acción de enriquecimiento injusto, que solo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

⁵⁷ Ley 3/1991 de 10 de enero con entrada en vigor 31/01/1991, posteriormente modificada por la Ley 29/2009.

^{58c} Artículo 2 de la Ley de Competencia desleal

- 1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.*
- 2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.*
- 3. La ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no”.*

2. En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1º a 4º, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

Artículo 33 de la Ley de competencia desleal. Legitimación activa.

1. Cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimado para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1º a 5º.

[...].

Artículo 34 de la Ley de Competencia desleal. Legitimación pasiva.

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

[...]

Conducta típica.

Si bien, partimos de que la competencia como tal, la competencia verdadera, es totalmente lícita. Lo que se entiende por competencia desleal es una práctica que se da en el ámbito comercial y que se regula por la ley de competencia desleal aprobada por

Ley 3/1991 de 10 de enero, y que posteriormente se modifica por la Ley 29/2009.⁵⁹

La ley de competencia desleal tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece cuales son los actos de competencia desleal.

Para que, efectivamente, se dé un acto de competencia desleal, se deben cumplir las dos condiciones establecida en el párrafo primero del artículo 2 de esta ley, es decir:

- Que dicho acto “se realice en el mercado”, es decir, que sea un acto con trascendencia externa.
- Que dicho acto se lleve a cabo con “fines concurrenciales”, es decir, que esté acto tenga como finalidad “promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero”.

El artículo 4 de dicha ley, nos dice en su apartado uno que “*se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”.

A efectos de prescripción, en el artículo 32 de la ley se determina que las acciones de competencia desleal prescriben por el transcurso de un año desde el momento que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto

⁵⁹ “Artículo 1 de la Ley de Competencia desleal. 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”.

de competencia desleal, y en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta.⁶⁰

Conclusión

La doctrina del Tribunal Supremo ha establecido que *el párrafo segundo del art. 2 LCD establece una presunción –iuris tantum- de lo que debe entenderse, salvo prueba en contrario, por conducta en el mercado con finalidad concurrencial. En este sentido es suficiente que el acto o el comportamiento sea idóneo para influir en la estructura del mercado, perjudique la posición concurrencial de una de las partes, beneficiando objetivamente, al menos de forma potencial, la posición de otras operaciones económicas que concurren en este mercado.*

*Basta que la conducta tenga una “aptitud objetiva” para incidir, real o potencialmente en el tráfico económico”, con tendencia a producir, aunque no se consiga el propósito, lo que se denomina “distorsión de la decisión de consumo. Expresión ésta última, recogida en la sentencia invocada, anterior a la reforma operada por la ley 29/2009, de 30 de diciembre como erróneamente insiste el recurrente.*⁶¹

Por tanto, digamos que es esencial que se den los dos requisitos anteriormente expuestos, es decir, que se trate de un acto que se realice en el mercado y, que el acto trate de promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

El Tribunal Supremo⁶², en una demanda por competencia desleal por parte de un empresario español frente a uno italiano que distribuía en España trajes reflectantes que a juicio del español no cumplían con la normativa, determina que *no queda probado que el italiano hubiera obtenido una ventaja competitiva significativa gracias al incumplimiento de las normas sobre “reacción fotométrica” (lo que podía haber probado, por ejemplo, si hubiera demostrado que, gracias a ese incumplimiento, el italiano se había ahorrado unos costes considerables en la fabricación de los chalecos. Es más, que aunque incluso la infracción de las normas (menor coste de producción), el demandante tenía que probar, además, que el italiano se había prevalido en el mercado de dicha ventaja (vendiendo los chalecos a un precio inferior al español).*

Dos son las infracciones tipificadas en el artículo 15 de la Ley 3/1991. En ambas el comportamiento desleal presupone la infracción de normas jurídicas, en un sentido material. Pero así como en el supuesto descrito en el apartado 2 las mismas han de tener por objeto la regulación de la actividad concurrencial, esto es, han de estar destinadas directamente a cumplir la función de ordenar el mercado y disciplinar las conductas competitivas de quienes en él participan, las normas a las que se refiere el supuesto del apartado 1 no integran el ordenamiento concurrencial, razón por la que el legislador –que no pretende sancionar como desleal toda clase de violación normativa- exige que la infracción genere un beneficio del infractor, una ventaja competitiva, de la que, por ello mismo, no disfrutaran quienes hubieran optado por cumplir el mandato

⁶⁰ Bufete de Abogados Vázquez, Apraiz y Asociados, teoría sobre la competencia desleal en la revista jurídica on-line “tuabogadodefensor.com”

⁶¹ Sentencia de 22 de noviembre de 2010.

⁶² En la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2011.

legal por aquel desatendido. ⁶³ *Solo en este supuesto la conducta ilícita se entiende que afecta al correcto funcionamiento del mercado, falseándolo.*

En fin, valorando todo esto, y viendo los requisitos fundamentales para que estemos ante un caso de competencia desleal, y quedando claro que la empresa Na&La ha cometido una infracción de ley al no cumplir con sus tributos, no parece adecuado encajar el caso en un supuesto de competencia desleal ya que si bien la empresa se ha beneficiado de no haber tributado como es debido, no nos encontramos ante un perjuicio causado dentro del mercado y que haya consistido en promover sus prestaciones propias o de terceros. Digamos por tanto, que esta ventaja por infracción de ley se produce solo en el círculo de la empresa y no en un círculo externo, que sería en el mercado. Debería por tanto, probar la empresa que supuestamente se haya visto perjudicada por esta práctica de infracción de ley, que le ha supuesto un perjuicio directo.

⁶³ Al respecto, Sentencias 512/2005 de 24 de junio, 1348/2006 de 29 de diciembre y 311/2007 de 23 de marzo.

OCTAVO DICTAMEN.

Órgano encargado de la investigación.

Corresponde al Juzgado de Instrucción del partido judicial; la instrucción e investigación de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponde a las Audiencias Provinciales y a los juzgados de lo Penal.⁶⁴

En el caso concreto, corresponde la investigación del proceso al Juzgado de Instrucción de A Coruña.

Órgano encargado el posterior proceso.

Es la Audiencia Provincial la encargada de conocer 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 la ley.⁶⁵ Es decir, conocerá la Audiencia Provincial de las causas por delitos que contemplan penas de más de cinco años. En el caso de que haya varios delitos, se tomará como referencia la mayor pena de uno de ellos, en este caso conocerá del asunto, por tanto, la Audiencia Provincial de A Coruña.

Cómo decretar la detención en Rumanía de Romelia.

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

Este principio lo encontramos en la ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.⁶⁶

En el artículo 1 y 2 de esta ley se habla del reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y los instrumentos de reconocimiento mutuo, respectivamente. Será siempre necesaria una orden europea de detención y entrega, que es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro.⁶⁷

Las autoridades competentes para emitir una orden europea de detención son las autoridades judiciales españolas, quien ejecuta la orden es el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Provincial.⁶⁸ Esta orden debe contener la identidad y nacionalidad de la persona reclamada, el nombre, dirección, número de teléfono y de fax y la dirección de correo electrónico de la autoridad judicial de emisión, la indicación de la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva, naturaleza y tipificación legal del delito, descripción de circunstancias, pena dictada o la escala de penas que se establecen para ese delito y las otras consecuencias del delito.⁶⁹

⁶⁴ Artículo 87.1. a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁶⁵ Artículo 82.1.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁶⁶ Publicado en BOE num. 282, 21 de noviembre de 2014, páginas 95437 a 95593.

⁶⁷ Artículo 34 de la Ley 23/2014 de cooperación judicial entre Estados miembros de la Unión Europea.

⁶⁸ Artículo 35 de la Ley 23/2014 de cooperación judicial entre Estados miembros de la Unión Europea.

⁶⁹ Artículo 36 de la Ley 23/2014 de cooperación judicial entre Estados miembros de la Unión Europea.

Medidas contra la sociedad antes de dictarse sentencia.

- Existen las medidas cautelares reales que pueden acordarse conforme al régimen de responsabilidad civil directa que son las fianzas y embargos previstos en los artículos 589 y siguientes de la LECrim.⁷⁰
- También están las medidas cautelares personales, referidas en el artículo 544 quáter de la LECrim, puesto en relación con el inciso final del art. 33.7 b) a g) del Código Penal, es decir, disolución de la sociedad, suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos, prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió o favoreció el delito, inhabilitaciones administrativas e intervención judicial.⁷¹

Posibilidad de que las comunicaciones de la sociedad se encuentren intervenidas.

El artículo 579 del Código Penal establece los casos y requisitos en los que se puede intervenir en las comunicaciones de un procesado. Debe ser siempre por medio de una resolución motivada del Juez⁷² –un auto-, y basta la existencia de indicios de criminalidad. Solo podrá ser acordada esta resolución motivada por un plazo de hasta tres meses, que será prorrogable por iguales periodos para la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal.⁷³

La ley dice expresamente que esta medida debe ser excepcional, y el Tribunal Supremo lo ha ratificado. El juez es el que debe, en todo caso controlar como se desarrollan y cuando terminan las escuchas.

Investigar la cuenta gibraltareña.

La Ley 23/2014 nos remite a un acuerdo entre España y Reino Unido de fecha 19 de abril de 2000⁷⁴, que en sus ocho artículos establece que el Gobierno de España debe efectuar una disposición que será efectiva si previamente se remite al Gobierno de Reino Unido⁷⁵.

Finalmente será la autoridad de Reino Unido quien designe una autoridad de Gibraltar para que tramite la solicitud recibida. Es decir, en este caso el Gobierno de España deberá efectuar en una disposición su intención de investigar la cuenta gibraltareña que

⁷⁰ <http://www.redemcr.org/contenido/responsabilidad-penal-de-la-persona-juridica-y-medidas-cautelares-personales/>.

⁷¹ Artículo 33.7 Código Penal letras de la a) a la g).

⁷² Solo en casos de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, podrá ordenar esta medida el Ministro de Interior o el Director de la Seguridad del Estado. (Artículo 579.4 CP)

⁷³ Artículo 579.3 del Código Penal.

⁷⁴ "Régimen acordado relativo a las autoridades de Gibraltar en el contexto de los instrumentos de la UE y de la CE y Tratados conexos", 19 de abril de 2000.

⁷⁵ The United Kingdom Government/Gibraltar Liaison Unit for EU Affairs of the Foreign and Commonwealth Office del Reino Unido, con sede en Londres, o cualquier organismo del Reino Unido, con sede en Londres, que el gobierno del Reino Unido decida nombrar.

remitirá a la autoridad competente del Reino Unido y será esta quien remita la solicitud a la autoridad de Gibraltar.

Representación en el juicio de la sociedad.

Como bien determina el artículo 119 de la LECrim en su apartado b), la comparecencia de persona jurídica se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañada del abogado de la misma.⁷⁶

⁷⁶ Artículo 119 de la LECrim, y en relación con éste e artículo 120 de la misma ley.

Bibliografía

Fuentes legales

-Constitución Española. Publicado en BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978. Vigencia desde 29 de Diciembre de 1978. Revisión vigente desde 27 de Septiembre de 2011

-Código Penal. Publicado en BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995. Vigencia desde 24 de Mayo de 1996. Revisión vigente desde 17 de Enero de 2013 hasta 01 de Julio de 2015.

-Código Penal reforma operada por L.O. 15/2003.

-Código Penal reforma operada por L.O. 5/2010 de 22 de junio.

-Código Penal reforma operada por L.O. 7/2012 de 27 de diciembre.

-Ley de Enjuiciamiento Criminal. Publicado en GACETA de 17 de Septiembre de 1882. Vigencia desde 07 de Octubre de 1882. Revisión vigente desde 28 de Mayo de 2015 hasta 01 de Julio de 2015

-Ley Orgánica del Poder Judicial. Publicado en BOE de 02 de Julio de 1985. Vigencia desde 03 de Julio de 1985. Revisión vigente desde 01 de Abril de 2015 hasta 01 de Julio de 2015.

-Ley 10/2010 de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. «BOE» núm. 103, de 29/04/2010.

-Ley 17/2001 de 7 de diciembre, de marcas Publicado en BOE núm. 294 de 08 de Diciembre de 2001. Vigencia desde 31 de Julio de 2002. Revisión vigente desde 06 de Marzo de 2011.

-Ley 3/1991 de 10 de enero, de competencia desleal Publicado en BOE de 11 de Enero de 1991. Vigencia desde 01 de Febrero de 1991. Revisión vigente desde 29 de Marzo de 2014.

-“Régimen acordado relativo a las autoridades de Gibraltar en el contexto de los instrumentos de la UE y de la CE y Tratados conexos”, 19 de abril de 2000.

-Ley 23/2014 de cooperación judicial entre Estados miembros de la Unión Europea.

-Orden SAS/271/2010 de 13 de octubre.

-Anexo I del Real Decreto 2819/1977, de 6 de octubre por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos.

Fuentes jurisprudenciales

- Sentencia 15/09/2014 de la Audiencia Provincial de Barcelona.
- Sentencia del 15/09/2014 de la Audiencia Provincial de Barcelona.
- STS 910/2013, de 3 de diciembre.
- STS 484/2007
- SSTS 17.9 y 22.10.01
- STS 219/2015.
- Sentencia Nº 78/15 Audiencia Provincial de Madrid
- Sentencia 30/2014 de la Audiencia Provincial de Madrid, Nº de recurso: 44/2013.
- Sentencia de febrero de 2012 por la sección 5º de la Audiencia Provincial de Barcelona.
- STS 719/2004 de 28 de mayo.
- Sentencia 1199/2002 de 28 de junio.
- Sentencia 1312/2005 de 7 de noviembre
- Sentencia 80/2015 de la Audiencia Provincial de Valladolid.
- Audiencia Nacional. Sala de lo Penal Sección 2 Nº de Recurso 5/2014. Nº de Resolución 6/2015.
- Recurso de casación dictado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo nº 1238/2013 contra la Sentencia dictada el 19 de marzo de 2013 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra.
- Sentencia 40/2010 de 31 de mayo.
- SSTS de 12 de marzo de 1986 y de 12 de mayo de 1986.
- Sentencia nº307/2015 de la Audiencia Provincial de Madrid.
- Sentencia del 8 de noviembre de 1995 y Sentencia del 21 de enero de 1994.
- Sentencia de 28 de septiembre de 1995

-Sentencias 512/2005 de 24 de junio, 1348/2006 de 29 de diciembre y 311/2007 de 23 de marzo.

-Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de Abril de 2009.

-Sentencia de 22 de noviembre de 2010.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2011.

-Consideraciones hechas en el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de 2008 de modificación del Código Penal.

-Doctrina jurisprudencial sobre la autonomía entre los delitos de prostitución coactiva y detención ilegal. Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado.

-Jurisprudencia del Tribunal Supremos sobre drogas duras y blandas.

Bibliografía específica.

-C. Vidales Rodríguez, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el C.P.de 1995 (1ª ed. Valencia 1997).*

-T.S. Vives Antón, *Comentarios al Código Penal de 1995 (1ª ed. Valencia 1995).*

- E. del Castillo Codes, *La responsabilidad de las personas jurídicas*, “Revista on-line noticiasjuridicas.com, Artículos doctrinales.” (2011).

-F. Bonattí (Abogado Penalista, Socio de Bonatti Defensa Penal, Secretario INBLAC), *La responsabilidad de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal*, “Necesidad de Compliance” (Madrid 2013).

- A. Víctor Verón, *Sociedades Comerciales, Ley 19.550 Comentada, Anotada y Concordada (2ª ed. act. y ampl. Buenos Aires 2007).*

- Bufete de Abogados Vázquez, Apraiz y Asociados, *Teoría sobre la competencia desleal*, “Revista jurídica on-line tuabogadodefensor.com” (Madrid 2015).

-www.redemcr.org/contenido/responsabilidad-penal-de-la-persona-juridica-y-medidas-cautelares-personales/ (Valladolid 2015).

- C. Villacampa Estiarte, *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el derecho internacional (1ª ed. Cizur Menor 2011).*

- C. Villacampa Estiarte, *Prostitución: ¿hacia la legalización?* (1ª ed. Valencia 2012) 22-24.
- C. Villacampa Estiarte, *Delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual* (1ª ed. Valencia 2013).
- C. Granados Pérez, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tráfico de drogas* (1ª ed. Madrid 2007).
- C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico* (4ª ed. Valencia 2013).

Abreviaturas.

AN- Audiencia Nacional

C.E. – Constitución Española.

C.P. – Código Penal.

G.A.F.I.- Grupo de acción financiera contra el lavado de dinero.

LECrIm- Ley de Enjuiciamiento Criminal.

L.O.- Ley Orgánica.

LOPJ- Ley Orgánica del Poder Judicial.

O.I.M.- Organización Internacional de las Migraciones.

O.M.S.- Organización Mundial de la Salud.

R.D.- Real Decreto.

STS- Sentencia del Tribunal Supremo.

T.S.- Tribunal Supremo.