



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE
BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO**

ALUMNO: PAMELA RIVEIRO DEL RÍO

TUTOR: JULIO GARCÍA CAMIÑAS

ÍNDICE:

DICTAMEN 1:

I. HECHOS.....	Pag 8
II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	Pag 9
1. TRATA DE SERES HUMANOS ANTES DE LA REFORMA DE 2010	Pag 9
2. TRATA DE SERES HUMANOS DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2010. REGULACIÓN VIGENTE.....	Pag 10
A. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	Pag 10
B. ACCIONES TÍPICAS Y MEDIOS COMISIVOS.....	Pag 10
C. TIPOS CUALIFICADOS EN ATENCIÓN A LA VÍCTIMA.....	Pag 12
D. HIPERCUALIFICACIÓN EN SUPUESTOS DE DELINCUENCIA ORGANIZADA	Pag 12
E. COAUTORIA TRATA	Pag 12
3. DELITO DE TRATA Y DELITO DE EXPLOTACIÓN POSTERIOR, PROSTITUCIÓN COACTIVA	Pag 13
A. DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCIÓN.....	Pag 13
B. CONCURSO TRATA DE SERES HUMANOS Y PROSTITUCIÓN COACTIVA.....	Pag 15
C. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN PROSTITUCIÓN.....	Pag 15
D. PROSTITUCIÓN COACTIVA Y DENTENCIÓN ILEGAL	Pag 16
4. DELITO DE TRATA (ART. 177 BIS CP) Y DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS (ART. 318 BIS)	Pág 17
III. CALIFICACIÓN JURÍDICA.....	Pag 18

DICTAMEN 2

I. HECHOS	Pag 19
II. FUNDAMENTOS DE DERECHO	Pag 20
1. SUSTANCIAS: DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS	Pag 20
A. TRÁFICO DE DROGAS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, OBJETO MATERIAL	Pag 20
B. “POPPER” Y NITRITO DE AMILO	Pag 21
C. HIDROCLORURO DE KETAMINA	Pag 22
2. CONSUMO COMPARTIDO	Pag 23
3. PERMUTA. INTERCAMBIO DE SEXO POR DROGA	Pag 24
4. TIPOS AGRAVADOS	Pag 26
A. POR LA DINÁMICA COMITIVA: EL LUGAR DE COMISIÓN DE LOS HECHOS	Pag 26
B. POR LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DEL DESTINATARIO DE LAS SUSTANCIAS	Pag 28
III. CALIFICACIÓN JURIDICA	Pag 28

DICTAMEN 3

I. HECHOS	Pag 29
II. FUNDAMENTOS DE DERECHO	Pag 29
1. DELITO SOCIETARIO	Pag 29
2. DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. DELITO FISCAL	Pag 30
A. CONDUCTA TÍPICA, TIPO OBJETIVO, TIPO SUBJETIVO Y CONSUMACIÓN DEL DELITO	Pag 30

B. DELITO FISCAL PROLONGADO EN EL TIEMPO. ¿VARIOS DELITOS O UNO SOLO CONTINUADO?.....	Pag 32
C. SUBTIPO AGRAVADO	Pag 32
D. PRESCRIPCIÓN EN DERECHO PENAL Y EN EL DERECHO TRIBUTARIO	Pag 35
E. NOVEDADES EN LA PERSECUCIÓN DE TRAMAS ORGANIZADAS DE DEFRAUDACIÓN FISCAL	Pag 36
F. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	Pag 36
G. EJECUCIÓN DE LA DEUDA FISCAL CON INDEPENDENCIA DEL PROCESO PENAL (LA DETERMINACIÓN Y EL COBRO DE LA CUOTA NO VINCULADA AL DELITO)	Pag 37
3. BLANQUEO DE CAPITALS	Pag 38
A. CONCEPTO BLANQUEO DE CAPITALS	Pag 38
B. CONDUCTAS TÍPICAS	Pag 39
C. EL DELITO FISCAL COMO DELITO ANTECEDENTE DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS	Pag 38
D. TIPOS AGRAVADOS	Pag 40
E. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS	Pag 41
III. CALIFICACIÓN JURIDICA	Pag 42

DICTAMEN 4

I. HECHOS	Pag 43
II. FUNDAMENTOS DE DERECHO	Pag 43
1. CUESTIONES GENERALES	Pag 43
2. DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA	Pag 45
3. TRATA DE SERES HUMANOS	Pag 45

4. BLANQUEO DE CAPITALES	Pag 46
A. EXPRESIÓN “EN TALES CASOS”	Pag 46
B. PENAS PREVISTAS EN EL ART. 302.2 CP	Pag 48
5. PROSTITUCIÓN	Pag 48
III. CALIFICACIÓN JURÍDICA	Pag 48

DICTAMEN 5

I. HECHOS	Pag 49
II. FUNDAMENTOS DE DERECHO	Pag 49
III. CONCLUSIONES	Pag 49

DICTAMEN 6

I. HECHOS	Pag 49
II. FUNDAMENTOS DE DERECHO	Pag 49
III. CONCLUSIONES	Pag 51

DICTAMEN 7

I. HECHOS	Pag 51
II. FUNDAMENTOS DE DERECHO	Pag 51
III. CONCLUSIONES	Pag 53

DICTAMEN 8

I. HECHOS	Pag 53
II. FUNDAMENTOS DE DERECHO	Pag 53
1. COMPETENCIA	Pag 53
A. CUESTIONES PENALES.....	Pag 53
➤ JURISDICCIÓN. PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD ...	Pag 53
➤ COMPETENCIA	Pag 54
B. CUESTIONES MERCANTILES	Pag 55
2. DETENCIÓN EN EL EXTRANJERO	Pag 55
3. MEDIDAS CAUTELARES A PERSONAS JURÍDICAS	Pag 56
A. CONSIDERACIONES GENERALES	Pag 56
B. CONTENIDO DE LAS MEDIDAS	Pag 57
C. PRESUPUESTOS	Pag 57
D. DURACIÓN	Pag 57
E. MEDIDAS CAUTALERES PARA EL ASEGURAMIENTO DE RESPONSABILIDADES PECUNARIAS	Pag 58
4. INTERVENCIONES TELEFÓNICAS	Pag 58
5. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE BANCOS	Pag 59
6. REPRESENTACIÓN EN JUICIO DE LA SOCIEDAD	Pag 61
JURISPRUDENCIA	Pag 62
BIBLIOGRAFÍA	Pag 64

ABREVIATURAS

- ART: artículo
- CEDH: Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.
- CP: Código penal
- DM: Decisión Marco
- FJ: Fundamento jurídico
- LCD: Ley de Competencia Desleal
- LEC: Ley de enjuiciamiento civil
- LECrim: Ley de enjuiciamiento criminal
- LM: Ley de Marcas
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
- LSC: Ley de sociedades de capital
- LORCP: Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 d noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.
- RDLeg: Real Decreto Legislativo
- SS: Seguridad Social
- STS: Sentencia Tribunal Supremo
- UIF: Unidad de información financiera

DICTAMEN 1

I. HECHOS

En 2010, encontrándose María D. en Rumania, una amiga suya llamada Romelia le ofreció trabajar limpiando un restaurante en España propiedad de una tía suya, llamada Tatiana. Habiendo aceptado el trabajo, Romelia le compró un billete de autobús, llegando el 29 de marzo de 2010 a Coruña, dónde fue recogida por Tatiana, quien la llevó a un club llamado Plenilunio. Tatiana le informó de que realmente había sido trasladada desde Rumania para ejercer la prostitución y que debía empezar a trabajar para saldar la deuda que había contraído. Tatiana le dijo a María que si algún cliente demandaba servicios sin utilización de preservativo, ella debía aceptar. Además le dijo que el horario de trabajo sería de 17:30 a 04:00 y que durante ese tiempo no podía abandonar la sala del local, salvo para subir con clientes a las habitaciones. Asimismo, María debía dormir en el local, prohibiéndole Tatiana salir del local fuera del horario de trabajo sin ir acompañada de Pietro, quien ejercía las funciones de camarero en el local. En cuanto a las ganancias, Tatiana informó a María de que el 1º servicio sexual que realizase cada noche sería al 100% para los responsables del club y el resto de servicios serían al 50% entre el club y ella. Sólo una noche realizó María más de un servicio, pero, en contra de lo que le había dicho Tatiana el primer día, no le hizo entrega a aquélla del 50%, sino que Tatiana se lo quedó, “para ir reduciendo la deuda”. Durante más de 4 años, María se sometió a las condiciones marcadas por Tatiana, explicando que las copas a las que las invitaban los clientes eran abonadas por éstos a Pietro. En cuanto a los servicios sexuales, los clientes los abonaban a la recepcionista, Zulaika, quien al finalizar la noche le entregaba todo el dinero a Tatiana.

El 13 de mayo de 2014, María pidió a Tatiana dinero y poder salir para comprar algunas piezas de lencería que le había pedido un cliente. Tatiana accedió, pero diciéndole que sólo podría ir si lo hacía acompañada de Pietro. Este acompañó a María a una tienda de ropa interior del centro de la ciudad. Una vez allí, el hombre le dijo que fuese comprando, que él iba a hacer un par de recados y que volvería en media hora. Fue ése el momento que María aprovechó para contarle su situación a las dependientas del local, llamando éstas a la policía.

Tras la declaración de María, las fuerzas policiales se trasladan a Plenilunio y detienen a Tatiana, Zulaika y Pietro, comprobando, además, que en el local hay otras siete mujeres, todas ellas de nacionalidad rumana, incluyendo Nicoara, de 17 años de edad. Preguntados por la situación de esta chica, los tres afirman desconocer su minoría de edad, si bien Zulaika, en la oficina que servía de recepción, tenía retenidos los pasaportes de todas las mujeres, incluyendo el de Nicoara, en el que consta claramente su fecha de nacimiento. Asimismo, se encuentra en la oficina que utilizaba Tatiana, una especie de libro registrando la entrada de las mujeres al local, constando que **todas ellas, a excepción de María (cuya fecha de entrada es, efectivamente, marzo de 2010), han llegado de Rumanía entre 2012 y 2014.** Preguntada al respecto, Tatiana sostiene que las mujeres eran en todo momento conscientes de que venían a España a ejercer la prostitución y de que tenían que abonar con su trabajo el viaje desde Rumanía, que corría a cargo de la sociedad que gestiona el local (Na&Ma S. L.), añadiendo que ella se limita a cumplir instrucciones de sus jefes, los socios Alberto M. y Santiago N. L. Inspeccionado el local, la policía observa que las ventanas de las habitaciones de las mujeres tienen rejas, si bien Tatiana afirma que ello es debido exclusivamente al miedo a un posible robo en el local, que las mujeres podían salir del local fuera de su horario de trabajo y que el hecho de ir siempre acompañadas de Pietro era “por su propia seguridad”, dado que las mujeres apenas saben hablar español.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. TRATA DE SERES HUMANOS ANTES DE LA REFORMA DE 2010

Una de las destacadas novedades incorporadas a la parte especial del Código Penal español por obra de la **reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio**, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, **la constituye la introducción de un Título VII bis al Libro II del CP, rubicado “De la trata de seres humanos”**. Constituye un Título compuesto por un único artículo, el art. 177 bis CP, en que el legislador de 2010 incrimina el delito de trata de seres humanos. Ciertamente, no puede decirse que el legislador español hubiese sido hasta el momento completamente insensible a la incriminación de dicho fenómeno, puesto que la tipificación, ya en el año 2010, del delito de tráfico ilegal de personas en **el art. 318 bis CP**, en el título rubicado “*de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*”, **venía a cubrir en parte dicha necesidad de incriminación.**

Esto es muy importante, porque en el caso que estamos examinando, todas las chicas que son explotadas en Plenilunio entraron en España entre 2012 y 2014, a excepción de María, que entró en marzo de 2010. Por lo a los hechos constitutivos de delito contra María no se les puede aplicar el Código penal vigente en relación a la trata de seres humanos, sino que hay que aplicar la normativa anterior a la reforma de 2010. Pues LO 5/2010, de 22 de junio se publicó en el BOE el 23 de dicho mes, pero no entró en vigor hasta el 23 de diciembre de 2010 y María entró en España en marzo de 2010.

La regulación anterior a 2010 suponía la **confusión de dos realidades, la de la trata de personas y la de las migraciones ilegales o clandestinas**, que pese a su relación, se hallan claramente diferenciadas en el plano conceptual y regulativo a nivel internacional y debían diferenciarse también en el ámbito normativo interno español. Además, se **hacía depender la relevancia penal de la trata del cruce ilegal de fronteras**, con lo que **apenas permitía la incriminación de la trata interna**, ni la protección a través de este delito de los **ciudadanos españoles o de los de la Unión Europea, a los que el TUE reconoce libertad de circulación**, pese a que la realidad nos informa de que muchas de las víctimas de la trata procedían en aquella época de Europa del Este comunitaria. No en vano en **algunos supuestos de trata de personas para explotación sexual que se han incriminado sobre la base del delito de trata de personas del art. 318 bis CP que tenían como sujetos pasivos a ciudadanos rumanos o búlgaros, el TS ha casado la sentencia condenatoria por este delito de la correspondiente Audiencia Provincial**. Tales pronunciamientos se han adoptado sobre la base del **acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 29 de mayo de 2007, en cuya virtud**, puesto que estos países se incorporaron a la UE por un Tratado de adhesión ratificado por España el 29 de diciembre de 2006, **sus nacionales (rumanos y búlgaros) no pueden ser víctimas del delito de tráfico a partir del referido momento¹.**

Y esto es lo que acontece en el caso que estamos examinando, no se puede preciar el delito del art. 318 bis CP en relación con los hechos cometidos contra María porque es una ciudadana europea. Pero que no se pueda aplicar el delito del art. 318 bis CP no quiere decir que no se pueda aplicar el delito de prostitución del art. 188 CP. De hecho en este caso se ve claramente como María, y las demás chicas, son

¹ Así, por ejemplo, en la STS 445/2008, de 3 de julio de 2008, se considera en abstracto aplicable el delito de tráfico de personas, si bien finalmente no se aplica al ser víctima nacional de un país perteneciente a la UE, en un supuesto en que se introdujo en nuestro país a una ciudadana búlgara con la finalidad de dedicarla al ejercicio de la prostitución, lo que se consiguió mediante la emisión de un visado turista.

obligadas de prostituirse, pero esto se analizará más adelante, ya que a diferencia de lo que ocurre con el delito de trata de seres humanos, el delito de prostitución es aplicable en relación con todas las mujeres que fueron explotadas en Plenilunio.

SEGUNDO. TRATA DE SERES HUMANOS DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2010. REGULACIÓN VIGENTE.

A. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El artículo 177 bis apartado 1 dispone: *Será castigado (...) como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes: (...) b) La explotación sexual, incluida la pornografía...*

En relación con el **bien jurídico protegido** en el delito contemplado en el art. 177 bis CP, debe comenzarse por indicar que más allá del título dado por el legislador de 2010 al Título VII bis y de las manifestaciones que al respecto contiene la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el CP, con poco más contamos para desentrañar cual es el objeto jurídico protegido, resulta, sin embargo, revelador lo dispuesto en la referida Exposición, en el sentido de que el art. 177 bis CP “tipifica un delito en el que prevalece la protección de **la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren**”. Así lo reconoce también la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS 378/2011 de 17/5). **Al proteger un bien jurídico de naturaleza personalísima-en esencia la propia personalidad de la víctima-, se cometerán tantos delitos de trata de seres humanos como víctimas hayan sido tratadas, aunque todas ellas lo fueran en una situación conjunta².**

B. ACCIONES TÍPICAS Y MEDIOS COMISIVOS

Los **verbos que integran la conducta típica**, como se ha indicado, son captar, transportar, acoger, recibir y alojar. En definitiva se trata de todas las conductas que se pueden realizar durante el proceso desde la trata, des la captación en el lugar de origen, hasta el acogimiento, recibimiento y alojamiento en el lugar de destino, pasando por el transporte y el traslado.

La **captación** debe quedar orientada a la sustracción de la víctima de su entorno más inmediato para ser *tratada*, eso es para ser desplazada o movilizada; el **transporte** solo puede representar la acción por la que se lleva a la persona trasladada de un lugar a otro cualquiera que sea el medio o vehículo empleado, por sí o a través de terceros; el término **traslado** – como aceptación necesariamente diferenciada del propio transporte-, al ser aplicado a una persona carente de capacidad de decisión por hallarse sometida a violencia, intimidación o situación abusiva adquiere el significado de entrega, cambio, cesión o, transferencia de la víctima del mismo modo que la recepción indica esa misma relación desde la perspectiva de quien la toma o se hace cargo de ella. En ambos casos se comprenderán todos los supuestos de ventas, entre tratantes o de adquisición mediante precio de quien ejerza un poder de dominación sobre ella; **acoger, recibir y alojar** se refieren a las conductas de quienes aposentan a las víctimas tratadas en el lugar de destino donde piensa realizarse la dominación o explotación planificada. En

²Véase “*El delito de trata de seres humanos*” Alberto Daunis Rodríguez. Tirant lo Blanch. 104 colección delitos. 2013 (pags 73-80); Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de la actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración;

definitiva, el artículo 177 bis CP recoge todo el proceso por el que se moviliza a una persona de un lugar a otro para su dominación y explotación³.

María fue captada por Romelia mediante un engaño, le ofreció un trabajo en España en el restaurante de su tía Tatiana para allí obligarla a ejercer la prostitución. Romelia le compró 1 billete de autobús para poder ir a Coruña, en donde fue recogida por Tatiana. Tatiana aloja a María en el Club Plenilunio donde la obliga a prostituirse. Como vemos se dan claramente muchos de los verbos nucleares de la redacción del art. 177 bis.

El tipo básico del artículo 177 bis CP, relaciona con carácter alternativo la violencia, la intimidación, el engaño, o el abuso de una situación de superioridad o de necesidad de la víctima; esto es exactamente lo mismo que caracteriza el tipo básico de la prostitución coactiva del art. 188.1 CP. Los medios utilizados para la captación, traslado, transporte o recepción tienen que ser lo suficientemente eficaces para lograr que la víctima sea obligada a ello, ya por no haber prestado su consentimiento, ya por haberlo prestado de manera viciada.

Todos ellos han sido delimitados por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Por lo que se refiere al **engaño**, que es lo que a nosotros en este caso nos interesa, el engaño equivale al fraude o maquinación fraudulenta, comprendiendo cualquier tipo de señuelo que, según las circunstancias de cada caso, **sea eficiente para determinar la voluntad viciada de la víctima**. Ello se puede lograr a través de múltiples mecanismos de la más variada naturaleza. Normalmente el medio más utilizado es la **proposición ficticia de ofertas de trabajo** o la contratación simulada⁴, como se hizo en este caso con María.

En cualquier caso, el apartado 2 del art. 177 bis establece que ***aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se lleve a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación***. Eso es importante tenerlo presente en este caso porque una de las 7 mujeres que fueron encontradas en Plenilunio, Nicoara, tenía 17 años. Los policías preguntaron a Tatiana, Zulaika y Pietro por dicha situación y los tres respondieron que no sabían que Nicoara era menor de edad. Sin embargo, Zulaika, en la oficina que servía de recepción, tenía retenidos los pasaportes de todas las mujeres, incluyendo el de Nicoara, en el que consta claramente su fecha de nacimiento.

La trata constituye el delito antecedente respecto de aquellos que pudieran perseguir situaciones de dominación o explotación – prostitución coactiva, explotación laboral, tráfico de órganos, etc- que puede implicar la aparición de otro delito posterior distintos. El art. 177 bis CP ha optado por describir las **3 modalidades específicas de trata**, también de manera alternativa (con cualquiera de las finalidades) y en tres grupos diferenciados. Por ello, **basta que se acredite la existencia de uno de dichos fines** para que el delito se produzca. Por el contrario, si se llegara a acreditar la **conurrencia de más de un fin** – lo que suele ocurrir en relación con la trata de mujeres para la prostitución coactiva en los que persigue su explotación sexual previendo imposición de condiciones *laborales* patentemente abusivas- ello **no** daría lugar a la aparición de una **pluralidad de delitos de trata** (tantos como fueran las finalidades yuxtapuestas)⁵.

³ Véase Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de la actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, apartado II, el delito de trata de seres humanos.

⁴ SSTS 1588/2001, 1905/2001, 1367/2004, 1536/2004, 1257/2005

⁵ Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de la actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración

C. TIPOS CUALIFICADOS EN ATENCIÓN A LA VÍCTIMA

Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este art. (8 años a 12 años de prisión) cuando: a) con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima, b) la víctima sea menor de edad y c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación. En este caso se da una de las agravantes, hay una víctima menor de edad, Nicora tiene 17 años.

En relación con la agravante de víctima menor de edad hay que tener en cuenta que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha impedido que una misma circunstancia pueda ser valorada dos veces; siendo además, este criterio congruente con otros tipos con los que guarda especial relación como la prostitución coactiva de menores donde el art. 188.2 CP prevé que *si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en un situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años.* **Por lo que, solo podrá entrar en concurso con el delito de trata de seres humanos el tipo básico del art. 318CP, pues en otro caso supondría valorar dos veces la misma circunstancia.**

D. HIPERCUALIFICACIÓN EN SUPUESTOS DE DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Por último hay que destacar que se impondrá la **pena superior en grado** a la prevista en el apartado 1 de este art. (8 años a 12 años de prisión) e inhabilitación espacial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de condena, cuando el culpable perteneciera a una **organización o asociación** de más de dos personas, **incluso de carácter transitorio**, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriese alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este art. (en este caso hay una víctima menor de edad, Nicora, que tiene 17 años) se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior (10 años a 12 años de prisión e inhabilitación especial). Si concurriese la circunstancia prevista en el apartado 5 (autoridad, agente o funcionario público), que este no es el caso, se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior (10 años a 12 años de prisión y 9 años a 12 años de inhabilitación absoluta).

La posibilidad de agravación previstas en el CP no terminan ahí, puesto que se prevé que cuando se trata de los **jefes, administradores o encargados** de dichas organizaciones o asociaciones, en este caso Alberto y Santiago, se les aplicará la **pena en su mitad superior** (de 10 a 12 años de prisión e inhabilitación especial), que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado (12 años a 18 años de prisión e inhabilitación especial). En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 – en este caso hay una víctima menor de edad- (12 años a 18 años de prisión e inhabilitación especial) o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este art. (12 años a 18 años de prisión y 12 años a 18 años de inhabilitación absoluta).

E. COAUTORIA TRATA

En la STS. 1278/2011 de 29.11, *se ha admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado **participación adhesiva o sucesiva** y también coautoría aditiva, que requiere la **conurrencia de los siguientes elementos:***

1) **Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.** En este caso Romelia le ofrece a María un trabajo en un restaurante en España propiedad de una tía de la mencionada Romelia, llamada Tatiana. Romelia le compró un billete de autobús a María para que fuera a Coruña.

2) **Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.** Tatiana recogió a María en la estación de autobuses de A Coruña el día 29 de marzo y la llevó a un club llamado Plenilunio.

3) **Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.** Tatiana le informó de que realmente había sido trasladada a España desde Rumania para ejercer la prostitución y que debía empezar a trabajar esa misma noche para saldar la deuda que había contraído.

4) **Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho, bien entendido que para configurar la participación es suficiente el previo acuerdo, aunque el aporte de la actividad material pactado lo fuera para ser ejecutada tras la consumación del mismo.**

TERCERO. DELITO DE TRATA Y DELITO DE EXPLOTACIÓN POSTERIOR, PROSTITUCIÓN COACTIVA.

A. DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCIÓN

El **bien jurídicamente tutelado** es la **libertad sexual** de la persona afectada y su autodeterminación para ejercer voluntariamente la prostitución (así la STS 208/2010, entre otras muchas). El ejercicio libremente decidido de la prostitución es una actividad irrelevante para el derecho penal. Al ser la libertad sexual el bien jurídicamente tutelado, de titularidad individual y naturaleza personalísima, **no permite la aplicación de la continuidad delictiva, de tal manera que se cometerán tantos delitos como sujetos pasivos coactivamente dedicados a la prostitución existan, por cuanto el CP describe una conducta permanente y no actos aislados** (SSTS 208/2010, 1238/2009)

Las conductas típicas reguladas en el artículo 188.1 C.P ofrecen dos posibilidades:

1) **Determinar** a una persona mayor de edad **a ejercer la prostitución**, tanto respecto de quien no la ha ejercido nunca como de quien la hubiere ejercido con anterioridad pero que ha abandonado dicha práctica sexual; 2) **Determinar** a quién está ejerciendo la prostitución para hacer **que se mantenga en ella**. El verbo es "**determinar**", lo que significa que nos encontramos ante un **delito de resultado** y no de mera actividad, por lo que si efectivamente no llegó a realizarse ningún acto de prostitución cabe su apreciación en grado de tentativa. **Sin embargo, no se requiere que la persona determinada haya llegado a mantener relaciones sexuales por precio**. Es suficiente con haberla colocado en la posición de tener que hacerlo en situaciones en las que su necesidad es clara (STS 350/2008). En el caso que estamos analizando María ejerció la prostitución durante más de 4 años.

Los **medios comisivos** del art. 188.1C.P tienen el mismo contenido y significado que los previstos para el art. 177 bis .1 CP. No obstante, como se pone de manifiesto en la Sentencia de la AP Barcelona de 15-09-14 (...) **la efectiva determinación de la prostitución se ha logrado acudiendo a una pluralidad de medios concurrentes: a) la retirada de los pasaportes o cualquier tipo de documentación identificativa (STS 873/2010); b) la intimidación y amenazas con causarles un daño a ellas o a sus familiares en el país de origen (STS 873/2010); c) agresión física (STS 873/2010), llegándose en algún caso a causarle lesiones de cierta entidad a las víctimas (STS 380/200) o incluso un aborto (STS 87/2009); d) utilización de brujería o vudú (STS 249/2011); e) violaciones o abusos sexuales por los explotadores (STS 876/2008); f) que hayan sido traspasadas o vendidas a otros tratantes o explotadores mediando**

precio (STS 873/2010); g) aprovechamiento de cualquier situación de desvalimiento de la víctima (STS 450/2009)”.

Tatiana sostiene que las mujeres eran en todo momento conscientes de que venían a España a ejercer la prostitución y que tenían que abonar con su trabajo el viaje desde Rumania. Pero si fuera verdad esto, no le quitarían los pasaportes para que no se pudieran ir, las dejarían salir sin ir acompañadas de Pietro o no le hubieran puesto rejas en las habitaciones. Por lo que **consideramos que nos encontramos ante un delito de prostitución coactiva mediante la determinación del ejercicio de la prostitución**, y como además les obligan a tener relaciones sin preservativo, se pone en peligro su salud **se podría aplicar circunstancia agravada en el apartado 4 c) del art. 188)**

Al igual que en el delito de trata, **María empieza a ejercer la prostitución en marzo de 2010, pero las otras chicas entre 2012 y 2014 y el delito de prostitución coactiva ha sido reformado en 2010** a través de la Ley 5/2010, de 22 de junio, con vigencia desde 23-12-2010. Por lo que establecer que ley aplicamos a los hechos cometidos contra María. Hemos dicho anteriormente que el delito de prostitución coactiva no es un delito continuado, sino un delito permanente y en este tipo de delitos la comisión del delito se mantiene en el tiempo, de tal manera que es posible que inicialmente el hecho se encuentre bajo la vigencia de una ley penal y posteriormente se encuentre bajo la vigencia de otra ley penal. Si la nueva ley agrava la pena prevista para el hecho delictivo que se mantiene en el tiempo cabe entender que no se produce un efecto retroactivo (STS 19-05-03), pero **si se introduce una circunstancia de agravación, solo podrá aplicarse esta cuando el hecho que la motiva se realice completamente bajo la vigencia de la ley posterior**. Lo contrario supondrá una aplicación retroactiva contraria al reo. **La reforma deja el art. 188.1 CP igual, lo que introduce nuevo a efectos de nuestro caso es la circunstancia de agravación del apartado 4 c) “cuando el culpable hubiera puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o la salud de la víctima”**. **Por lo que en este caso en relación con los hechos cometidos contra María no la podemos aplicar, pues el hecho que la motiva no se produce completamente bajo la vigencia de la ley posterior**.

Pero además de obligarla a ejercer la prostitución le imponen unas condiciones de trabajo muy gravosas. Tatiana le dice a María el 1º servicio sexual que realizase cada noche sería al 100% para los responsables del club y el resto de servicios serían al 50% entre el club y ella. Pero solo una noche María realizó más de un servicio sexual y en contra de lo que le dijo Tatiana esta no le dio su parte. Esto nos lleva a plantearnos si además podemos apreciar **un delito contra los derechos de los trabajadores**. La STS de 12 de abril de 1991 estimó aplicable el art. 499 bis (antecesor del actual art. 311 CP) a situaciones de contrato con causa ilícita, en concreto a una relación laboral con una prostituta, por entender que el tipo penal protege la situación de personas que prestan servicios a otras. El art. 311 CP establece “*Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio **condiciones laborales que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos....***”. Por otro lado, el art. 312.2 inciso 2 establece “*quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos...*”. El resultado es el mismo, perjudicar, suprimir o restringir los derechos de los trabajadores, pero el art 312.2 hace referencia a súbditos que no tengan permiso de trabajo y además no exige un engaño como en el art. 311 CP. En el caso que estamos analizando no se nos dice que las mujeres no tengan permiso de trabajo por lo que aplicaremos el art. 311 CP.

B. CONCURSO TRATA DE SERES HUMANOS Y PROSTITUCIÓN COACTIVA

La previsión de la regla concursal ad hoc en el art. 177 bis. 9 CP para los delitos que el tratante comete en la fase de explotación no constituye más que la positivación de lo que venía constituyendo doctrina constante del TS en relación con los supuestos de trata para explotación sexual. Sobre este particular, el referido Tribunal había ya emitido dos **acuerdos del pleno de la Sala Segunda de carácter no jurisdiccional**. En el primero de ellos, **de fecha, 24 de abril de 2007**, el órgano jurisdiccional admitió la posibilidad de concurrencia, en régimen de **concurso real**, del tipo agravado de tráfico de personas para explotación sexual del anterior art 318 bis – eventualmente con la aplicación del tipo agravado del anterior núm. 3 del art. 318 bis – y del delito de determinación coactiva a la prostitución del art. 188.1 CP. Se consideró que ambos delitos protegían distintos bienes jurídicos. Lo mismo estableció con carácter posterior **el acuerdo del Pleno de la Sala segunda de 26 de febrero de 2008**, pero afirmó que para evitar la infracción del principio non bis in idem, la concurrencia debía afirmarse entre el tipo básico del delito de tráfico de personas y el delito el art. 188 CP.

C. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN PROSTITUCIÓN

En la prostitución al igual que en el delito de trata de seres humanos, los **coautores** son los mismos, **Alberto y Santiago**, que son los socios de NA&NA S.L, son los dueños del local y **Tatiana**, que es la que gestiona directamente el club, **formando una organización criminal**, en la cual cada uno tiene su papel. El integrante en toda organización criminal colabora al fin de la misma por lo que es integrante como un *aliud* a su condición de coautor, ahora bien, el argumento expuesto no es reversible, es decir, todo coautor, por serlo no es necesariamente un miembro de la organización (STS de 6 de febrero de 2014). Resulta de interés la definición de **delincuencia organizada** que establece la LECrim en el art. 282 bis, al tratar la figura del agente encubierto, del que se pueden extraer las siguientes **características: La forma jerárquica** de la misma en la que unas personas, con mayor responsabilidad dan las órdenes que otras ejecutan; las primeras normalmente están más apartadas del objeto del delito; **el reparto de papeles o funciones**, lo que hace que un miembro con un cometido pueda ser reemplazado por otro sin que resulte afectado el grupo; **que posea vocación de estabilidad** o permanencia en el tiempo, en busca de una mayor eficacia en los objetivos ilícitos y también mayores dificultades para el descubrimiento de la red criminal (AP Barcelona, Sección 10ª, 30-12-09).

Sin embargo, **Romelia**, no sería autora del delito de prostitución, porque no ejecuta ninguno de los elementos del tipo penal. No obstante, debe responder como partícipe del delito. El grado de participación de Romelia encuadra dentro de la **cooperación necesaria**, pues sin su ayuda previa para la captación no se hubiera podido llevar a cabo la posterior prostitución. Romelia responde como cooperadora necesaria y no como cómplice en base a la teoría de los bienes escasos, ya que proporciona algo difícil de obtener (mujeres en situación de necesidad tal como para trasladarse a un país diferente al suyo para trabajar). Además, Romelia no podría haber sido sustituida por cualquier persona si ella se niega a realizar dicho trabajo, pues hay que tener en cuenta que es amiga de María y eso añade un plus de confianza.

Consideramos a Zulaika, recepcionista del club de alterne y a Pietro, camarero de dicho club, cómplices del delito de prostitución en base a las sentencia 238/2004 de la Audiencia Provincial de Lugo de 22 de septiembre y a la 1663/1999 del TS de 22 de noviembre, respectivamente.

En la sentencia 238/2004 de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1º) de 22 de septiembre, en el fundamento jurídico quinto se **declara a recepcionista de un club de**

alterne cómplice del delito de prostitución. Dicha sentencia dice así: “*Responde también en concepto de cómplice la acusada Rosa, respecto a los 5 delitos relativos a la prostitución. Conocida como "Tigresa" encargada de recibir el dinero de los clientes, cobrar multas, y controlar en definitiva a las mujeres en el ejercicio de la prostitución, si bien su actuación no puede llevarse a la coatoría, sí es subsumible en la complicidad. Sin duda fue auxiliar de los autores, pero sin tener el dominio funcional del hecho, siendo secundario el carácter de su intervención, lo que la aparta de la cooperación necesaria. Recaudaba multas, daba cuenta a los jefes del rendimiento... etc.* Esta sentencia fue recurrida ante el TS y consideró igualmente a la recepcionista del club de alterne cómplice del delito de prostitución (Sentencia 1305/2005 de 14 octubre) **Por lo que se refiere al camarero, Pietro,** la Sentencia núm. 1663/1999 del TS de 26 de noviembre establece: “*Para medir la responsabilidad criminal por esta actuación y determinar si esa participación ha de encuadrarse en el terreno de la cooperación necesaria del art. 28.2 b) o en el de la complicidad del art. 29 hay que tener en cuenta las circunstancias concretas del caso a fin de averiguar si los delitos se habrían o no efectuado sin la colaboración que ambos ahora recurrentes prestaron al respecto. O dicho de otra manera, si el verdadero autor de los delitos los habría podido cometer, en concreto, en la forma en que éstos se cometieron, si no hubiera contado con la colaboración específica que prestaron estos dos colaboradores. Esto sujetándonos al texto de lo que dice el citado art. 28.2 b) CP. O, utilizando una conocida posición doctrinal, examinar si esa colaboración pertenece a la categoría de los llamados «bienes escasos» o se trata de algo fácilmente sustituible con la actuación de otras personas. (...)En efecto, si Juan Carlos no hubiera dispuesto de tales dos camareros habría tenido otros y, dadas las características y la forma en que esta clase de trabajos se desarrolla, no parece aventurado decir que, si José Manuel R. o José Manuel G. se hubieran negado a realizar esas labores de vigilancia, en ese mundo cercano al negocio de la prostitución no le habría sido difícil a Juan Carlos B. encontrar a otros que les hubieran sustituido (teoría de los bienes escasos). En definitiva, no parece que la negativa de cualquiera de ellos dos a realizar esas labores de vigilancia hubiera sido un obstáculo para que el negocio de Juan Carlos se hubiera realizado de la misma forma: también los delitos por los que aquí se condenó se habrían efectuado en caso de que la cooperación prestada por José Manuel R. o José Manuel G. no se hubiera producido. (...) condenar a José Manuel R. y José Manuel G. en calidad, no de cooperadores necesarios, sino de cómplices”*

D. PROSTITUCIÓN COACTIVA Y DETENCIÓN ILEGAL

El delito de prostitución lleva consigo una mínima restricción de movimiento, por lo que tenemos que ver si se consume el delito de detención ilegal en el de prostitución o si se castigan los dos. El art. 163 CP castiga con la pena de prisión de cuatro a seis años al “*particular que encierre o detuviere a otro, privándole de su libertad*”. **El bien jurídico protegido** es la libertad. Más concretamente, **la libertad ambulatoria**, es decir, la capacidad del ser humano de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico. La **conducta típica** consiste en **privar al sujeto de la posibilidad de determinar por sí mismo su situación en el espacio físico**. Se prevén **dos modalidades de acción**: encerrar y detener. Por un lado, **encerrar** equivale a situar a una persona en un lugar no abierto, sea mueble o inmueble. Por otro lado, **detener** equivale a privar a una persona de la facultad de alejarse en un espacio abierto. Además, existe una **modalidad agravada cuando el encierro o la detención dura más de 15 días**. En estos casos la pena a imponer es de 5 a 8 años de prisión.

Como se ha dicho anteriormente, Tatiana informó a María que durante el horario de trabajo no podía abandonar la sala del local, salvo para subir con clientes a las habitaciones. Además, María debía dormir en el local, prohibiéndole Tatiana salir del local fuera del horario de trabajo sin ir acompañadas de Pietro, el camarero del local. Además, en las habitaciones tienen rejas y por si fuera poco les quitan los pasaportes. De hecho, el 13 de mayo de 2014, María pidió a Tatiana dinero y poder salir para comprar algunas piezas de lencería que le había pedido un cliente; Tatiana accedió, pero diciéndole que solo podría ir si lo hacía acompañada de Pietro.

Por lo que se refiere al **concurso entre detención ilegal y prostitución coactiva** la Sentencia 1425/2005 del TS de 5 de diciembre en el F.J 6, establece lo siguiente: *“la determinación coactiva de una persona al mantenimiento en la prostitución conlleva necesariamente una cierta restricción ambulatoria, pues en la medida en que la víctima se ve forzada a dedicarse a algo que no desea, también lo está, aún instantánea o transitoriamente, a no abandonar el lugar donde dicha actividad se realiza. La consunción por el delito de prostitución coactiva o forzada no se produce y la detención ilegal debe sancionarse acumuladamente, cuando se alcanza una situación de encierro o privación física de libertad de las víctimas del referido delito, es decir, de internamiento forzado en un lugar del que las víctimas no pueden salir por sí mismas, como consecuencia del desbordamiento de los factores fácticos que califican el delito del art. 188. Es decir, cuando se va más allá de la mera restricción deambulatoria a la coacción psíquica ejercitada para el mantenimiento en la actividad de prostitución”*.

En el caso que estamos tratando se da claramente la situación descrita en el párrafo en la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. A María no solo la obligan a ejercer la prostitución sino que la obligan a dormir en el club en una habitación con rejas y del cual solo puede salir pidiéndole permiso a Tatiana y siempre y cuando vaya acompañada del camarero del club.

Por tanto, sigue diciendo la Sentencia 1425/2005 de 5 de diciembre de la Sala de lo Penal (...) *si se produce el encierro perdurable en el tiempo de las víctimas en lugar cerrado y vigilado, bajo la continua vigilancia de sus secuestradores, con tal plus de antijuridicidad que tales hechos no tienen porqué quedar consumidos y absorbidos por el delito descrito en el art. 188 CP. Así la STS 17.9.2001, se refiere a casos de perjudicados que permanecían siempre en un piso sin poder salir del mismo; STS 19.11.2001, imposibilidad de salir libremente del local hasta que se pagase la deuda, con retirada por parte de su explotador del pasaporte y dinero en casos de extranjeros en situación administrativa irregular.*

CUARTO. DELITO DE TRATA (ART. 177 BIS CP) Y DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS (ART. 318 BIS)

El apartado 9 del art. 177 bis CP establece una **regla concursal** específica del delito de trata de seres humano conforme a la cual *en todo caso las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación*. El apartado primero del artículo 318 bis castiga al que, *directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, con la pena de 4 a 8 años de prisión*.

Podríamos entrar a examinar si se dan los requisitos, si realmente se promueve, favorece o facilita el tráfico o inmigración, pero la Sala Segunda del Tribunal Supremo, fundada en el carácter prioritario del principio de libre circulación de los ciudadanos nacionales de Estados miembros de la UE – artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión

Europea -, **ha declarado la desaparición de la tipicidad penal de las conductas perseguidas por el art. 318 bis CP cuando afecten a los ciudadanos comunitarios** (Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del día 29 de mayo de 2007).

III. CALIFICACIÓN JURÍDICA

1. No podemos acusar a **Romelia** del delito contemplado en el antiguo art. 318 bis CP -anterior a la reforma de 2010- en relación con los hechos cometidos contra María (porque cuando se produjeron los hechos dicho delito solo era aplicable a víctimas, que no fueran españolas ni comunitarias), pero si la podemos acusar como cooperadora necesaria del posterior delito de prostitución – sin la agravante de puesta en peligro la salud de la víctima porque en 2010 aún no había dicha agravante- (responde como cooperadora necesaria y no como cómplice en base a la teoría de los bienes escasos, ya que proporciona algo difícil de obtener -mujeres en situación de necesidad tal como para trasladarse a un país diferente al suyo para trabajar-. Además, Romelia no podría haber sido sustituida por cualquiera, puesto que es amiga de María y esto añade un plus) En el caso de que Romelia hubiera engañado no solo a María, sino también a las otras chicas encontradas en Plenilunio (solo se dice de forma expresa que engañó a María, pero no se nos dice nada en relación con las otras chicas) la acusaríamos:

a) Como coautora de 1 delitos de trata de seres humanos con la agravante de pertenencia a organización y de victima menor de edad (art. 177.6 bis párrafo 1 apartado 2 CP); y como cooperadora necesaria del posterior delito de prostitución coactiva con la circunstancia agravante de puesta en peligro la salud de la víctima (obligaban a la chicas a tener relaciones sin preservativo), subsumible en el art. 188. 4 c) CP

b) Como coautora de 6 delitos de trata de seres humanos con fines de explotación sexual con la agravante de pertenencia a una organización (art. 177.6 bis CP); y como cooperadora necesaria de 6 delitos de prostitución coactiva con circunstancia la agravante de puesta en peligro la salud de la víctima, art. 188. 4 c).

2. Consideramos a **Tatiana** coautora:

a) 1 delito de trata de seres humanos con la agravante de pertenencia a una organización y de victima menor de edad (art. 177.6 bis apartado 2 CP) en concurso real con 1 delito de prostitución coactiva con la circunstancia agravante de puesta en peligro la salud la víctima, art. 188. 4 c CP (solo puede ponerse la agravante de victima menor de edad en el delito de trata, pero no otra vez en el de prostitución, supondría valorar dos veces la misma circunstancia), detención ilegal en la modalidad agravada subsumible en el art. 163.3CP.

b) de 6 delitos de trata de seres humanos con la agravante de pertenencia a una organización criminal (art. 177.6 bis CP) en concurso real con 6 delitos de prostitución coactiva con la circunstancia agravante de puesta en peligro de la salud la víctima (art. 188. 4 c CP) y 6 delitos de detención ilegal en la modalidad agrava, art. 163.3 CP (cuando se restringe la libertad deambulatoria de más de una persona se lesiona un personalísimo por lo que se castiga la detención de cada persona).

c) 1 delito de prostitución coactiva (art. 188 CP) por los hechos cometidos contra María –sin la agravante de puesta en peligro la salud de la víctima- y detención ilegal en la modalidad agravada, art. 163.3CP. No la podemos condenar a 1 delito de trata de seres humanos en relación a María por lo dicho anteriormente.

d) Un delito contra los derechos de los trabajadores (el art. 311 protege a la pluralidad)

3. Consideramos a **Pietro** cómplice de 8 delitos de prostitución coactiva con la circunstancia agravante de puesta en peligro de la salud la víctima, (art.188.4 c CP) y detención ilegal en la modalidad agravada, art. 163.3 CP (si no hubiera tenido a Pietro

como camarero habría tenido otro, no le habría sido difícil a la sociedad NA&NA encontrar a otros que les hubieran sustituido -teoría de los bienes escasos-

4. Consideramos a **Zulaika** cómplice de 8 delitos de prostitución coactiva con la circunstancia agravante de puesta en peligro de la salud la víctima, (art. 188. 4 c CP) y detención ilegal en la modalidad agravada, subsumible en el art. 163.3 CP (Sin duda fue auxiliar de los autores, pero sin tener el dominio funcional del hecho, siendo secundario el carácter de su intervención, lo que la aparta de la cooperación necesaria).

5. Consideramos a **Alberto** coautor:

a) 1 delito de trata de seres humanos con la agravante de pertenencia a una organización (jefe) y de victima menor de edad subsumible en el precepto 177.6 bis apartado 2 CP en concurso real con 1 delito de prostitución coactiva con la circunstancia agravante de puesta en peligro de la salud la víctima, subsumible en el art. 188. 4 c) CP y detención ilegal en la modalidad agravada, subsumible en el art. 163.3 CP.

b) de 6 delitos de trata de seres humanos con la agravante de pertenencia a una organización criminal (jefe) subsumible en el art. 177.6 bis CP en concurso real con 6 delitos de prostitución coactiva con la circunstancia agravante de puesta en peligro de la salud la víctima, subsumible en el art. 188. 4 c) CP y 6 delitos de detención ilegal en la modalidad agravada del art. 163.3 CP

c) 1 delito de prostitución coactiva subsumible en el art. 188 CP por los hechos cometidos contra María – sin la agravante de puesta en peligro la salud de la víctima- (no lo podemos condenar a un delito de trata de seres humanos por los hechos llevados a cabo contra María por el motivo dicho anteriormente) y detención ilegal agravada (art. 163.3 CP)

d) Un delito contra los derechos de los trabajadores, art. 311CP.

6. Consideramos a **Santiago** coautor:

a) de 1 delito de trata de seres humanos con la agravante de pertenencia a una organización (jefe) y de victima menor de edad (art. 177.6 bis apartado 2 CP en concurso real con 1 delito de prostitución coactiva con la circunstancia agravante de puesta en peligro de la salud la víctima (art. 188. 4 c CP) y detención ilegal agravada (art. 163.3 CP)

b) de 6 delitos de trata de seres humanos con la agravante de pertenencia a una organización criminal (jefe) subsumible en el art. 177.6 bis CP en concurso real con 6 delitos de prostitución coactiva con la circunstancia agravante de puesta en peligro de la salud la víctima, subsumible en el art. 188. 4 c) CP y 6 delitos de detención ilegal agravada subsumible en el art. 163.3 CP.

c) 1 delito de prostitución coactiva del art. 188 CP por los hechos cometidos contra María –sin la agravante de puesta en peligro la salud de la víctima- (no lo podemos condenar a un delito de trata de seres humanos por los hechos llevados a cabo contra María por el motivo dicho anteriormente) y detención ilegal agravada (art. 163.3CP)

d) Un delito contra los derechos de los trabajadores

DICTAMEN 2

I. HECHOS

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

1) 17 frasquitos etiquetados bajo nombre “Orgasmus” y “Liquid Gold”. Preguntado por ellos, Pietro afirma que se trata de *popper*, un excitante sexual que él mismo adquiere a través de internet en una tienda *on line* polaca, para vendérsela a los clientes que lo soliciten. Analizado con posterioridad, se determina que se trata de nitrito de amilo.

2) una bolsa de plástico conteniendo pastillas que suman un total de 7 gramos de una sustancia que, posteriormente analizada, resulta ser hidrocloreto de ketamina. Preguntado por ella, Pietro afirma que un cliente que no tenía dinero suficiente para sufragar un servicio sexual entregó como pago en especie dichas pastillas y que, en ocasiones, algunas de las chicas (si así se lo piden, pues él es el único que tiene llave del armario) y él mismo las consumen en el local. Asimismo, reconoce que en una ocasión vendió una de esas pastillas a un cliente.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. SUSTANCIAS: DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS

A. TRÁFICO DE DROGAS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, OBJETO MATERIAL

El art. 368.1CP establece que *“Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratara de sustancias o productos que causen grave daño a la salud y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos...”*

El **bien jurídico protegido** es el valor de titularidad colectiva y naturaleza difusa que se reconoce por **salud pública**, como parcela determinada de la seguridad colectiva que es el bien genéricamente protegido en el Título XVII, y se conceptúa como el conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan y fomentan la salud de los ciudadanos. Pero el art. 368 acoge en su seno conductas de dispar potencialidad lesiva para el bien jurídico salud pública, comprendiendo conductas que en puridad son formas adelantadas de protección o formas de participación de menor desvalor que la autoría, haciendo así muy excepcional que puedan apreciarse supuestos de tentativa o de complicidad, pues todas ellas han sido recogidas dentro del mismo marco penal. Según la Jurisprudencia el bien jurídico protegido lo constituye la salud pública (STS 622/2004, de 10 de mayo) teniendo en cuenta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes, de modo que **la afectación a su propia salud conforma la de la colectividad**.

El art. 368CP alude al **objeto material** del delito como la expresión **“drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”**. Dicha referencia legal, aunque pueda dar lugar a una cierta confusión, no ha de entenderse como una clasificación tripartita, sino más bien como una especificación genérica de lo que ha de entenderse por “drogas”, al ser la droga el género comprensivo de los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas, que aluden a los efectos sobre el organismo⁶. El CP, sin embargo, no ofrece una definición de “drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”. Desde un punto de vista gramatical, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, se entiende por droga: 1. “la sustancia mineral, vegetal o animal, que se emplea en la medicina, en la industria o en las bellas artes; 2. Sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno”.

A los efectos de dar contenido al concepto jurídico de drogas tóxicas **un sector de la doctrina** estima que nos encontramos ante una **ley penal completa** y que las Listas de drogas contenidas en los Convenios Internacionales, si bien pueden servir de ayuda en la labor del intérprete, tienen un valor orientativo. En este sentido, se afirma que es preferible deducir del art. 368CP un concepto jurídico-penal de drogas tóxicas que

⁶ “El delito de tráfico de drogas”. Director: F. Javier Álvarez García. Tirant monografías 617. Pag. 54- 60

atiende a las concretas finalidades del Derecho penal. Dicho criterio ha sido acogido por alguna resolución aislada del TS⁷.

Otro sector de la doctrina, por el contrario, estima que nos encontramos ante una **ley penal en blanco**, que se remite a la normativa extra-penal y, en particular a las Listas de los Convenios Internacionales ratificados por España. Las razones que dan son que los Tratados Internacionales han sido incorporados a nuestro Derecho internacional y obligan a nuestro país a sancionar penalmente los comportamientos relacionados con las drogas allí recogidas, pero no solo eso sino que también alegan razones de certeza y seguridad jurídica. En esta misma línea se ha manifestado la **Jurisprudencia mayoritaria del TS**⁸. De su consideración como **ley penal en blanco** se derivan una serie de **consecuencias** importantes en la práctica, entre las que pueden destacarse que los comportamientos relacionados con **sustancias no incluidas en dichas listas no pueden ser objeto de sanción penal** y la aplicación de los principios irretroactividad (y retroactividad favorable al reo). En definitiva, a los efectos de perfilar los contornos de los estupefacientes y de las sustancias psicotrópicas, como manifestaciones legales de las drogas en sentido amplio, ha de acudirse a los Convenios Internacionales ratificados por España.

B. “POPPER” Y NITRITO DE AMILO

En la Auto núm. 792/ 2010 de 24 de noviembre de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7º), fundamento jurídico primero se establece que *“la sustancia denominada “popper”, no puede ser encuadrada en el artículo 368 del Código Penal ya que no está incluida en listas de sustancias estupefacientes o psicotrópicas ni en la de sustancias susceptibles de uso para la fabricación de aquéllas (precursores)”*

Continua diciendo dicho Auto, en el fundamento jurídico dos que *“Ciertamente los “poppers”, productos basados en nitritos de alquilo volátiles, son sustancias que no están incluidas de momento en los listados internacionales de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. De esta manera no están sometidas a fiscalización, por lo que las actividades de tráfico con ellas relacionadas no serían encuadrables en el artículo 368 y concordantes del Código Penal por ausencia del objeto material del delito, constituido por las drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas, concepto normativo que se completa acudiendo a los convenios suscritos por España y que contienen las listas actualizadas de sustancias sometidas a fiscalización internacional”*

Sin embargo, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla establece en el fundamento jurídico tercero que *“ Es cierto que las sustancias constitutivas de los denominados en el argot “poppers” son susceptibles de uso medicinal, habiéndolo sido tiempo atrás el nitrato de amilo para combatir anginas de pecho o el tratamiento contra intoxicaciones por cianuro, por ejemplo. Ahora bien, aunque la Agencia Española de Medicamentos y productos sanitarios en el informe de 16 de junio de 2009 unido a la causa (emitido a*

⁷ Así, las SSTs 849/1995, de 7 de julio y 223/1997, de 18 de marzo estimaron *“no es una norma penal en blanco, sino un tipo completo en el que el objeto de la acción está caracterizado por un elemento normativo. Por leyes penales en blanco se deben entender aquellas que sólo contienen una amenaza penal para la infracción de otra norma a la cual remiten”*

⁸ Así la STS 378/2006 de 31 de marzo afirma: *“Nuestro sistema jurídico no ofrece un concepto jurídico penal de droga y sigue un criterio enumerativo por remisión a los Convenios Internacionales suscritos por España y publicados en el Boletín Oficial del Estado, utilizando el sistema de listas o la determinación por Orden Ministerial del Departamento de Sanidad y Consumo que califica una concreta sustancia psicotrópica o estupefaciente, lo que convierte al precepto del art. 268CP en una norma penal en blanco que obliga a integrarla con preceptos y normas extra-penales”.*

consulta de la Comandancia de la Guardia Civil de Huelva sobre la distribución de "poppers" en que aparece como ingrediente el nitritodeisopropilo, como es el caso) **hable de ellos como medicamento**, en ese informe afirma también que, correspondiéndole conforme a la Ley 29/2006 , de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios, "resolver sobre la atribución de la condición de medicamento" (artículo 7.3): 1) "**ninguno de estos medicamentos cuenta con la preceptiva autorización de comercialización expedida por esta Agencia tras la evaluación de su seguridad, calidad y eficacia**"; 2) "**sólo los medicamentos autorizados, pueden ser objeto de importación**" (recordando el artículo 72.1 de la Ley 29/2006, y 3)

(...) Así las cosas, de tratarse los botes incautados de productos de ilícito comercio en España, lo que parece ser el caso (al parecer fueron adquiridos fuera del país, y en España no son reconocidos como medicamentos por la precitada agencia oficial y no consta que puedan ser obtenidos de forma legal ni siquiera como productos de uso profesional o industrial), y de admitirse que su contenido -"poppers"- es "**sustancia nociva para la salud**", **ciertamente las conductas investigadas podrían tener encaje en el artículo 359 del Código Penal** .

Continua diciendo dicho Auto en el fundamento jurídico cuarto que "En principio los "poppers", productos basados en nitritos de alquilo son sustancias volátiles usadas en la práctica como drogas inhalantes, ya que producen vapores químicos que se pueden inhalar para provocar un efecto psicoactivo o de alteración mental. Conforme al Instituto Nacional sobre el Abuso de Drogas del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, un sistema de clasificación nombra cuatro categorías generales de inhalantes -disolventes volátiles, aerosoles, gases y nitritos - basándose en la forma en que éstos a menudo se encuentran en los productos domésticos, industriales y médicos. **Los nitritos a menudo se consideran una clase especial de inhalantes**. A diferencia de la mayoría de los demás inhalantes que actúan directamente sobre el sistema nervioso central, **los nitritos esencialmente dilatan los vasos sanguíneos y relajan los músculos**. Asimismo, mientras que los demás inhalantes se utilizan para alterar el estado de ánimo, **los nitritos se usan principalmente para intensificar el placer sexual**. **Los nitritos, que incluyen el nitrito ciclohexílico, el nitritoisoamílico (amílico) y el nitritoisobutílico (butilo), comúnmente se conocen como "poppers" ("reventadores") o "snappers" ("crujidores")**.

Dicho Auto acaba diciendo en el fundamento jurídico quinto que "Desde la perspectiva que se acaba de perfilar en los dos precedentes fundamentos **cabe afirmar, pues, el encaje de las actividades de tráfico sobre "poppers" como las investigadas en este proceso en el artículo 359 del Código Penal en cuanto que, referidas a sustancias aparentemente nocivas para la salud de las personas no consta, de un lado, que constituyan medicamento de uso legalmente permitido en España, no siendo poseídas, de otra parte, para su expendición como medicamentos no siéndolos, sino para su expendición por personas no autorizadas para ello con las finalidades más arriba indicadas de uso en las relaciones sexuales por sus propiedades estimulantes y vasodilatadores, facilitadoras del mantenimiento de la erección y la relajación de esfínteres**"

C. HIDROCLORURO DE KETAMINA

La ketamina ha sido incluida en la lista de sustancias fiscalizadas, por el Boletín Oficial del Estado de 21 de octubre de 2010, en el que se publicaba la Orden SAS/2712/2010 de 13 de octubre por la que se incluye la sustancia Ketamina en el Anexo I del Real Decreto 2819/1977, de 6 de octubre, por el que se regula la

fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos (Sentencia núm. 1070/2011 de TS, Sección 1º, de 11 de octubre).

En el caso que no ocupa la policía encontró en el club de alterne Plenilunio una bolsa de plástico que contenía 7 gramos de hidrocloruro de ketamina. Preguntado por ella, Pietro afirma que un cliente que no tenía dinero suficiente para sufragar un servicio sexual entregó como pago en especie dichas pastillas y que, en ocasiones, algunas de las chicas (si así se lo piden, pues él es el único que tiene llave del armario) y él mismo las consumen en el local. Asimismo, reconoce que en una ocasión vendió una de esas pastillas a un cliente. La ketamina es una droga a los efectos del CP, pero tenemos que analizar si pueden encajar dichos comportamientos ante el art. 368CP o bien estaríamos ante una conducta atípica.

SEGUNDO. CONSUMO COMPARTIDO

El consumo compartido sería **atípico**⁹ según la Jurisprudencia, en determinados casos sin riesgo o peligro para la salud de terceros, pues entonces **faltaría la antijuridicidad material del delito**. La Sentencia 118/1995, de 27 de enero establece que *“La valoración social de los actos de consumo compartido de drogas entre adictos, siempre con carácter gratuito, es la misma que pudieran tener los actos de consumo que estas personas pudieran realizar aisladamente, de manera que nada valorable como antijurídico tienen estos actos de autoconsumo ya sean llevados a cabo en común o individual y aisladamente”*.

Los requisitos que se exigen para que la conducta sea atípica son los recogidos entre otros en la Sentencia 86/2010 de 9 de febrero de 10:

*a) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fuera, el grave riesgo de impulsarles al consumo o habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 368 del Código Penal, ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento.*¹⁰

*b) El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo; aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente. La referencia a lugar cerrado es frecuente en la jurisprudencia*¹¹

*c) La cantidad de droga programada para la consumición ha de ser insignificante*¹²

*d) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes, como acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social.*¹³

e) Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales.

⁹ Como establece la jurisprudencia de la Sala Segunda, Sentencia 615/2006, de 14 de junio: *“La posesión de las sustancias estupefacientes es atípica en casos excepcionales como son los de autoconsumo, consumo compartido o cuando se trata de familiares o personas allegadas que proporcionan la droga con la sola idea de ayudar a la deshabituación o impedir los riesgos originarios por la crisis de abstinencia, siempre que se trate de cantidades pequeñas, para consumo inmediato y no se genere peligro de difusión, habiéndose apreciado incluso cuando se trate de personas internadas en Centros penitenciarios (SSTS 896/2002 o 1005/2003).*

¹⁰ A esta exigencia hacen referencia sentencias tales como las de 25 de junio de 1993, 3 de marzo, 3 de junio y 25 de noviembre de 1994; 27 de enero y 3 de marzo de 1995.

¹¹ SSTS de 26 de noviembre de 1994 y 2 de noviembre de 1995.

¹² Ver sentencias de 25 de junio y 10 de noviembre de 1993, 21 de noviembre de 1994 del TS.

¹³ Ver sentencia de 3 de marzo de 1995 del TS

f) *Ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas. Al consumo normal e inmediato alude la jurisprudencia en las sentencias de 25 de junio de 1993, 25 de septiembre y 2 de noviembre de 1995.*

En este caso que nos ocupa no concurren dichos requisitos para aplicar el consumo compartido. En primer lugar, ni Pietro ni las chicas son adictos. Pietro dice claramente a la policía cuando se le pregunta por la droga que en ocasiones, algunas de las chicas (si así se lo pedían, pues él es el único que tiene llave del armario) y él mismo las consumen en el local. No consumen de forma habitual, sino en ocasiones. Y como dice la jurisprudencia los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si no fuera así, el grave riesgo de impulsarles al consumo o habituación no podría evitar la aplicación del art. 318CP, ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento. **Además, Pietro es el único que tiene la llave del armario, la droga está en su poder, está promoviendo el tráfico de drogas. Y en segundo lugar, la droga no se está consumiendo en un lugar cerrado, sino que se está consumiendo en un lugar abierto al público, un club de alterne.**

Descartado el consumo compartido tenemos que analizar ante que figura nos encontraríamos. En el caso se nos dice que **Pietro manifiesta que él y las chicas, cuando así se lo pedían (pues él es el único que tiene acceso a la droga) consumían la droga, pero en ningún caso se nos dice que ellas le pagarán por la droga. Por lo que estaríamos ante un caso de tráfico de drogas, en concreto ante una donación.** Además, ay que tener en cuenta que las chicas no tenían dinero para pagar dicha droga pues no cobraban nada por ejercer la prostitución. Hay que tener en cuenta que la donación es delictiva porque es una forma de favorecer el consumo. Aun en el caso de que fuese consumo compartido, que no lo es, Pietro sería igualmente autor de un delito de tráfico de drogas. El mismo le dice a la policía que vendió en una ocasión una pastilla de katamina a un cliente y según la jurisprudencia del TS **bastaba con una sola venta para que se considere tráfico** (STS 1216/1999 de 20 de julio; 1486/2005 de 16 de diciembre; 792/2008 de 4 de diciembre, etc.).

TERCERO. PERMUTA. INTERCAMBIO DE SEXO POR DROGA

El verbo **traficar** significa según el Diccionario de la Lengua “**comerciar, negociar con el dinero y las mercancías, trocando, comprando o vendiendo, o con otros semejantes tratos**”. La mercancía en este caso no es otra que las drogas tóxicas. El tráfico requiere necesariamente la presencia de al menos dos personas: por un lado, la que entrega la droga y, por otro, la que entrega a cambio de la misma algo. El que entrega la droga a cambio de algo siempre va a cometer el delito examinado con independencia de que el comprador de la droga vaya a destinarla al consumo personal y con independencia de que la cantidad vendida sea mínima por el contrario, **el comprador**, a pesar de que su presencia sea imprescindible en el acto de tráfico del primero, **no realiza un delito de tráfico de drogas** en la modalidad examinada. La responsabilidad criminal de éste habrá de deducirse dentro de la forma típica de la posesión y en esa sede, **sólo será típica su conducta si** a través de actos concluyentes o por indicios, **pretende emprender una nueva cadena de tráfico** o difundirla de otra forma.

Entrán dentro del **concepto de tráfico de droga la compraventa, la permuta o el trueque.** En ese sentido afirma la STS de 3 de mayo de 1985 que “*tráfico es sinónimo de comercio, transacción o negocio oneroso, siempre preordenadamente dirigido a facilitar, promover o favorecer el consumo de drogas*” En el mismo sentido, las sentencias del TS de 8 de febrero de 1984 y de 18 de enero de 1988 incluyen en el tráfico la permuta, en la que aparece evidentemente el móvil lucrativo del agente.

Volviendo al caso que estamos examinando, Pietro le dice a la policía cuando esta le pregunta por la bolsa de pastillas de ketamina que se encuentra en Plenilunio, que un cliente entregó la droga a cambio de un servicio sexual. Que el que entregó la droga a cambio de un servicio sexual cometió un delito de tráfico de droga está claro, pero ahora tenemos que examinar si quien aceptó ese pago también cometió después un delito de tráfico de drogas con dichas pastillas.

En el caso que nos ocupa solo se nos dice que Pietro era el único que tenía la llave del armario en dónde se encontraba la droga, pero no se nos dice quién recibió las pastillas. **Nosotros entendemos que como Zulaika era la encargada de guardar en depósito el dinero que los clientes entregaban a cambio de los servicios sexuales de las mujeres, así mismo lo manifiesta ella cuando la policía le pregunta, entendemos que fue ella quien aceptó entonces el pago de los servicios sexuales mediante droga, la cuál sería vendida posteriormente.** Si interpretamos que Zulaika fue la que recibió la droga como pago de los servicios sexuales tenemos que analizar si es responsable del destino que se le da posteriormente a esas drogas o no.

Según el art. 28.1CP son **autores “quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”**. En virtud de la teoría del dominio del hecho, es autor individual del delito de tráfico de drogas el sujeto que con su hacer conjuga directamente los verbos típicos, esto es, *el que cultiva, elabora o trafica con el objeto material del delito o de otro modo, promueve, favorece o facilita el consumo ilegal o posee drogas tóxicas con aquellos fines*. El **tráfico de drogas** es una conducta que **por la complejidad que encierra** exige en la generalidad de los casos, la presencia de varios sujetos, convirtiéndose de esta forma la **coautoría** en la **regla general**.¹⁴ No en vano, el propio art. 368CP se refiere a “*los que ejecuten*” los actos típicos; además, el art. 369.6CP agrava la pena si “*el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aún de modo ocasional*” y en el número siguiente, también se agrava a pena si “*el culpable participara en otra actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito*”.

Existe coautoría cuando concurra a la ejecución más de una persona en virtud de un concierto o unidad de voluntades, que hace a todos solidariamente responsables y en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno toma, ya que todos coadyuvan de modo eficaz a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que individualmente realice cada uno; dicho acuerdo, por lo demás, puede ser previo o simultáneo, expreso o tácito, y cabe también que tenga lugar iniciada la ejecución, en los supuestos de coautoría sucesiva o adhesiva (STS 28/2008, Sala Segunda, de 15 de enero de 2008).

Para la STS 170/2013, Sala Segunda, de 28 de febrero de 2013 dos son los planos en que necesariamente se apoya la apreciación de una **coautoría: a)** existencia de una

¹⁴ La STS 346/2008 de 12 de junio de 2008 establece que “*la realización del tipo penal, en este caso, la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de sustancias tóxicas, se subsume, generalmente, en la autoría, pues dada la redacción de los verbos nucleares del tipo penal, promover, favorecer y facilitar, es difícil concebir formas de responsabilidad distintas de la autoría. Y que al consistir la complicidad en un auxilio al autor, no es fácil representarse conductas de promoción al promotor, de favorecimiento al favorecedor o de facilitación a quien facilita, pues esa función ya se subsume en la autoría. Así, la jurisprudencia de esta Sala ha venido admitiendo sólo con carácter excepcional la figura de la complicidad, en relación con el delito de tráfico de drogas descrito en el art. 368CP (SSTS 1228/2002, de 2 de julio; 1047/1997, de 7 de julio; o 2459/2001, de 21 de diciembre, entre otras), precisando que ha de tratarse de supuestos de colaboración mínima, por su carácter episódico, o de conductas auxiliares de escasa relevancia*”.

decisión conjunta, elemento subjetivo, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin expreso reparto de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hecho en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o en todo caso es muy brevemente anterior a ésta; **b) una aportación al hecho** que puede valorarse como **una acción esencial** en la fase ejecutoria, que integre el elemento objetivo apreciable aunque el coautor no realice la acción nuclear del tipo delictivo. **La transcendencia de esa aportación se fija por el dominio funcional del hecho en el coautor**

En el caso que no ocupa podemos entender que hubo un acuerdo entre Pietro y Zulaika, de que está misma aceptaría pagos de servicios sexuales mediante droga y que esta le entregaría la droga a Pietro y posteriormente este la vendería. Por lo tanto se dan los dos elementos típicos de la coautoría, por un lado el acuerdo entre los dos y el reparto de papeles de cada uno y por otro lado el dominio que tienen los dos sobre la droga, Zulaika se encarga de coger la droga y dársela a Pietro y este se encarga de venderla a los clientes.

CUARTO. TIPOS AGRAVADOS

A. POR LA DINÁMICA COMITIVA: EL LUGAR DE COMISIÓN DE LOS HECHOS.

El art. 369.3º CP establece que *“se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos”*

Pietro no solo afirmó que él y algunas chicas si así se lo pedían (pues él era el único que tiene la llave del armario) consumían las pastillas en el local. Sino que también reconoce que en una ocasión vendió una de esas pastillas a un cliente en el club de alterne. Por lo que tenemos que analizar si en este caso concurre o no la agravante de tráfico de drogas en establecimiento abierto al público.

La circunstancia 3º del art. 369CP se apreciará si *“los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos”* se trata de conductas agravadas por la **mayor facilidad para cometer el delito**. El fundamento de la agravación de la pena radica en la mayor facilidad que tiene el sujeto activo para realizar las conductas de tráfico, amparándose en la legalidad que le ofrece el local o establecimiento abierto al público, y el plus de injusto se produce por la mayor difusión de la droga. En estos casos no existe un bien jurídico distinto a la propia salud pública, sino que existe un mayor peligro para la misma.

La agravante puede aplicarse en cualquiera de las modalidades típicas del art. 368CP. Así, podrá aplicarse cuando en un bar se permite, por sus responsables o empleados, el consumo de sustancias estupefacientes de manera habitual, puesto que de esta manera se puede promover o favorecer el consumo de drogas, pero si en un establecimiento se poseen drogas destinadas al tráfico es necesario que se pueda acreditar y probar que el tráfico se iba a realizar en el local, pues como señala la Jurisprudencia la mera tenencia para traficar fuera del local, no es suficiente para apreciar la agravante. **Para la aplicación de la agravante de establecimiento público, no basta con que haya droga depositada allí, sino que debe haber venta en el local (STS 840/2006; 817/2008)**

Aunque la acción tiene un carácter activo en cuanto a su comisión, sin embargo **cabén conductas de omisión**. Así la STS de 3 de octubre de 1999 **sanciona como conducta de omisión a los dueños de una discoteca que tenían el deber de evitar que en su establecimiento se promoviera, favoreciera o facilitara el consumo ilegal de drogas:** *“Su conducta de omisión debe entenderse incardinada en los preceptos penales cuya*

infracción aquí se denuncia. No es preciso para entrar dentro de los requisitos que exige el tipo, ostentar la cualidad de propietario o titular del arrendamiento del local donde se expende la droga, basta con tenerla o desempeñar misiones de encargado, gerente o director, incluso los camareros de una discoteca que se aprovechan del trabajo que allí realizan para facilitar la distribución. No es de aplicación este subtipo a los clientes del local, que aprovechando el movimiento de personas se aprovechan de esta circunstancia para favorecer su actividad ilícita, aceptar esta circunstancia sería dar una interpretación extensa u no deseada de una norma penal”. Asimismo en la STS 957/1997, de 30 de junio, se afirma: “no cabe ignorar tampoco que el acusado, en cuanto regente del bar, le corresponde una obligación de garante respecto de las actividades desarrolladas en dicho establecimiento”.

Por lo tanto, volviendo al caso que nos ocupa **aunque Tatiana no es dueña del local, al ser la que gestiona el club de alterne tiene el deber de evitar que en el establecimiento se lleven a cabo conductas encuadrables en el tráfico de drogas. La conducta omisiva de Tatiana constituye una actividad de facilitación o favorecimiento del consumo ilegal de drogas.** Pero, hay que tener en cuenta que estaría favoreciendo el consumo ilegal de drogas **siempre y cuando ella supiera que se estaban vendiendo drogas en Plenilunio y lo permitiera.** En el caso no se nos dice si Tatiana lo sabía o no, pero podemos pensar que si ella era la encargada de gestionar el club sería algo extraño que no lo supiera.

La cualificación tiene un elemento subjetivo que consiste en la condición de responsable o empleado del establecimiento, y otro objetivo, que es la realización en establecimiento abierto al público.

Respecto al **requisito objetivo**: la Jurisprudencia considera como **establecimiento abierto al público**, toda dependencia o local en el que se desarrolla una actividad empresarial, mercantil, financiera o de cualquier orden, actuando de cara al público, lo que permite a aquellos que estén interesado, **acceder libremente a su interior** para realizar las actividades o gestiones que sean pertinentes (STS de 14 de noviembre de 2002). La comisión del delito ha de tener lugar en establecimientos en los que puede entrar cualquier persona, indiscriminatoriamente sin ninguna clase de impedimento, como son bares, restaurantes, tiendas pubs, o incluso un club de alterne como es el caso. En cuanto al **requisito subjetivo**, se exige que las conductas típicas se realicen en el local por parte de los **responsables o empleados de los mismos**¹⁵. Ello se refiere a las personas que trabajan en el local y que lo mantienen abierto al público. Si es el dueño del local el que trafica en el mismo, se aplicará la agravante al mismo, aún cuando tenga una persona encargada del negocio, y lo mismo puede aplicarse para el arrendador de un negocio respecto a sus empleados. Pero no será castigado el dueño del local cuando sea el responsable del local o algún empleado el que se dedique a trafica sin tener conocimiento el dueño.

¹⁵ Respecto al concepto de responsables o empleados del establecimiento la sentencia 817/2008 del TS de 11 de diciembre establece que “*Los hechos se han de realizar por los responsables o empleados del establecimiento, lo cual significa que la voluntad del legislador es agotar todas las posibilidades de venta o difusión en un establecimiento abierto al público por parte de las personas relacionadas con el mismo, con una vinculación que no tiene que ser necesariamente laboral, civil o mercantil, sino que puede ser esporádica u ocasional, con tal que se realicen tales funciones para la empresa, como de responsabilidad o empleo. En el primer concepto, responsables, se incluirán los dueños, directores, gerentes, encargados, es decir, todas aquellas personas con capacidad para impartir órdenes e instrucciones sobre el desempeño de la actividad mercantil o social, y en el segundo, empleados, aquellas personas que desarrollen tareas de atención, venta o prestación de servicios en dicho establecimiento. La jurisprudencia ha declarado que no se excluye la responsabilidad penal por el hecho de no ostentar la propiedad o responsabilidad jurídica del establecimiento*”.

B. POR LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DEL DESTINATARIO DE LAS SUSTANCIAS.

El apartado 4º del art. 369CP agrava la pena cuando *“las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.”*

La mención de **menores de 18 años** supone una tutela reforzada que **ampara a quien todavía no se ha iniciado en el consumo o ya lo ha hecho** pero, en todo caso, constituye un riesgo relevante para su salud¹⁶. Pero para que se aprecie dicha agravante además de que la persona que adquiere la droga sea menor de edad **hace falta que la persona que se la da sepa que efectivamente es menor**¹⁷. Pietro cuando la policía le pregunta por la pastillas encontradas en Plenilunio dice que un cliente que no tenía dinero suficiente para sufragar un servicio sexual entregó como pago en especie dichas pastillas y que, en ocasiones, algunas de las chicas (si así si le piden, pues él es el único que tiene llave del armario) y el mismo las consumen en el local. Hay que tener en cuenta que una de las 7 mujeres encontradas en Plenilunio, **Nicora, tenía 17 años por lo que si se le facilitaba droga a Nicora se apreciaría dicha agravante** a pesar de que cuando la policía pregunta a Pietro, Tatiana y Zulaika sobre la minoría de edad de esta le responden que desconocían su minoría de edad. Si bien **hay que tener en cuenta que Zulaika, en la oficina que servía de recepción, tenía retenidos los pasaportes de todas las mujeres, incluyendo el de Nicora, en el que consta claramente su fecha de nacimiento.** Pero en este caso no se nos dice de forma expresa si también se le daba droga a Nicora o no, simplemente se dice a algunas de las chicas, sin especificar.

III. CALIFICACIÓN JURIDICA

1. Consideramos a **Tatiana** coautora de un delito de tráfico de drogas por omisión debido a su posición de garante del club, con la agravante de establecimiento abierto al público (art. 369 bis apartado 3 CP) y en el caso de que también se le diera droga a Nicora con la agravante de facilitación de la droga a menor de edad, apartado 4 del art. 369 bis CP (siendo Tatiana la que gestiona el club, es muy difícil que no sepa que Pietro y las chicas están consumiendo en el local y que alguna vez se vende a clientes y si lo sabe y no lo evita comete el delito por omisión); y como coautora de un delito de tráfico de sustancias nocivas, art. 359 CP (porque consideramos que hay un acuerdo entre Tatiana, Pietro y Zulaika para vender los frascos de popper)

2. Consideramos a **Pietro** coautor de un delito de tráfico de drogas con la agravante de establecimiento abierto al público (art 369 bis apartado 3 del CP) y en el caso de que también se le diera droga a Nicora con la agravante de facilitación a menor de edad (apartado 4 del art. 369 bis CP); como coautor de un delito de un delito de tráfico de sustancias nocivas, art.359CP (popper: sustancia nociva para la salud, que no constituye medicamento de uso permitido, siendo poseído para su suministro por personas no autorizadas, para usarlo en las relaciones sexuales por sus propiedades estimulantes).

3. Consideramos a **Zulaika** coautora de un delito de tráfico de drogas con la agravante de establecimiento abierto al público subsumible en el precepto 369 bis apartado 3 CP y en el caso de que después se demuestre que también se le daba droga a Nicora con la

¹⁶ En este sentido la STS 1312/2005, de 7 de noviembre establece que *“la tutela reforzada de los menores ampara tanto a quien todavía no se ha iniciado en el consumo, como a quién lo ha hecho, pues en ambos casos constituye un riesgo relevante para la salud, siendo suficiente la oferta de la droga poniéndola en condiciones de acceder a ella”.*

¹⁷ En este sentido la STS 781/2003, de 27 de mayo, mantiene la siguiente doctrina sobre el dolo *“(…) requiere el dolo del conocimiento de que el receptor de la droga es un menor, siendo reticente la moderna doctrina a la admisión del dolo eventual cuando el autor tiene duda de la edad de la persona a quien suministra la droga.*

agravante de facilitación de la droga a menor de edad regulada en el apartado 4 del art. 359 bis CP; y como coautora de un delito de tráfico de sustancias nocivas (art. 359CP).

DICTAMEN 3

I. HECHOS

La gran mayoría del dinero proveniente del club de alterne Plenilunio no era declarado a la Hacienda Pública: Tatiana lo llevaba en metálico una vez a la mesa a la sede de NA&MA S.L. y se lo entregaba en mano a ambos socios, quienes la recompensaban con un 10% de las cantidades. Otra parte, sustancial de las ganancias se facturaba falsamente en concepto de comidas en el mencionado restaurante “Luna del Principito”. En caso de haber declarado las cuantías, la Sociedad habría debido pagar a efectos del Impuesto sobre Sociedades, las siguientes cuotas tributarias: en el ejercicio 2009 156.000€; en el ejercicio 2010 161.000€; en el ejercicio 2011 170.000€; en el ejercicio 2012 125.000€ y en el ejercicio 2013 119.000€. Todas estas cantidades defraudadas se encuentran depositadas en una cuenta bancaria abierta en Gibraltar el 1 de febrero de 2008. La idea de desviar estos fondos a Gibraltar fue dada a Alberto y Santiago por el abogado de la sociedad, Xaime P., quien les garantizó la opacidad de las cuentas gibraltareñas y las dificultades que esto conllevaría en caso de una eventual investigación policial.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. DELITO SOCIETARIO

El art. 290CP establece “*Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior*”. Para las SSTS 1458/2003, de 7 de noviembre y 696/2012, de 26 de septiembre, con la tipificación de este delito “se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros”; viniendo a tutelar la transparencia externa de la administración social (STS 863/2009, de 16 de julio). Según las SSTS 1217/2004, de 2 de noviembre, 625/2009, de 17 de junio, 621/2010, de 25 de junio “el bien jurídico protegido en el artículo 290 es el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la entidad”. La doctrina señala como **bienes jurídicos a tutelar tanto el tráfico mercantil como los intereses económicos de las sociedades, de sus socios y de las personas que se relacionan con ellos** (STS 194/2013, de 7 de marzo).

“**La falsedad es uno de los elementos del tipo sin cuya creación es imposible cometer el delito** –se lee en la STS 150/2011, de 18 de febrero-, por lo que no puede considerarse como una conducta autónoma en concurso medial con el delito societario”. La conducta típica se concreta en una acción falsaria que se dirige a la alteración de las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero¹⁸. En este caso Tatiana, que se encontraba al frente del club de alterne Plenilunio, le llevaba en metálico a los dos socios las ganancias de

¹⁸ SSTS 1318/2000, de 14 de julio, 1117/2004, de 11 de octubre, 552/2005, de 9 de mayo, 863/2009, de 16 de julio y 655/2010, de 13 de julio.

Plenilunio, quienes la recompensaban con un 10% de las cantidades. Otra parte de las ganancias las facturaban falsamente en concepto de comidas en el restaurante “Luna del Principito”, también de su propiedad”. Vemos como existe una clara acción falsaria de las cuentas.

En este mismo sentido se pronuncian las SSTS 1217/2004, de 2 de noviembre, 865/2005, de 24 de junio, 655/2010, de 13 de julio: “La conducta típica “falsear” en el sentido del artículo 290 es mentir, es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho ... Hay que tener en cuenta por una parte, que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos, y por otra, que el administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de su representante leal (artículo 127.1 LSA y 61 LSRL) lo cual, implícitamente, y en términos generales, le obliga a ser veraz con la información que suministra sobre la sociedad”. En este caso existe una falsedad, se facturan falsamente en concepto de comidas ganancias que son del club de alterne Plenilunio.

Pero hay que destacar que el que el tipo contemple la causación de un perjuicio a terceros supone en algunos casos, que el propósito del autor o autores sea conseguir, por ejemplo, la evasión del pago de las obligaciones tributarias, en cuyo supuesto el delito fiscal desplazaría al delito societario. En este sentido la STS 480/2009, de 22 de mayo, ha declarado que “si una conducta es subsumible, primero en el delito contable y, después, en el delito contra la Hacienda Pública, se da una clara relación de consunción. No se puede castigar con independencia el acto preparatorio de un delito y el delito, después consumado, a que dicho acto se refiera, porque constituiría una vulneración del principio esencial *non bis in idem*. **Así en la doctrina se ha calificado el supuesto del delito contable, junto a los de los artículos 261 y 290, de “acto preparatorio criminalizado”.** Y en este caso sobre el que estamos elaborando un dictamen es lo que ocurre, el propósito de la empresa NA&MA S.L es conseguir la evasión del pago del impuesto de sociedades por lo que el delito societario queda desplazado por el delito contra la Hacienda Pública.

SEGUNDO. DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. DELITO FISCAL

A. CONDUCTA TÍPICA, TIPO OBJETIVO, TIPO SUBJETIVO Y CONSUMACIÓN DEL DELITO

El art. 305.1 CP establece que “*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 conducta típica consiste en, **por acción u omisión, defraudar a la Hacienda Pública** o a otro de los sujetos pasivos designados en el tipo mediante las modalidades expuestas en el indicado precepto. Pero no basta con una mera conducta defraudadora, sino que es necesario ocasionar un perjuicio económico que ascienda a un **mínimo de 120.000 euros**.

El tipo objetivo está compuesto por la realización de alguna de las conductas descritas: **eludir el pago de tributos, dejar de ingresar cantidades retenidas o que hubiera**

debido retener o ingresar a cuenta, obtener indebidamente devoluciones o disfrutar de indebidos beneficios fiscales. Se trata, en la mayoría de los supuestos, de una acción esencialmente omisiva, aunque caben tanto la acción como la omisión. Es un delito de resultado, consistente en la producción de un perjuicio económico superior a la cuantía establecida en el tipo.

Por lo que respecta al **tipo subjetivo**, basta con el **dolo genérico**, consistente en el conocimiento de las circunstancias que generan el deber de declarar y en la voluntariedad de la conducta elusiva, generalmente omisiva (TS 751/2003, 28-11 y 1590/2003, 22-4-2004), sin que se exija un especial ánimo de defraudar ni perjudicar a la Hacienda Pública (TS 2115/2003, 3-1 ; AP, Sevilla, 3ª, 95/2006, 16-12); sin embargo, exigen un elemento subjetivo específico (TS 181/1993, 9-3 ; AP, Granada, 1ª, 534/2004, 13-9). Basta el dolo eventual (AP, Alicante, 7ª, 155/2006, 21-3).

El delito se consuma en el momento en que finaliza el plazo de pago voluntario del tributo (TS 1590/2003, 22-4-2004); en el caso de tributos de declaración periódica, como el IRPF o el IVA, el último día del periodo hábil para declarar la deuda tributaria (TS 643/2005, 19-5). En este sentido, la jurisprudencia (SSTS 9-2-91, 20-5-1996, 6-11-2000 ;) han venido entendiendo que la consumación debe ser asociada al plazo legal voluntario de ingreso establecido por la norma tributaria de que se trate y que, por ende, no puede ser retrasada a un momento posterior en el que intervenga la Administración. Tras la reforma de 1995, hay que entender que esta posición se ve definitivamente confirmada a la vista de la introducción de la causa de anulación de la pena por regularización.

La conducta desplegada por los acusados a través de la empresa NA&NA S. L., reúne los elementos del tipo aquí expuestos ya que dicha empresa ha **eludido el pago** el impuesto de sociedades **desde 2009 hasta 2013. Pero en 2013 la cantidad es inferior a 12.000€ por lo que no constituye delito.**

Para que se produzca la conducta tipificada en el art. 305 CP, **no basta el impago de la cuota voluntaria**, en cuanto el delito de defraudación requiere, además un elemento de mendacidad, ya que **el simple impago no acompañado de una maniobra mendaz podrá constituir una infracción tributaria pero no un delito.** La responsabilidad penal surge no tanto del impago como de la ocultación de bases tributarias o la ficción de beneficios fiscales o gastos deducibles inexistentes (STS. 737/2006 de 20.6). El mero hecho del impago no satisface las exigencias del tipo, se necesita algo más en la conducta del autor que permita valorar su acción u omisión como defraudatoria en cuanto consiste en una conducta de ocultación del hecho imponible ejecutada con la finalidad de eludir el pago del impuesto o de pagar menos de lo realmente debido.

En ese mismo sentido se pronuncia la STS de 3 de octubre de 2003 , en la que después de decir que *"debe recordarse la naturaleza de tipo de omisión que tiene el delito fiscal que consiste sencillamente en el incumplimiento del deber de pagar los tributos a los que se está obligado"*, recuerda que el delito contra la Hacienda Pública tiene como elemento subjetivo el ánimo de defraudar pero éste, que es evidente en quien declara mal o torticeramente los datos que han de servir para la liquidación del impuesto, puede darse también en quien no declara porque, siendo consciente del deber de hacerlo, omite una actuación esperada por la Administración tributaria y la omisión es susceptible de ser tomada como expresión inveraz de que no existe el hecho imponible. En ambos casos, cabe concluir, la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria del mismo, constituye una conducta defraudatoria en tanto en cuanto implica una infracción del deber mediante una actuación de ocultación de la realidad en que el deber se basa o se origina (STS. 801/2008 de 26.11).

El que **caso que nosotros estamos analizando existe claramente un ánimo de defraudar**, de ocultar el hecho imponible ya que las **cantidades defraudadas posteriormente se ocultaban en una cuenta bancaria de Gibraltar**.

B. DELITO FISCAL PROLONGADO EN EL TIEMPO. ¿VARIOS DELITOS O UNO SOLO CONTINUADO?

Aunque el delito fiscal –y concretamente, el de elusión del pago de tributos- tiene cierta semejanza con muchos delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico a los que es aplicable indiscutiblemente la figura del delito continuado, la definición legal del tipo que no ocupa, así como la diversidad de los deberes fiscales que son vulnerados mediante su comisión, condicionados cada uno de ellos por hechos imposables diferentes, ejercicios temporales distintos e, incluso, por plazos de declaración y calendarios diversos, dan al delito fiscal una estructura específica difícilmente compatible con la continuidad delictiva, nunca apreciada por el TS, que castiga por separado los diferentes delitos fiscales cometidos en cada caso (STS 2ª 1174/1998 de 21 de diciembre de 1999 y 43/1998 de 28 de marzo de 2001). Cuando el art. 305CP describe la acción como la elusión del pago de tributos se refiere a infracciones particulares que sólo pueden ser infracciones de deberes específicos propios de cada tributo, de suerte que si se presentan varias declaraciones fiscales fraudulentas referidas a distintas especies de tributos, se cometerán por regla **varios hechos independientes**, incluso cuando las declaraciones estén referidas al mismo ejercicio fiscal (STS 2ª 4569/1999 de 10 de octubre de 2001).

Si la singularidad de cada impuesto es un obstáculo para que la elusión de su pago se una con la del pago de otro de distinta naturaleza, la redacción del art. 305.2CP lo es también para que el impago del impuesto correspondiente a un período impositivo o declaración pierda su condición de delito independiente y se funda, en un delito continuado, con el impago del mismo impuesto correspondiente a otro período (STS 2ª 2593/1900 de 9 de marzo de 1993). **A los efectos de determinar la cuantía defraudada a la Hacienda Pública, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración** si se trata de tributo, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones periódicas o de declaración periódica, de lo que se deduce que si las defraudaciones cometidas en distintos períodos y referidas al mismo impuesto no pueden sumarse para que la cuantía total de las mismas convierta en delito lo que de otra forma sería una pluralidad de infracciones administrativas, no lo puedan tampoco las cantidades defraudadas en delitos cometidos en distintos períodos para que la pluralidad de delitos sea castigada como un solo continuado (STS 2ª 871/2000 de 26 de diciembre de 2001). **En suma, la pluralidad de hechos delictivos es tratada como concurso real de delitos** con las graves consecuencias que compota tanto al momento de determinación judicial de las penas como en el de su ejecución.¹⁹

C. SUBTIPO AGRAVADO

Uno de los objetivos a que directamente apunta el legislador mediante la **última reforma** llevada a cabo en **2012** sobre el delito fiscal es **lograr una mayor eficacia en la lucha contra los fraudes de especial gravedad**, por tal motivo la LORCP opta por *“la creación de un tipo agravado (...) que eleve la pena de prisión hasta una duración máxima de 6 años, lo que a su vez determinad que el plazo de prescripción de las*

¹⁹ Véase: “Memento Práctico Francias Lefebvre. Penal Económico y de la empresa 2011-2012”. Ediciones Francis Lefebvre. Capítulo 25: Delitos contra la Hacienda Pública; y “Código penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias. 3ª edición” Colección Tribunal Supremo. Editorial, El Derecho, Grupo Francis Lefebvre.

infracciones más graves sea de 10 años (...)”, un tipo que engloba las conductas de mayor gravedad o de mayor complejidad en su descubrimiento, que se sancionan con una pena máxima de 6 años lo que, por aplicación del art. 131CP, llevaría aparejado el aumento del plazo de prescripción a 10 años para dificultar la impunidad de estas conductas graves por el paso del tiempo²⁰. Se consideran supuestos agravados, aquellos en los que la cuantía de la cuota defraudada supere los 600 mil euros, límite cuantitativo apuntado por la jurisprudencia; aquellos en los que la defraudación se comete en el seno de una organización o de un grupo criminal; o en los que la utilización de personas, negocios, instrumentos o territorios dificulte la determinación de la identidad o patrimonio del verdadero obligado tributario o responsable del delito o la cuantía defraudada. Con la referencia expresa a paraísos fiscales y territorios de nula tributación se dota de mayor certeza y seguridad jurídica al precepto toda vez que se trata de conceptos ya definidos en la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

Debe señalarse, no obstante, que la existencia de un subtipo agravado no es una novedad introducida por la LORCP, sino que ya se recogía con anterioridad en el art. 305.1CP²¹. La LORCP lo que hace es concretar y ampliar los supuestos que ya se contemplaban en el art. 305CP, y lo hace dedicándole un precepto expreso, el art. 305 bis CP. Así, el art. 305 bis CP establece una lista exhaustiva de supuestos a los que les será de aplicación el subtipo agravado y lo hace de forma acumulativa, de manera que bastará con que se dé cualquiera de ellos. En este caso consideramos que se dan dos de los supuestos descritos en dicho art:

1. Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal

Este subtipo agravado no es un supuesto nuevo, pues el art. 305.1CP, si bien de forma genérica ya se refería a él, al prever la aplicación del subtipo agravado cuando el delito fuera de especial trascendencia o gravedad en atención “*a la existencia de una estructura organizada*”.

La nueva redacción, también en este punto ofrece una mayor claridad al referirse a los conceptos de grupo u organización criminal cuyas definiciones (a efectos del CP) aparecen expresamente recogidas en los arts. 570 bis y 570 ter CP.

Por lo demás, la mayor penalidad en estos casos está justificada en atención al mayor componente doloso que implica la utilización de estructuras organizadas para la comisión del delito.

2. que la defraudación se lleva a cabo mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación del a cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito.

Este subtipo agravado sí resulta parcialmente novedoso pues se refiere, por un lado, a la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos que oculten o dificulten la identidad del obligado tributario, supuesto que ya venía recogido en la redacción anterior pero que la nueva Ley Orgánica amplía a los supuestos

²⁰ Véase: “*Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*”. Dirección: F. Alfredo García Prats. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 2014.

²¹ Si bien se discutía entonces si estábamos ante un subtipo agravado o ante circunstancias agravantes, una discusión con implicaciones a la hora de aplicar las reglas de determinación de la pena previstas en el art. 66CP.

en que la utilización de los mismos dificulte no solo la determinación del obligado tributario sino la de cualquier responsable del delito, así como la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito; por otro lado incluye ahora el precepto la utilización de negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que produzcan los mismos efectos señalados, novedad que se encuentra justificada, nuevamente, por el mayor componente doloso que implica la utilización de cualquiera de estos instrumentos con la finalidad de eludir el cumplimiento de las obligaciones tributarias así como la responsabilidad derivada de dicha conducta dolosa.

En el caso que estamos analizando la empresa NA&NA depositó todas las cantidades defraudadas en una cuenta bancaria en Gibraltar, por la opacidad de dichas cuentas y las dificultades que esto conllevaría en caso de una eventual investigación policial.

“El Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículo 2, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de medidas fiscales urgentes y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado”, establece en su art. 1 apartado 8 que Gibraltar es un paraíso fiscal. Por lo que podemos aplicar este subtipo agravado.

Fijados los supuestos que determinarán la aplicación del subtipo agravado hace falta referirse a **cuáles son las consecuencias** derivadas de incurrir en alguno de los mismo siendo lógico pensar que, si nos encontramos ante un subtipo agravado y la intención del legislador es arbitrar una lucha más eficaz contra las modalidades más graves de fraude, la principal consecuencia sea elevar las penas, sin embargo, **sorprendentemente, aun cuando, ciertamente la Ley prevé una mayor pena en estos supuestos, la agravación no es significativa per se y, de hecho puede llevar a la imposición de penas inferiores a las previstas para estos mismos supuestos en la redacción anterior del CP.**

En efecto, ciertamente la redacción actual del CP prevé una pena superior en el art. 305 bis CP a la que se prevé para el tipo básico en el art. 305CP: el tipo básico contempla una pena de prisión de 1-5 años, multa del tanto al séxtuple de la cuota y pérdida de posibilidad de subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales de la SS durante el período de 3-6 años; mientras que el subtipo agravado contempla una pena de prisión de 2-6 años, multa del doble al séxtuple de la cuota y pérdida de posibilidad de subvenciones o ayudas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la SS durante un período de 4-8 años. Pero en la anterior redacción, el subtipo agravado tenía contemplado una pena de prisión 3-5 años, mientras que la actual tiene una pena de 2-6 años; una pena de multa de 2,5 al séxtuple de la cuota mientras que en la actual tiene una pena de multa del doble al séxtuple de la cuota; y pérdida de posibilidad de subvenciones o ayudas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la SS durante el período de 4,5-6 años, mientras que en la redacción actual el período es de 4-8 años.

Lo anterior nos lleva necesariamente a concluir que **el agravamiento buscado por el legislador no pasa tanto por un aumento de la pena**, que existe pero solo relativamente, **sino en otras consecuencias** que resultan de la nueva redacción, consecuencias que, aun cuando pudieran parecer accesorias, han sido directamente queridas por el legislador. **A saber: 1) el aumento del plazo de prescripción del delito:** pues al señalarse una pena máxima de 6 años de prisión el delito pasa a prescribir a los 10 años (art. 131CP); **2) La competencia de las Audiencias Provinciales** para el enjuiciamiento de los delitos contra la Hacienda Pública en los

supuestos del art. 305 bis CP (art. 14.4 LECrim) posibilidad que, además, deja abierta la de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo (arts. 847 y ss LECrim).

D. PRESCRIPCIÓN EN DERECHO PENAL Y EN EL DERECHO TRIBUTARIO

Al extenderse las actividades ilícitas durante varios años ello genera consecuencias en relación a la prescripción, cambios en la normativa o problemas de retroactividad. En este caso, es especialmente relevante estudiar la prescripción tanto en el Derecho penal como en el Derecho Tributario para ver los delitos que comete la sociedad NA&NA contra la Hacienda Pública y las posibles infracciones tributarias. Como las conductas se producen en diferentes años hay que ver si se puede sancionar ese delito o si ya ha prescrito.

En Derecho penal la prescripción está regulada en el art. 131.1 CP que establece que “*Los delitos prescriben: a) a los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea de 15 o más años; b) 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; c) a los 10 años, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de 5 años y que no exceda de 10; d) a los 5 años, los demás delitos, excepto los de injurias y calumnias, que prescriben al año.*

Por lo que se refiere a la prescripción en el derecho tributario, tenemos que acudir a la LGT, especialmente a los delitos 189 relativo a la extinción de la responsabilidad derivada de las infracciones. El art. 189 LGT apartados 1 y 2 establecen “*la responsabilidad derivada de las infracciones tributarias se extinguirá por el fallecimiento del sujeto infractor y por el transcurso del plazo de prescripción para imponer las correspondientes infracciones. El plazo de prescripción para imponer sanciones tributarias será de 4 años y comenzará a contarse desde el momento en que se cometieron las correspondientes infracciones*”.

Por lo que el delito fiscal prescribe a los 5 años, excepto si se trata de un subtipo agravado pero cometido desde la entrada en vigor de la reforma de 2012 que prescribe a los 10 años. Sin embargo, la prescripción de la infracción tributaria es a los 4 años. El día *a quo* para iniciar el cómputo del tiempo necesario para la prescripción se corresponde con la consumación del delito, que se produce el último día del plazo voluntario para presentar la liquidación del impuesto de sociedades, que se produce el 25 de julio (STS 1599/2005, de 14 de noviembre, entre otras)

A continuación analizaremos uno por uno los posibles delitos o infracciones que se cometen en este caso:

a) En el ejercicio 2009: la Sociedad NA&NA debería haber pagado a los efectos del Impuesto de Sociedades 156.000€. Como esta cantidad excede de 120.000€ (cantidad necesaria para ser delito) estaríamos ante un delito fiscal. Pero hay que tener en cuenta que aunque estamos ante un subtipo agravado del delito fiscal antes de 2010 este tenía una pena de prisión de 3 a 5 años (con la reforma de 2012 se paso a una pena de 2 a 6 años) con lo que el delito prescribe a los 5 años, **por lo que ya ha prescrito.**

b) En el ejercicio 2010: La sociedad debería haber pagado 161.000€. Como excede de 120.000€ se produce el delito fiscal y además como el plazo de prescripción son 5 años aun se puede exigir responsabilidad (prescribirá el 25 de julio).

c) En el ejercicio 2011: La sociedad debería haber pagado 170.000€. Como excede de 120.000€ se produce el delito fiscal y como se trata del ejercicio correspondiente al año 2011 aun no ha prescrito el delito.

d) En el ejercicio 2012: La sociedad debería haber pagado 125.000€. Como excede de 120.000€ se produce el delito fiscal y como se trata del ejercicio de 2012 aun no han prescrito el delito.

e) **En el ejercicio 2013:** La sociedad debería haber pagado 1190.000€. Como no excede de 120.000€ no estaríamos ante un delito fiscal sino ante una infracción tributaria. Las infracciones tributarias prescriben a los 4 años por lo que aun no ha pasado el plazo de prescripción.

E. NOVEDADES EN LA PERSECUCIÓN DE TRAMAS ORGANIZADAS DE DEFRAUDACIÓN FISCAL.

Otra de las vías elegidas por el legislador **para intensificar la lucha contra el fraude fiscal** pasa por introducir novedades en la persecución de los delitos contra la Hacienda Pública cuando los mismos se cometen por medio de tramas organizadas o a través de sociedades pantalla constituidas de forma efímera con la única finalidad de defraudar. Dicha reforma pretende, en definitiva **posibilitar la persecución de tramas organizadas de fraude fiscal mediante facilitación de la denuncia inmediata una vez alcanzada la cantidad mínima de defraudación.**

Se trata de atajar un problema que la práctica forense había puesto de manifiesto y que fue reflejada por escrito en la Instrucción 3/2007 de la Fiscalía General del Estado en la que se exponía cómo la persecución de este tipo de delitos en relación con el IVA se veía dificultada por el hecho de que la persecución penal de los mismos se veía *“demorada hasta el último día del mes de enero del año siguiente a aquél en el que los comportamientos delictivos fueron realizados”* circunstancia que era aprovechada por quienes organizan defraudaciones que optaban por la utilización de sociedades que se mantienen activas durante un corto período de tiempo transcurrido el cual desaparecían y se hacían ilocalizables dificultando así el desarrollo de las investigaciones y haciendo ineficaz la lucha contra el fraude fiscal al empezar a actuar en un momento en el que las sociedades empleadas ya habían dejado de actuar.

F. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El sujeto activo del delito fiscal lo es el sujeto pasivo de la obligación tributaria (o deudor tributario) **o el titular de la ventaja fiscal indebidamente obtenida**, según se trata, respectivamente, de la elusión del pago de tributos o retenciones o de la obtención indebida de devoluciones o beneficios fiscales.

El delito fiscal es un **delito especial propio** (Sentencias del TS de 25 de septiembre de 1990, de 24 de febrero de 1993, entre otras), en el sentido de que **no puede ser cometido por cualquiera**. En consecuencia, quien no reuniendo tales requisitos de la **autoría** (“extraneus”) realice directamente el fraude fiscal o tome parte directa en su ejecución (por ejemplo, el asesor fiscal, etc) no puede responder, salvo que obre como **administrador de hecho o de derecho** de una persona jurídica o en nombre o en representación legal o voluntaria de otro (art. 31.1CP) o como **participe** – inducción, complicidad, cooperación necesaria- (art. 65.3CP). En el caso no se nos dice expresamente quien es el administrador, lo único que se nos dice es que Santiago es titular de un 51% de las participaciones y Alberto de un 49%, pero esto no es relevante a la hora de considerar a uno u a otro administrador, pues para ser administrador no hace falta ni ser socios. Nosotros entendemos que ambos son administradores.

En el caso que estamos analizando responderían como **coautores los dos socios**, Alberto y Santiago, ya que son los obligados tributarios, son los dueños de la empresa, **sin perjuicio de la responsabilidad penal de la empresa**. Cundo el obligado tributario es una sociedad mercantil y se defraudan tributos debidos por ella, es compatible determinar la autoría de las personas físicas en virtud de los criterios establecidos en el art. 31 CP, con la atribuible a la persona jurídica en virtud de cuanto establece el art.

310 bis CP, y por tanto, imponer sanciones tanto a una como a la otra (**dualidad de pronunciamientos condenatorios**).

Pero hay que tener en cuenta, que también hay una aportación de otra persona externa, que no es obligada tributaria, la actuación de **Tatiana**. Esta **llevaba el dinero proveniente de Plenilunio en metálico una vez al mes a la sede de NA&NA S.L y se lo entregaba en mano a ambos socios**, quienes le recompensaban con un 10% de las cantidades. En este marco, las dificultades que presenta la **participación del “extraneus”** – por ejemplo, el asesor fiscal- son antiguas y las respuestas jurisprudenciales variadas. No ha existido obstáculo para que se instalase en los pronunciamientos judiciales la teoría conforme a la cual el asesor fiscal, en tanto extraneus, **responde en calidad de partícipe** –inductor, cooperador- cómplice. En estos casos el obligado tributario, como “intraneus”, se vale o sirve del asesor para consumar la defraudación aun para el caso de que su aportación sea necesaria e imprescindible dado que su profesión de asesor fiscal le permitió aportar en la realización del delito unos conocimientos técnicos al alcance de pocas personas – teoría de los bienes escasos- de tal modo eficaces en la realización del hecho que sin ellos no habría sido posible sus ejecución (STS de 26 de julio de 1999). Esta jurisprudencia nos sirve de base para establecer la calificación de Tatiana, ya que ella **participa en los hechos, pero no aportó con su actuación algo que estuviera al alce de pocas personas**, los hechos que hizo ellas los podía haber realizado cualquiera, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo con los hechos que realiza un asesor jurídico debido a sus conocimientos, por lo que consideramos a Tatiana **cómplice del delito fiscal**.

G. EJECUCIÓN DE LA DEUDA FISCAL CON INDEPENDENCIA DEL PROCESO PENAL (LA DETERMINACIÓN Y EL COBRO DE LA CUOTA NO VINCULADA AL DELITO).

Una de las principales novedades introducidas por el legislador en la última reforma del delito fiscal consiste en la posibilidad de procederá la liquidación y cobro separados de la cuota “no dolosa”. Así, el art. 305.5 CP dispone que *“Cuando la Administración tributaria apreciar indicios de haberse cometido un delito contra la Hacienda Pública, podrá liquidar de forma separada, por una parte los conceptos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública, y por otra, los que se encuentren vinculados al posible delito contra la Hacienda Pública”*. Añade a continuación el precepto que la liquidación de la cuota no dolosa seguirá la tramitación ordinaria y se ajustará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria, por lo que quedará completamente desvinculada del delito de suerte que el Juez de lo Penal no debería pronunciarse sobre la misma. **Esto es lo que sucederá en el caso que estamos analizando, ya que solo constituyen delito las defraudaciones del ejercicio 2009 (prescrita), 2010, 2011 y 2012, pero no ocurre lo mismo con el ejercicio de 2013, ya que no sobrepasa el umbral de 120.000€ para ser considerado delito fiscal.**

La jurisprudencia de la Sala Segunda del TS se ha pronunciado con frecuencia en el sentido de que **el delito fiscal es una realidad autónoma de la relación jurídico tributaria**, sosteniéndose la teoría de la mutación del título cuando la cuantía defraudada excede del límite de punibilidad. En este sentido, la STS, Sala 2ª, de 5 de diciembre de 2002²², y otras muchas han sostenido la **tesis de la doble naturaleza de la**

²² En la misma resolución se afirma, de modo categórico, que: *“Aunque la naturaleza de la deuda se la misma, pues en todo es una deuda tributaria (...) el régimen de las deudas tributarias superiores a determinadas cantidades (diferentes en atención a las fechas y a la norma penal vigente) difería del correspondiente a las demás, en los casos en lo que se apreciara un elusión del pago del tributo, pues en*

deuda tributaria en función de que su elusión sea o no constitutiva de delito. Así, se refiere la sentencia a “deudas tributarias respecto a las que la Administración tenía facultad de liquidar” y “aquellas otras respecto de las cuales el impago pudiera resultar delictivo, pues, respecto de éstas (...) la Administración está obligada a suspender su actuación remitiendo el tanto de culpa, y la determinación de la cuota es cuestión que corresponderá hacer al Tribunal penal tras la valoración de las prueba practicada en el juicio oral”.

TERCERO. BLANQUEO DE CAPITALS

A. CONCEPTO BLANQUEO DE CAPITALS

La Ley 10/2010, de 29 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo en el art 1 apartado 2 establece que se considera **blanqueo de capitales**:

“a) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación de una actividad delictiva.

c) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva

d) la participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras anteriores, la asociación para cometer este tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución”.

La definición de blanqueo que establece la Ley 10/2010, de carácter preventivo, no difiera mucho del que figura en el Código penal. El art. 301 CP define como blanqueo de capitales:

1. *“El que adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludirlas consecuencias legales de sus actos (...)*

2. *(...) 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”*

Como vemos, tanto en el ámbito preventivo como represivo se utiliza en el concepto de blanqueo el término “**a sabiendas**”. Por tanto, las conductas descritas no se consideran blanqueo de una forma automática, sino que será necesario valorar, entre otros muchos supuestos, circunstancias o indicios que pudieran poner de manifiesto el origen ilícito de los bienes, como la utilización de identidades supuestas, la inexistencia de relaciones comerciales que justifiquen los movimientos de dinero, la utilización de testaferreros sin disponibilidad económica real sobre los bienes, la vinculación con sociedades ficticias

el primera caso la investigación, la determinación de la cuota y la sanción, e incluso, según la corriente mayoritaria, la indemnización correspondería a los Tribunales de justicia, mientras en los demás se dejaban en manos de la Administración, sin perjuicio de los correspondientes recursos en la vía contencioso administrativa”.

carentes de actividad económica alguna, muy especialmente si radican en paraísos fiscales, la realización de alteraciones documentales, el fraccionamiento de ingresos en depósitos bancarios para disimular su cuantía, la disposición de elevadas cantidades de dinero en efectivo sin origen conocido, y en definitiva cualesquiera otras circunstancias concurrentes en la ejecución de tales actos que sean susceptibles de ser calificados como irregulares o atípicas desde una perspectiva financiera y mercantil²³.

B. CONDUCTAS TÍPICAS

El tipo penal sanciona, con una amplia fórmula, al que "adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave 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". La Sentencia 1501/2003 del TS, de 19 de noviembre establece que "*El artículo 301.1º del Código Penal contiene tres modalidades comisivas y el 301. 2º, una más, referidas a los siguientes supuestos, todos ellos sancionados con la pena común de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. Son las siguientes: a) «El que adquiere, convierta o transmita bienes a sabiendas que éstos tienen su origen en un delito grave». b) «Realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito». c) «Realizar (cualquier otro acto) para ayudar a otra persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos». d) **Blanqueo sucesivo:** «Realizar actos de ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho, 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».*

En definitiva, en el blanqueo de capitales se trata de criminalizar aquellas conductas que persiguen ocultar el origen ilícito de los bienes, a sabiendas de que proceden de un **delito (grave)**, con las finalidades expresadas, para cerrar el circuito de su aprovechamiento por razones de política criminal.

C. EL DELITO FISCAL COMO DELITO ANTECEDENTE DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS

Existe en la actualidad una **polémica** en el ámbito doctrinal trasladada al ámbito jurisdiccional; acerca de la posibilidad de que **las cuotas defraudadas a la Hacienda Pública puedan ser objeto material de un posterior delito de blanqueo de capitales**. Sintéticamente existen dos posturas enfrentadas en esta cuestión:

- 1) La que considera que el delito de defraudación fiscal **puede ser antecedente** del delito de blanqueo pues no se advierte ninguna razón por la que los delitos contra la Hacienda Pública tengan que tener un trato diferenciado de otros delitos en su relación con el blanqueo, partiendo de que los bienes procedentes de delito fiscal pueden considerarse procedente o de origen delictivo grave constituirán el objeto material del delito de blanqueo, siendo la relación entre delito fiscal y de blanqueo la normal entre delito previo y delito de blanqueo.
- 2) La posición que **niega tal posibilidad** afirmando que el delito fiscal no puede ser antecedente del delito de blanqueo, principalmente porque no origina los fondos que son

²³ Véase: "Manual práctico para la prevención del blanqueo de capitales" José María Peláez Martos. CISS, grupo Wolters Kluwer. Parte 3 "Conceptos básicos" apartado 3 "Concepto de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo"; y "Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales" Directora: Caty Vidales Rodríguez. Tirant lo Blanch tratados. Capítulo 1, apartado 1 (objeto, definiciones y ámbito de aplicación)".

objeto del delito. El defraudador no obtiene nada del delito, sino que los bienes que integran la cuota ya se encuentran en su patrimonio. El delito fiscal no origina nada que no existiera antes en el haber del defraudador.²⁴

Hasta su **sentencia 974/2012, de 5 de diciembre**, el Tribunal Supremo no se había pronunciado sobre el gran y prolongado debate doctrinal sobre si la cuota defraudada a la Hacienda Pública superior a 120.000 € es un bien que tiene su origen en una actividad delictiva y, por tanto, si puede ser objeto del delito de blanqueo. En su favor jugaban que ya antes de la reforma de 2010 el art. 301 del CP considera idónea cualquier actividad delictiva previa, incluso, en determinadas circunstancias, si había sido cometida por la misma persona que realiza las conductas de blanqueo. En su contra, en primer lugar, que la cuota defraudada no es un bien que necesariamente tiene su origen en un delito y el art. 301 CP exige que los bienes que se blanquean procedan de un delito o tengan su origen en el mismo. En segundo lugar, que la imposición de una pena por delito fiscal y blanqueo de la cuota defraudada incurre en la vulneración del principio *non bis in idem*. Según esto, a menos que el defraudador fiscal se arrepienta y tras el fraude pague el dinero a la Hacienda Pública, algo tiene que hacer con el dinero defraudado: o lo transmite, o lo convierte, o lo tiene, o lo usa, o lo oculta, conductas todas ellas previstas en el delito de blanqueo. Parece obvio –se decía que el delito de defraudación fiscal ya contempla, abarca y castiga el desvalor que supone el hecho de que el sujeto activo, en vez de declarar ingresar en las arcas del Estado el dinero que le corresponde pagar conforme a la normativa tributaria, se lo gaste en otros menesteres. En definitiva -se decía- no parecen existir lagunas punitivas en estos casos que justifiquen la necesidad de recurrir al delito de blanqueo para castigar acciones que ya están perseguidas como delito fiscal. En tercer lugar, se mantenía se afirmaba la dificultad de concretar el objeto del delito dentro del patrimonio de una persona. Sin embargo el TS optó en esta sentencia de 2012 por considerar que ambos delitos pueden ser penados simultáneamente y, por tanto, que la cuota delictiva defraudada a la Hacienda Pública es un bien procedente de una actividad delictiva a efectos del delito de blanqueo.²⁵

D. TIPOS AGRAVADOS

El art. 302.1 CP establece que *“en los supuestos previstos en el artículo anterior se imponen 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 la referidas organizaciones”*

²⁴ Véase: *“El delito de blanqueo de capitales”* Isidoro Blanco Cordero. Thomson Reuters Aranzadi. 3ª Edición. Año 2012.

²⁵ La sentencia 974/2012, de 5 de diciembre establece: *“El delito fiscal del art. 305CP genera efectivamente un ahorro de gastos (la deuda tributaria), pero traduce dicho ahorro en una cantidad de dinero, esto es, otorga relevancia penal a los gastos ahorrados, en este caso, ala cuota tributaria defraudada, que debe superarlos 120.000 euros. Esta cuantía, es el bien derivado del delito y, por lo tanto, es idónea para ser objeto material del delito de blanqueo. Que se encuentre ya en poder del defraudador no tiene ninguna importancia a efectos del blanqueo de capitales. Así también en las insolvencias punibles los bienes ya están en el patrimonio del deudor, y ello impide considerar que constituyen bienes que proceden de un delito, idóneos por lo tanto para ser blanqueados. (...) El problema, no es tanto el origen o la procedencia delictiva de los bienes, cuanto la dificultad de concretarlos e individualizarlos en el patrimonio del contribuyente, por cuanto en principio no sería admisible la teoría de que todo el patrimonio del contribuyente queda contaminado”*

A esta circunstancia de particular gravedad, de participación en el delito de “un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte”, se refería ya la Convención de Viena de 1988 (art. 3.5 a). Es ésta, pues, una agravación por razón del sujeto activo de la infracción que pretende articular respuestas específicas a la persecución de la delincuencia organizada, castigándose no solo a las personas físicas sino también, hasta donde es posible, a las personas jurídicas que poseen una especial estructura organizada destinada a comercializar con los bienes originados de forma ilícita, de ahí su especial lesividad.

Este precepto parece exigir, para que pueda hablarse de las organizaciones a que se refiere, **un mínimo de permanencia** y una **cierta estructura organizada**; en este sentido, la organización es un grupo mínimamente estable, con un esquema de poder, dirección y planificación que estos diseñan y otros cumplen, encargándose el propio texto legal de **graduar la pena** teniendo en cuenta esta característica, **al distinguir entre los sujetos que “pertenezcan” y los jefes, administradores, o encargados de la organización**, a los que asigna una mayor penalidad. Los vocablos “jefes”, “administradores” y “encargados” no hay que entenderlos en sentido técnico sino en el más sencillo de personas que tiene **poder de decisión** en la organización.

Por lo que, volviendo al caso que estamos analizando, mientras que a **los socios Santiago y Alberto, que son los jefes de la organización se les aplica la pena superior en grado, a Xaime, abogado de la empresa solo se le aplica la mitad superior porque el simplemente forma parte de la organización criminal.**

E. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

No plantea ningún problema el hecho de que **Alberto y Santiago**, socios de NA&NA son **coautores de un delito de blanqueo de capitales**. Ya que estos ocultan en cuentas bancarias en Gibraltar el dinero que previamente defraudaron a Hacienda para encubrir su origen ilícito. Pero respecto a Xaime, abogado de la Sociedad que les dio a los dos socios la idea de desviar los fondos a Gibraltar, ya que eran cuentas opacas y difíciles de descubrir en caso de investigación policial existen más dudas.

Existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una **conducta sin la cual el delito no se habría cometido** (teoría de la conditio sine qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (STS. 1159/2004 de 28.10).

Sin embargo, como establece la STS. 147/2007 de 28.2, **la complicidad** criminal requiere una **participación** meramente **accesoria**, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado (STS. 1001/2006 de 18.10), no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005 de 21.2).

Tiene declarado este Tribunal que el **cómplice** no es ni más ni menos que **un auxiliar** eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una **participación accidental y de carácter secundario**. El

dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir **dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo**, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; **y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél**, (SSTS. 5.2.98, 24.4.2000).

Según esto podríamos caer en el error de considerar a Xaime cómplice, pues en A Coruña existen muchos abogados que podrían desempeñar esa labor. Aunque Xaime no les dijera a los dos socios la manera de ocultar el dinero, podría haberse dicho otro abogado. Este argumento fue el que dio la defensa en la Sentencia núm. 974/2012 del TS, Sala de lo Penal, Sección 1º de 5 de diciembre (Caso Ballena Blanca). Pero el Tribunal en el fundamento jurídico decimo primero apartado dos le dijo que no era cómplice sino coautor. El fundamento es el siguiente: *“En el delito del art. 301 el comportamiento típico se configura, tras una enumeración ejemplificadora, con una fórmula amplia al decir: "o realice cualquier otro acto" para ocultar o encubrir su origen ilícito o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, por lo que no solo se comete este delito por actos de adquisición, conversión o transmisión de bienes que tienen su origen en delito grave o por otros realizados para ocultar o encubrir ese origen ilícito, sino también por medio de esa modalidad consistente en ayudar a las personas participes en ese delito grave a eludir las consecuencias legales de sus actos. Por ello se **ha establecido su concepto extensivo de autor** que por regla general y por expresa voluntad del legislador conlleva que toda forma de participación en esas actividades de blanqueo es una forma de autoría (...) **nos encontramos con una participación conjunta con dominio funcional del hecho, excluyente de la complicidad**”*. Por lo que **Xaime, abogado de la sociedad** no es cómplice, sino **coautor**.

III. CALIFICACIÓN JURIDICA

1. Consideramos a **Tatiana** cómplice de 4 delitos fiscales (son 3 delitos y no uno continuado porque según la STS 2ª 871/2000 de 26 de diciembre de 2001: defraudaciones cometidas en distintos períodos y referidas al mismo impuesto no pueden sumarse para que la cuantía total de las mismas convierta en delito lo que de otra forma sería una pluralidad de infracciones administrativas, no lo puedan tampoco las cantidades defraudadas en delitos cometidos en distintos períodos para que la pluralidad de delitos sea castigada como un solo continuado)

2. Consideramos a **Alberto** como coautor de 3 delitos fiscales (ejercicio 2010, 2011 y 2012; el ejercicio de 2009 ha prescrito) con las agravantes de de defraudación cometida en el seno de una organización criminal o grupo criminal y defraudación utilizando paraísos fiscales que ocultan o dificultan la determinación de la cuantía defraudada tipificadas en el art. 305 bis CP; responsable de una infracción tributaria no constitutiva de delito (ejercicio 2013); coautor de un delito de blanqueo de capitales con la agravante de jefe de la organización criminal tipificado en el art. 302 CP;

3. Consideramos a **Santiago** como coautor de 4 delitos fiscales con las agravantes de defraudación cometida en el seno de una organización criminal o grupo criminal y defraudación utilizando paraísos fiscales que ocultan o dificultan la determinación de la cuantía defraudada tipificadas en el art. 305 bis CP; coautor de una delito de blanqueo

de capitales con la agravante de jefe de la organización criminal tipificado en el art. 302 CP; y responsable de un infracción tributaria no constitutiva de delito

4. Consideramos a **Xaime** coautor del delito de blanqueo de capitales con la agravante de pertenencia a una organización criminal tipificado en el art. 302CP.

DICTAMEN 4

I. HECHOS

La sociedad NA&NA S.L, con sede social en C/Real, 2º (A Coruña), se constituyó como tal con fecha 1 de febrero de 2008 y fue inscrita en el Registro Mercantil de dicha ciudad con fecha 3 de febrero del mismo año. La citada entidad cuenta desde su nacimiento con 2 socios, Santiago N, quien es titular del 51% de las participaciones en que se divide el capital social y Alberto M, titular del 49% de las participaciones. En los estatutos de dicha sociedad se hizo constar como objeto social la “gestión de locales de ocio”, contando con dos establecimientos abiertos al público, el mencionado Plenilunio y un restaurante llamado Luna del Principito.

En caso de haber declarado las cuantías, la Sociedad habría debido pagar a efectos del Impuesto sobre Sociedades, las siguientes cuotas tributarias: en el ejercicio 2009 156.000€; en el ejercicio 2010 161.000€; en el ejercicio 2011 170.000€; en el ejercicio 2012 125.000€ y en el ejercicio 2013 119.000€. Todas estas cantidades defraudadas se encuentran depositadas en una cuenta bancaria abierta en Gibraltar el 1 de febrero de 2008. La idea de desviar estos fondos a Gibraltar fue dada a Alberto y Santiago por el abogado de la sociedad, Xaime P., quien les garantizó la opacidad de las cuentas gibraltareñas y las dificultades que esto conllevaría en caso de una eventual investigación policial. Además, Tatiana le dijo a la policía que el viaje de las mujeres desde Rumania corría a cargo de la sociedad que gestiona el local (NA&NA S.L), añadiendo que ella se limitaba a cumplir las instrucciones de sus jefes, los socios, Alberto M. y Santiago N.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. CUESTIONES GENERALES

La reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal operada por obra de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, **establece**, ya de forma expresa, **la posibilidad de que las personas jurídicas sean sancionadas penalmente**. El artículo 31 bis.1 del CP dispone que *“En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho», indicando, a su vez, que «En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”*

De conformidad con el precepto arriba transcrito, el primer rasgo que cabe destacar relativo a la responsabilidad penal de las entidades con personalidad jurídica lo constituye el hecho de que no se trata de una responsabilidad ilimitada y reconocida, con carácter general, para cualquier tipo de delito, sino que, por el contrario, **aquella sólo resultará operativa en relación con determinadas figuras delictivas, en concreto, las que se encuentran previstas legalmente**. A estos efectos es preciso señalar que nada obsta para declarar autoras de los delitos contra la Hacienda Pública a

la referida entidad, al recogerse dicha posibilidad, de forma expresa, en el art. 310 *bis* del CP, lo mismo ocurre con el delito de trata de seres humanos, prostitución coactiva y blanqueo de capitales.

Junto a lo anterior, y como segunda característica, se trata, asimismo, de una **responsabilidad de tipo acumulativo**, en el sentido de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no sustituye la correspondiente a los sujetos mencionados en el artículo 31 *bis*.1 del citado Código, sino que se acumula a esta última, y ello aun cuando no haya podido individualizarse a la concreta persona física responsable o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31 *bis*.2 CP). La **responsabilidad** penal de la persona jurídica es **autónoma e independiente de la persona física** que haya ejecutado materialmente el delito.

De este modo, y a la vista de las consideraciones formuladas, es posible afirmar que, para poder imputar un delito a una sociedad, éste deberá llevarse a cabo, en todo caso y como no podría ser de otro modo, por alguna de las *personas físicas* enunciadas en el art. 31CP, siempre y cuando **dicha figura delictiva se cometa en su provecho**, lo cual puede ser factible si la cuota defraudada se utiliza en las actividades propias de la entidad o bien la misma se transfiere al patrimonio de los socios.²⁶ **En este caso que estamos examinando la cuota defraudada se transfiere al patrimonio de los socios Alberto y Santiago, ambos, a través de la sugerencia dada por el abogado de la sociedad Xaime P, abren una cuenta en Gibraltar para meter las cantidades defraudadas.** Además, hay que tener en cuenta que en este caso la Sociedad NA&NA se confunde con los dos socios, es decir, la sociedad y los socios se podría decir que son la misma persona. Engañan a las mujeres con una oferta de trabajo falsa, las obligan a prostituirse y se quedan con ese dinero, defraudan a la Hacienda Pública y ese dinero defraudado lo meten en una cuenta en Gibraltar.

De acuerdo con ello, y continuando con nuestro análisis de las características de la configuración del sistema de responsabilidad penal previsto para las empresas, cabe señalar, asimismo, que el artículo 31 *bis*.1 del CP establece, a su vez, una **dobles vía de imputación**, en la medida en que se hace responsable a aquéllas no sólo de los delitos cometidos por las personas que tienen el poder de representación en las mismas, sino también por las infracciones propiciadas por no haberse ejercido el debido control sobre sus empleados.

A estos efectos, y en relación con el *primer supuesto* arriba aludido, es preciso indicar que el **representante legal de la sociedad o sus administradores** –de hecho o de derecho– deberán **actuar en nombre o por cuenta de la misma y en su provecho**, lo cual excluye la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de un delito fiscal cuando dichos sujetos no cometan el referido tipo penal en tal condición, esto es, lo hagan “actuando al margen de su función de representación o administración de la sociedad, aunque la comisión del delito favorezca económicamente a la persona jurídica”.

En este sentido, ha de ponerse de relieve que al imputarse la responsabilidad penal a tales entidades como consecuencia de los actos derivados de quien materialmente las gestiona, aquélla también puede tener lugar por las correspondientes actuaciones del administrador cuando éste tenga la condición de gestor independiente – por ejemplo un **abogado o un asesor fiscal**–, y ello, además, porque **no resulta imprescindible que dicho sujeto se encuentre formalmente vinculado a la empresa a través de un contrato laboral o mercantil**, siendo suficiente con que el trabajador actúe por cuenta de esta última y en su provecho.

²⁶ Para Quintero Olivares “la responsabilidad del ente social dependerá de que se pueda apreciar una identidad efectiva y verificable entre los intereses de las personas físicas y de los de la persona jurídica”.

En lo que atañe ya a la *segunda hipótesis* de imputación, la responsabilidad de la sociedad deriva del hecho de que el delito de que se trate haya sido cometido como consecuencia de que sobre su autor –esto es, el correspondiente *empleado*– **no se hubiera ejercido el debido control**, estableciéndose explícitamente de este modo un deber de supervisión de los superiores respecto de los empleados.

En el caso que nosotros estamos examinando, se da el primer supuesto, el representante legal de la sociedad actúa en nombre y por cuenta de la misma y en su provecho.

SEGUNDO. DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

La pena que debe imponerse en aquellos supuestos en que una sociedad cometa un delito contra la Hacienda Pública será la prevista en el artículo 310 *bis.a)* del CP, esto es, **“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 dos años, pudiéndose aplicar, a su vez y siempre que se atienda a las reglas establecidas en el artículo 66 bis, las medidas recogidas en las letras b) a g) del artículo 33.7 de dicho texto normativo”**

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que una vez cometido el correspondiente delito de defraudación tributaria de que se trate tiene lugar una *doble vía de imputación*, al exigirse la oportuna responsabilidad penal tanto a la persona jurídica como al autor material del mismo –es decir, a los sujetos que ostenten un determinado poder de dirección en la sociedad o a aquellos que careciendo de dicho poder han actuado sin el debido control de su superior, circunstancia ésta que viene a ponerse de manifiesto en sede de las penas aplicables a este respecto. En efecto, va a ser muy frecuente que la multa prevista en el artículo 310 *bis* del CP antes aludido se superponga con la pena impuesta a las personas físicas –esto es, la recogida en el artículo 305 del CP–, estableciéndose para tales supuestos la necesidad de *modular* las respectivas cuantías.

TERCERO. TRATA DE SERES HUMANOS

Por lo que se refiere a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la trata de seres humanos justamente con objeto de dar cumplimiento a los mandatos internacionales establecidos, el número 7 del art. 177 bis CP establece los parámetros de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Al respecto tanto en los arts 4 y 5 Decisión Marco 2002/629/ JAI²⁷ como en el art. 22 Convenio de Varsovia, se prevé que las personas jurídicas respondan por la comisión del delito de trata, bien con la imposición de sanciones penales, bien de carácter civil o administrativo. En cuanto a la afirmación de dicha responsabilidad, ambos instrumentos jurídicos son muy semejantes, en el sentido de que la persona jurídica debe responder tanto cuando el delito de trata es cometido en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de una persona jurídica cuando ostente un cargo directivo en la misma, como cuando el delito lo cometa quien, no ostentando cargo directivo, actúa en provecho de la persona jurídica, siempre que la comisión del delito hay sido posible gracias a la falta de vigilancia o control de quien ostenta autoridad sobre el actuante.²⁸

²⁷ Esta Decisión Marco 2002/269 JAI ha sido sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, de mucho mayor alcance. Pero hay que tener en cuenta que la reforma española de 2010 sobre la responsabilidad de las personas jurídicas es previa a las previsiones de la Directiva, por eso se está haciendo siempre referencia a la Decisión Marco en vez de a la Directiva.

²⁸ Véase: “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional” Carolina Villacampa Estiarte. Aranzadi. Thomson Reuters. 2011. Apartado 5,

A las dos situaciones en que los instrumentos internacionales que nos obligan en materia de trata prevén que deban responder las personas jurídicas se refiere como posibles escenarios a través de los que imputar responsabilidad a las personas el nuevo art. 31bis.1 CP, incorporado al CP con la reforma de 2010 y al que remite el art que ahora nos ocupa. En virtud de este precepto **la persona jurídica es penalmente responsable tanto de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de la misma y en su provecho por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho como de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas antes mencionadas, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control** atendidas las concretas circunstancias del caso.

Respecto de las infracciones imponibles a las personas jurídicas, la única obligación concreta derivada de los instrumentos internacionales antes mencionados se refiere a la imposición de **penas de multa** de carácter penal o administrativo - art 5DM 2002/629/JAI - , **siendo potestativa la imposición de otro tipo de sanciones**. Nuestro Derecho interno cumple también con creces dicha exigencia, puesto que el núm. 7 del art. 177 bis CP aclara que a la persona jurídica se le impone una multa proporcional, del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Junto a tal sanción de imposición preceptiva a las personas jurídicas, se establece la posibilidad de aplicar las sanciones contenidas en las letras b) a g) del art. 33.7CP a las mismas.

CUARTO. BLANQUEO DE CAPITALS

A. EXPRESIÓN “EN TALES CASOS”

El artículo 302 del Código penal establece: *1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones. 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.*

El art. 302.2CP comienza con la expresión “**en tales casos**”, lo que obliga a ver a qué casos hace referencia. Si echamos un vistazo al número 1 de dicho artículo, observamos que castiga la pertenencia o la realización de labores directivas en una organización dedicada al blanqueo de capitales. Son dos las posibles interpretaciones de la expresión “*en tales casos*”: a) una primera, muy restrictiva, es entender que **se refiere exclusivamente a los supuestos de blanqueo cometidos por una organización criminal**. Por tanto, no se va a poder exigir responsabilidad penal a la persona jurídica en cuyo seno se comete el delito de blanqueo de capitales cuando no se encuentre involucrada una organización criminal; b) La segunda consiste en interpretar que dicha expresión **comprende los supuestos a los que se remite el número 1**. Precisamente este precepto comienza remitiéndose al art. 301 con la expresión “*en los supuestos previstos en el artículo anterior*”. Pues bien, por vía de este encadenamiento de remisiones podría concluirse que se prevé expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

“Responsabilidad de las personas jurídicas en la trata de personas y confiscación de ganancias”, del Capítulo 5, “Trata de personas en el derecho penal sustantivo español”.

La cuestión no es sencilla de resolver, porque una **interpretación gramatical** del n°2 del art. 302CP **nos remite a los casos del n° 1 de dicho precepto**, que se refiere únicamente a los casos de blanqueo **cometidos por una organización**. Esto significa que para aplicar el n° 2 es necesario que el delito de blanqueo de capitales sea cometido en el marco de una organización criminal y, además, por una persona jurídica. Por lo tanto, habrá que acreditar que el delito se comete en el seno de una organización dedicada al blanqueo, lo que parece requerir, en principio, que se trate de una organización criminal (no de un grupo criminal) en el sentido del art. 570 bis. De ser así, lo conveniente es aplicar el art. 570 quáter, relativo a las organizaciones y grupos criminales, que obliga a acordar “la disolución de la organización i grupo y, en sus caso, cualquier otra de las consecuencias de los art. 33.7 y 129 del CP”. Parece que lo más acertado en estos casos es recurrir al art. 129 que se refiere a los delitos para los que se prevé responsabilidad penal de las personas jurídicas, que son cometidos por grupos sin personalidad jurídica, que será lo más habitual en el caso de una organización criminal. Si esta, adicionalmente, tiene personalidad jurídica, será de aplicación el n° 2 del art. 302 CP.²⁹

Las consecuencias de esta interpretación son muy importantes. Y ello porque restringe enormemente el campo de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de blanqueo de capitales. En efecto, solo se va a poder exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando se constate la presencia de una organización dedicada al blanqueo. Quedan excluidas, por tanto, las empresas cuya actividad principal sea lícita y a través de las cuales se pueden estar llevando operaciones de blanqueo. Se ha de tratar por tanto, de empresas instrumentales para la comisión del blanqueo, en el sentido de lo previsto en el art. 66 bis CP. De acuerdo con este precepto tienen carácter instrumental “siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”. Asimismo van a quedar fuera del ámbito de aplicación del art. 302.2 CP los supuestos en los que el hecho de conexión, esto es, delito de la persona física, sea constitutivo de un delito de blanqueo de capitales imprudente. Y ello porque el n°1, al que remite el n° 2 del art. 302 CP, castiga a quienes pertenezcan a la organización, así como a los jefes, administradores o encargados de la misma, que deberán actuar en todo caso de manera dolosa.

Esta restricción supone un claro alejamiento (por no decir incumplimiento) de las recomendaciones e instrumentos internacionales que, incentivan a los Estados a incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por último se observa una **falta de coherencia sistemática si comparamos la responsabilidad penal de las personas jurídicas pro el delito de blanqueo y por el delito de financiación del terrorismo del art. 576 bis n° 3, que reciben un tratamiento conjunto a nivel internacional. Así, mientras que para el primero se precisa que el delito se cometa en el marco de una organización dedicada al blanqueo, respecto del segundo no se establece esta exigencia, sino que castiga la financiación del terrorismo cuando sea responsable una persona jurídica.**

Por lo que si relacionamos este precepto con el art. 576 bis n°3 relativo a la financiación del terrorismo llegamos a la conclusión de que la voluntad del legislador es castigar a las personas jurídicas. Además, hay que tener en cuenta que este problema ha pasado desapercibido para un importante sector doctrinal, ya que considera que se puede exigir la responsabilidad penal de las personas jurídicas para todas las modalidades de blanqueo del art. 301.

²⁹ Véase: “El Delito de Blanqueo de Capitales”. Isidoro Blanco Cordero. Thomson Reuters Aranzadi. 3ª Edición. Año 2012. Capítulo XI: Responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de blanqueo de capitales.

B. PENAS PREVISTAS EN EL ART. 302.2 CP

El art. 302.2CP sanciona a la persona jurídica con **penas de multa** – las cuales siempre tendrán la consideración de penas graves y cuyas cuotas diarias oscilarán entre 20 y 5.000€, según los arts. 33.7 y 50.4 – de 2 a 5 años cuando el delito cometido por la persona física se castigue con más de 5 años de prisión y de 6 meses a 2 años en caso contrario. Asimismo, atendiendo a las reglas establecidas en el art. 66 bis CP, **los jueces puede imponer las penas de las letras b a) del art. 33.7**; esto es: disolución de las personas jurídicas clausura de locales, suspensión o prohibición de realizar actividades, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar, gozar de beneficios e incentivos fiscales o d seguridad social e intervención judicial.

De otro lado, las penas de multa se imponen en función de la gravedad de la pena de prisión con la que se castiga a las personas físicas. No se trata de tener en cuenta la pena de prisión prevista para los delitos previos cometidos, sino la pena de prisión contemplada en abstracto para el blanqueo cometido por la persona física³⁰. Esta es la interpretación más razonable del tenor literal del art. 302.2, que se refiere a la pena “prevista” para el delito previo, que solo puede ser abstracta.³¹

QUINTO. PROSTITUCIÓN

El art. 189 bis CP establece que cuando los responsables de los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores sea una persona jurídica (de acuerdo con el art. 31 bis), se le impondrán las siguientes penas: a) si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 5 años: multa del triple al quintuple del beneficio obtenido; b) si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 2 años no incluida en el anterior inciso: multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido; c) en el resto de los casos: multa del doble al triple del beneficio obtenido. Además, atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis CP, los jueces y tribunales pueden asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del art 33.7 CP.

III. CALIFICACIÓN JURÍDICA

Consideramos a la Sociedad NA&NA S.L responsable de los delitos de defraudación a la Hacienda Pública tipificado en el art. 310 *bis* CP; trata de seres humanos tipificado en el art. 177 bis apartado 7; del delito de blanqueo de capitales tipificado en el art. 302 CP; y de los delitos de determinación a la prostitución subsumible en el art. 189 bis CP

DICTAMEN 5

I. HECHOS

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

³⁰ Véase: “La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero” Abel Souto. pag 106.

³¹ Teniendo esto en cuenta, como señala Abel Souto, la letra b) del art. 302 tiene muy poco alcance, ya que en función de la pena solo comprende a los actos preparatorios y al blanqueo imprudente. Es de destacar que se prevé el sistema de días multa, algo que puede terminar por favorecer a las personas jurídicas frente a las personas físicas, para quienes se prevé la multa proporcional (art. 301.1CP)

El art. 56.1 e) de la Ley de sociedades de capital establece “una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad solo podrá ejercitarse por las siguientes causas y entre ellas: por no expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público”

Pero la norma se refiere al **objeto social estatutario, y no a la actividad “real”** que desempeñe la sociedad (STJCE de 13 de noviembre de 1990, Caso Marleasing), **que si es ilícita resultará sancionable, pero no dará lugar a la nulidad de la sociedad.** Así, en este caso que nos ocupa, el objeto social de la sociedad NA&NA es la “gestión de locales de ocio” y este objeto social no es ilícito o contrario al orden público. Ahora bien, atendiendo no al objeto social escriturado sino al objeto social efectivo y real (pues, en caso de atender tan solo al explicitado en los estatutos, sería realmente difícil encontrar casos en que se establecieran objetos sociales ilícitos o contrarios a las buenas costumbres), y estando todos de acuerdo en que en el hostel explotado por la sociedad se encuentra un “club de alterne”, en el que se ejerce la prostitución, y no siendo esta una actividad ilegal o contraria al orden público (con independencia de la valoración ético-social), tampoco se puede hablar de objeto ilícito. Por último, si a la sombra de dicha actividad, se pudieran estar llevando a cabo otras indudablemente ilícitas, como es en este caso trata de blancas para luego explotarlas sexualmente, blanqueo de capitales, etc) ya entraríamos en responsabilidad penal. El Código Penal, que ya recoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas, contiene un elenco de penas a imponer entre las cuales ya se encontraría la disolución de la sociedad.

III. CONCLUSIONES

Consideramos que la sociedad NA&NA S.L no puede ser declarada nula porque su objeto social estatutaria, “gestión de locales de ocio” no es ilícito ni contrario al orden público. Además, aunque atendiéramos al objeto social real y no al social estatutario aun así el objeto es lícito, ya que la prostitución no es una actividad ilegal o contraria al orden público (con independencia de la valoración ético-social). Sin embargo, si a la sombra de dicha actividad, se pudieran estar llevando a cabo otras actividades indudablemente ilícitas, como es en este caso trata de blancas para luego explotarlas sexualmente, blanqueo de capitales, etc) ya entraríamos en responsabilidad penal.

DICTAMEN 6

I. HECHO ÚNICO

Posibilidad de que la Sociedad Na&Na, S.L registre como marca “Pequeñas Sumisas Ardientes” para la clase 43.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Según la clasificación de Niza 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 u otros establecimientos que proporcionen hospedaje temporal.

El art. 5.1 apartado f) de la Ley 17/2001, de Marcas, en adelante, LM, establece que “No podrán registrarse como marca los signos que sean contrarios a la Ley, al orden público o las buenas costumbres”.

Esta prohibición absoluta previene el acceso al registro de marcas ilícitas o ilegales que se muestren contrarias a lo que pueda ser la normativa vigente o bien el conjunto de principios y valores comúnmente aceptados en nuestra sociedad y nuestro ordenamiento en un momento dado. Como ya sucedía en el antiguo art. 11.1 e) de la derogada LM de

1988 el tenor literal del actual art. 5.1 f) LM incluye expresamente en dicha prohibición la contravención a la Ley, por lo que sus tipificación en nuestra legislación interna se ha llevado a cabo con mayor precisión y a la vez amplitud que en el ordenamiento comunitario, en cuyos artículos 3.1 f) de la primera Directiva 89/104/CEE, del Consejo, de 21 diciembre 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas y art. 7.1 f) Reglamento de Marca comunitaria solo hace referencia al orden público y a las buenas costumbres, en su mayor paralelismo con el art. 6 quinquies B.3 del Convenio de la Unión de París para la protección de la Propiedad industrial, de 20 de marzo de 1983 (sucesivamente revisado y actualizado en numerosas ocasiones).

Sin duda, esta prohibición absoluta está llamada a ser una de las más escurridizas, difusas y discrecionales, dada su complicada e imprecisa delimitación, al menos en lo que al orden público y a las buenas costumbres se refiere, habida cuenta de que ambos constituyen sendos conceptos jurídicos indeterminados y, como tales, en constante evolución y revisión continua en función de los usos sociales y de otros muchos factores. En cuanto al contenido de la expresión “*Ley*”, parece claro que deberá estar integrado por el **conjunto de disposiciones imperativas vigentes en el momento de solicitud de la marca, incluida por supuesto, la Constitución**, como primera y suprema norma de nuestro ordenamiento, **así como por todo el acervo comunitario, en particular el Derecho comunitario de marcas, e incluso por los Tratados internacionales ratificados por España.**³²

En cambio, se plantean mayores dudas en torno al orden público y a las buenas costumbres, cuya indeterminación ha dado lugar a numerosas definiciones en función de los diversos autores y de la rama del ordenamiento jurídico para las que hayan sido propuestas. En lo referente a nuestro Derecho de marcas, parece más adecuado partir de una noción de netamente iusprivativista del orden público y de las buenas costumbres; de esta forma y siguiendo a la doctrina y a nuestra jurisprudencia en materia de obligaciones y contratos (SSTS –Sala de lo Civil- de 5 abril 1996 y 31 diciembre de 1979), el primero sería contemplado como “... *el conjunto de principios jurídicos, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada*” (a lo cual añade la reciente STS – Sala de lo Civil- de 5 febrero de 2002, que cabe verlo asimismo como “... *los principios y directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas; o como “... la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnera”, y las segundas como “... la moral en el sentido de la conducta social exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas*”. De ellos se desprende que el orden público y las buenas costumbres no resultan enteramente idóneos para perfilar el ámbito de aplicación de esta prohibición absoluta, pues se revelan, más que indeterminados, casi indeterminables, por lo que esta tarea quedará en la práctica al arbitrio del intérprete del art. 5.1 f) LM, sea la propia Oficina Española de Patentes y Marcas o los jueces y tribunales.

A la hora de decidir la posible contrariedad al orden público de un signo también se tiene en cuenta el ámbito de productos o de servicios a los que se dirige y el círculo de consumidores afectados. Entre las marcas contrarias al orden público puede distinguirse 4 categorías: las marcas obscenas, las marcas atentatorias de cultos religiosos, las marcas contrarias al orden político o democrático y las marcas contrarias a la dignidad de la infancia o de la mujer. **Las marcas contrarias a la dignidad de la infancia o de**

³² Véase: “*Comentarios a la Ley de Marcas*”. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Thomson, Aranzadi.

la mujer, que es lo que afecta al caso que estamos tratando, **deben considerarse contrarias al orden público por estar íntimamente vinculadas con la protección de derechos e intereses constitucionales**. Así, se declaró ilícita la publicidad de la compañía VIRGIN EXPRESS, que para anunciar tarifas aéreas muy ventajosas presentaba en su publicidad una mujer desnuda en posición yacente con el slogan “date prisa, no me dejes pensar” (Resolución Jurado de Publicidad 11-XI-1996, SEC. 3º, ADI, 1996, PAG 740). **Por lo que consideramos que la marca “Pequeñas Sumisas Ardientes” no se podría registrar por ser contraria a la dignidad de la mujer.**

III. CONCLUSIONES

Una vez dicho todo esto, consideramos que la sociedad NA&NA no puede registrar como marca “*Pequeñas sumisas ardientes*” porque es una marca contraria a la dignidad de la mujer y este tipo de marcas se consideran contrarias al orden público por estar íntimamente vinculadas con la protección de derechos e intereses constitucionales

DICTAMEN 7

I. HECHO ÚNICO

Posibilidad de que un local competidor dedicado a similar “genero de comercio”, pero que cumple puntualmente con sus obligaciones fiscales, ejecute acciones de competencia desleal contra Na&MA, S.L

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

El art. 15.1 de la ley de Competencia Desleal establece que “*se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de leyes. La ventaja ha de ser significativa*”.

La libre competencia en el mercado parte de la base según la cual todos los competidores deben cumplir las obligaciones legales que les corresponden. Por ello quien compite violando las normas legales que debería cumplir se sitúa en una posición ventajosa frente al resto de los participantes en el mercado que compiten con él. Ello justifica que el incumplimiento de normas, en especial las que rigen para la actividad económica competitiva en el mercado, constituya un supuesto concreto de competencia desleal.

El art. 15 pretende **asegurar el funcionamiento correcto del mercado**, no preservar el cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico. Trata ese precepto, de asegurar un funcionamiento correcto del mercado, conforme a las reglas de la eficiencia, y lo hace mediante el expediente de sancionar la obtención de posiciones de ventaja logradas con la infracción de normas, ya porque con ella obtiene el infractor una ventaja, o si se quiere, se causa una desventaja a quienes cumplen las normas, ya porque los preceptos infringidos son precisamente los que establecen las reglas por las que se ha de regir el propio mercado. No es función del art. completar o reproducir sanciones ya resueltas según las normas violadas, sino en coherencia con la finalidad de la Ley, contribuir a la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado. **Al vulnerar la norma en cuestión, el infractor obtiene una ventaja que determina la mejora de su posición competitiva en comparación con la del resto de los oferentes**, al menos de los que obedecen la norma. Ahora bien, la integración del supuesto de hecho requiere constatar la infracción de la norma de referencia, pero en ningún caso presupone la inmediata activación del reproche contenido en la misma, pues para que así sea debe comprobarse la existencia de una tal ventaja competitiva o, en términos negativos, debe comprobarse la inexistencia de una situación de incumplimiento

generalizado y total de la norma de referencia, al punto que su infracción no sea susceptible de reportar ninguna ventaja competitiva significativa al infractor³³.

Para que se pueda aplicar el art. 15.1LDC se deben de cumplir 4 requisitos: 1) que exista una infracción de leyes; 2) que precisamente de la infracción derive una posición ventajosa competitiva; 3) que la ventaja sea significativa; y 4) que exista un prevalecimiento de la ventaja así obtenida. En el caso que estamos tratando sí que hay efectivamente una infracción de normas, concretamente de normas tributarias (la empresa elude el pago de impuestos), pero tenemos que ver si efectivamente para la empresa NA&NA de la infracción de estas normas se deriva una posición ventajosa para ella, si esa ventaja es significativa y si existe un prevalecimiento de la ventaja así obtenida. Así, la carga de la prueba corresponderá a la parte actora, quien tendrá que indicar que normas se consideran violadas y probar la conducta infractora. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de julio de 2007 establece en el FJ 4 que *“la falta de prueba sobre las concretas infracciones legales y, por ende, de la ventaja competitiva ilegal, en que la actora fundamenta la acción de competencia desleal impide a este Tribunal apreciar la existencia de la infracción legal...”*

Hay que tener en cuenta que cuando decimos que la infracción ha de ser susceptible de reportar una **ventaja al infractor significa que la violación de la norma ha de permitir al infractor un ahorro** en costes de tiempo, o bien de inversión en recursos o elementos materiales, inmateriales, o de índoles personal, **con el consecuente aumento de su margen comercial o beneficios.** Dicho ahorro solo se produce debido a la violación de normas, en ningún caso a partir de la propia eficiencia del infractor en la asignación de sus propios recursos.

La Sentencia 512/2005 del TS de 24 de junio de 2005 en el FJ 1 establece *“se aporta infracción del art. 15.1 de la Ley de Competencia Desleal y su estudio impone partir de los hechos probados, los que declaran que la Sociedad demandada ha incumplido sus obligaciones fiscales y administrativas en lo referente a las declaraciones del impuesto de IVA así como el de Sociedades e incluso el deber de cotizar para con la Seguridad Social. Ahora bien la mera infracción normativa no constituye por sí sola conducta desleal, ya que se exige que la ventaja competitiva represente efectiva ventaja significativa y al utilizar el artículo el término “prevalecer”, se está refiriendo a que ha de tratarse de ventaja real y no potencial, debiendo de darse el necesario nexo causal entra la infracción y la ventaja alcanzada.*

El denunciante en estos casos ha de demostrar además de la infracción de las leyes, que el infractor ha obtenido la ventaja que le permite una mejor posición competitiva en el mercado, ya que la ventaja concurrencial (significativa) no se presume ni automáticamente se produce por el hecho de infringir las leyes, lo que, de suyo, no reviste carácter desleal.

Esta prueba sienta la sentencia no ha tenido lugar en las actuaciones, ya que no se determinaron los precios ofertados por la demandada. La deslealtad de integra cuando el infractor obtiene provecho efectivo del ahorro de costes que por razones legales ha de satisfacer y a efectos de diferenciarse y hacer frente de esta manera y con ventaja a la competencia, presentándose significativa cuando se produce desviación acreditada de la clientela de los competidores a su favor con tal práctica que la Ley sanciona y ataja el art. 15.1, cuya infracción, conforme a los que se deja estudiado, no se ha producido, por no haberse probado debidamente que se han cumplido los presupuestos que el precepto exige.

³³ Véase: *“Ley de competencia Desleal”* Rafael García Pérez. Colección jurisprudencia comentada. Thomson, Aranzadi. 208.

III. CONCLUSIONES

Es posible que un local competidor dedicado a similar “genero de comercio”, pero que cumple puntualmente con sus obligaciones fiscales, ejercite acciones de competencia desleal contra Na&MA, S.L pero tendrá que probar dicha conducta. Para que se pueda apreciar vulneración del art. 15 LCD tienen que concurrir en el caso los siguientes requisitos: 1) que exista una infracción de leyes; 2) que precisamente de la infracción derive una posición ventajosa competitiva; 3) que la ventaja sea significativa; y 4) que exista un prevalecimiento de la ventaja así obtenida.

DICTAMEN 8

I. HECHOS

Por lo que se refiere a este último dictamen hay que analizar varias cuestiones: 1) que órgano jurisdiccional sería el encargado de la investigación y del posterior proceso; 2) en relación a Romelia, persona que engaña a María en Rumanía para posteriormente explotarla sexualmente en España hay que ver como se podría solicitar su detención en Rumania; 3) sobre la posibilidad de tomar medidas contra la sociedad antes de dictarse sentencia; 4) sobre la posibilidad de que estén intervenidas las comunicaciones de la sociedad; 5) si se podrían investigar los movimientos de las cuentas de Gibraltar; 5) Y en último lugar, cómo se debería articular la representación en juicio de la sociedad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. COMPETENCIA

A. CUESTIONES PENALES

➤ JURISDICCIÓN. PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

Antes de hacer referencia propiamente a los órganos que le corresponden llevar a cabo la instrucción y el posterior proceso me parece conveniente hacer una pequeña referencia a la **jurisdicción, a establecer la bases de por qué España es competente para juzgar estos delitos** pues hay que tener en cuenta que por ejemplo del delito de **trata de seres humanos se empieza a cometer en Rumania y después continúa en España. Por otra parte el delito de blanqueo de capitales se produce en Gibraltar pero se planifica desde España.** Los demás, delitos, como son, prostitución coactiva, delito fiscal, etc, no tienen ese problema pues se realizan en territorio español.

En este sentido es importante tener en cuenta el **principio de justicia penal universal**. La finalidad del principio universal es **suprimir las barreras fronterizas para ciertos delitos que afectan a la comunidad internacional**, que pueden ser perseguidos por cualquier país con independencia de quién los cometió y dónde se cometieron. Si se observa el catálogo de delitos afectados por este principio (art. 23.4 LOPJ) se percibe que pueden agruparse en 3 categorías: delitos que atenten contra la dignidad del ser humano, delitos transnacionales y delitos cometidos en espacios no sometidos a la soberanía de ningún Estado. A nosotros en este caso, nos interesan los delitos transnacionales.

La característica principal de los **delitos transnacionales** es que **son delitos de comisión transfronteriza, lo que aconseja abrir las fronteras a su persecución para impedir que la parcelación de procedimientos pueda favorecer su impunidad o condicionar la proporcionalidad de la pena.** La Convención Nueva York 15.11-200 contra la delincuencia transnacional da una definición de delito transnacional que, aunque en principio va dirigida solo a los hechos regulados por ella, puede generalizarse. Así, en dicha Convención se establece en el art. 3 que el delito es de carácter transnacional si: a) se comete en más de un Estado; b) se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o

control se realiza en otro Estado; c) se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; d) se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro.

Uno de los delitos del catálogo del art. 23.4 LOPJ es el **delito de trata de seres humanos**. En dicho precepto se establece que el hecho solo **es perseguible en España si**: el procedimiento se dirige contra un español; el procedimiento se dirige contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; **el procedimiento se dirige contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España**; o el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España. Para el caso que estamos tratando, el procedimiento se dirige contra una persona jurídica, empresa, organización que tiene su sede en España.

Por lo que se refiere **blanqueo de capitales** el apartado 4 del art. 301 CP establece que se reconoce el principio de justicia universal, al declarar la aplicación de la ley penal española aunque *“el delito del que provienen los bienes o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero”*. El fundamento de esta disposición estriba en el **carácter transnacional** de esta clase de delincuencia, que cuenta con zonas o espacios de impunidad (paraísos fiscales), y en la circunstancia de que el blanqueo no es sino una parte de la actividad delictiva global de las organizaciones criminales internacionales. El apartado 4 del art. 301 representa una ampliación del ámbito del principio de justicia universal a un delito que no se halla explícitamente definido en el art. 23.4LOPJ. La letra g) del art. 23.4LOPJ permite extender la aplicación de la ley española a cualquier delito que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España. Y esta cláusula residual indudablemente entra en juego en este caso a la vista del art. 4 de la Convención de Viena de 1988, el art. 1 de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, y el art. 1.2 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre³⁴.

➤ COMPETENCIA

Una vez que hemos establecido que la jurisdicción española es competente tenemos que ver a que órganos le corresponden la instrucción y el posterior proceso. Para esto es importante tener en cuenta la duración de pena que está prevista para los delitos que se van a juzgar, ya que dependiendo de si se trata de penas de menos o más de 5 años juzgará el Juzgado de lo penal o la Audiencia. En el caso que nosotros estamos analizando nos encontramos con delitos que tienen previsto penas de más de 5 años (el delito de trata de seres humanos ya tiene una pena de 5 a 8 años de prisión y esto sin contar con las agravantes, que también hay que tenerlas en cuenta; el blanqueo de capitales tiene prevista una pena de 6 meses a 6 años de prisión, etc).

En este caso la investigación le corresponde al **Juzgado de Instrucción** en virtud del art. 87.1 a) LOPJ que establece que *“Los juzgados de instrucción conocerán, en el orden penal de la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal...”*. Por lo que se refiere al posterior proceso será competente la **Audiencia Provincial**, en virtud del art. 82.1.1º LOPJ que establece que *“las Audiencia Provinciales conocerán en el orden penal de las causas por delito, a excepción de los que la Ley atribuye al conocimiento de los Juzgados de lo Penal o de otros Tribunales previstos en esta Ley”*. La determinación de

³⁴ Véase: *“Derecho penal económico”*. Carlos Martínez-Buján Pérez. Tirant lo Blanch tratados. 2013. Lección 5 (Blanqueo de bienes) apartado 9 (El principio de justicia universal).

la competencia de los Juzgados de lo Penal se extiende, a tenor de lo señalado en el art. 14.3 LECrim, al conocimiento de los **delitos que lleven aparejada pena privativa de libertad de duración no superior a 5 años**, o pena de multa cualquiera que sea su cuantía o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sea únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de 10 años. En resumen para juzgar delitos que tengan penas privativas de libertad de menos de 5 años es competente el Juzgado de lo penal y para delitos que tengan penas privativas de libertad de más de 5 años es competente la Audiencia Provincial, y como en el caso que nos ocupa como todas las penas son de más de 5 años por eso es competente la Audiencia.

B. CUESTIONES MERCANTILES

Pero en el caso no solo se nos plantean cuestiones penales, sino también se nos plantean cuestiones mercantiles, como son el tema de la **nulidad de la sociedad y la competencia desleal**. En este caso será competente el **Juzgado de lo Mercantil** en virtud del art. 86 ter punto 2 a) de la LOPJ que establece que *“los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas”*. En mercantil, a diferencia de lo que ocurre en penal no instruye y juzga un órgano diferente.

SEGUNDO. DETENCIÓN EN EL EXTRANJERO

La detención de Romelia en Rumania podría solicitarse a través de una **orden europea de detención**. La orden Europea de Detención y entrega, en adelante, OED, es una **resolución judicial dictada en un Estado miembro de la UE con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales (entrega para el enjuiciamiento) o para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativa de libertad o medida de internamiento en centro de menores** (entrega para el cumplimiento de condena)³⁵.

La Orden de detención y entrega se regula en la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados. En España principalmente en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que deroga a la anterior Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo.

Son autoridades judiciales competentes para emitir una orden europea de detención y entrega el Juez o Tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes. Sin embargo, la autoridad judicial competente para ejecutar una orden europea de detención será el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, cuando la orden se refiera a un menor la competencia corresponderá al Juez Central de Menores.

Siguiendo el tenor literal de la Decisión Marco 2002/584/ JAI, el art. 37 de la Ley 23/2014 establece los supuestos en que es posible la emisión de una OED. Como mejora respecto de la Ley 2/2003, se incorpora al conjunto de decisiones las emitidas en el marco del proceso de reforma de menores. De esta manera, la autoridad judicial

³⁵ “La cooperación judicial y policial europea. La orden europea de detención y entrega.” *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII (2014) 189-208 / ISSN: 1133-3677. María GAVILÁN RUBIO (Magistrado Juez en Sustitución en la Comunidad de Madrid). Dialnet. <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4639643.pdf>.

española podrá dictar una orden europea de detención y entrega en los siguientes supuestos que contarán con un efecto distinto:

a) Con el fin de proceder al ejercicio de acciones penales, por aquellos hechos para los que la ley penal española señale una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses, o de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo.

b) Con el fin de proceder al cumplimiento de una condena a una pena o una medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad, o de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo.

En definitiva, la OED bien puede emitirse con carácter previo al juicio oral o bien para dar ejecución a lo establecido en una sentencia judicial susceptible de ejecución.

El art. 38 de la Ley 23/2014 establece como novedad respecto de la legislación precedente que, con carácter previo a la emisión de una orden europea de detención y entrega, el Juez competente podrá solicitar autorización al Estado en el que se encuentre la persona reclamada con el fin de tomarle declaración a través de una solicitud de auxilio judicial al amparo del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000.

TERCERO. MEDIDAS CAUTELARES A PERSONAS JURÍDICAS

A. CONSIDERACIONES GENERALES.

Uno de los aspectos que diseñan el estatus procesal de la persona jurídica como sujeto pasivo de un proceso penal es el relativo a la adopción frente a ésta de medidas cautelares. Hay que destacar que a la condición de imputada de la persona jurídica se une la de responsable civil directa, de modo que cabe plantearse la adopción de medidas cautelares respecto de las dos vertientes del objeto proceso penal.

Sobre la **adopción de estas medidas**, se establece que la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial pueden ser acordadas también por el Juez instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa (art. 33.7CP). Es decir, el **contenido de algunas de las penas previstas para las personas jurídicas** – en concreto, las previstas en el art. 33.7 apartados c, d y g del CP-**se pueden adelantar provisionalmente como medida cautelar.**

Como complemento, la LECrim contiene un mínimo desarrollo procedimental (art. 544 quater LECrim): cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que pueden imponérsele son las expresamente previstas en el CP; la medida se debe acordar previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas; el auto que decida sobre la medida cautelar es recurrible en apelación, cuya tramitación tiene carácter preferente.

B. CONTENIDO DE LAS MEDIDAS

En relación con el objeto penal del proceso se prevé como medidas cautelares: la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial. Las tres medidas cautelares previstas son medidas restrictivas de derechos de la persona jurídica y, por ello, pueden calificarse de medidas cautelares personales. A través de las dos primeras se le ordena la suspensión de actividades y se le impide el uso de sus locales y establecimientos – cabe suponer en la práctica que ambas medidas irán unidas con frecuencia, al igual que sucederá con las penas. Y con la tercera se limita el derecho de la persona jurídica a gestionar libremente su actividad, en garantía de los derechos de acreedores y trabajadores. **Ha de quedar**

claro que se imponen a la persona jurídica en relación con la imputación de responsabilidad penal, no de responsabilidad civil.

Ese carácter restrictivo de derechos y esa vinculación con el objeto penal de proceso impiden la imposición de otras medidas diferentes, como consecuencia de la vigencia del principio de legalidad procesal. El contenido del art. 544 quáter 1 LECrim se opone a la imposición de otras medidas cautelares personales derivadas de la imputación penal. **Sería incorrecto, en cambio, deducir del precepto la prohibición de acordar respecto de las personas jurídicas imputadas medidas cautelares de tipo real o patrimonial**, pues la LECrim las regula en sede distinta y con sujeción a criterios diferentes³⁶.

C. PRESUPUESTOS

En tanto que medidas cautelares restrictivas de derechos, **su adopción ha de resultar la excepción, no la regla**. Por ello, sería necesario que la ley dejara claro bajo qué presupuestos resulta admisible que se acuerden. En el art. 33.7 CP no se establecen al respecto reglas específicas, por lo que hay que aplicar la teoría general de las medidas cautelares, de modo que sólo podrán adoptarse medidas cautelares ante la concurrencia de dos presupuestos generales: la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y el *periculum in mora*.

Respecto a la apariencia de buen derecho o “fumus boni iuris”, se identifica con la existencia de **indicios sólidos de responsabilidad penal frente a la persona jurídica**. Es por ello necesario que estén suficientemente acreditados tanto los hechos de referencia que integran el delito de base como los hechos internos que denotan el defecto de organización de la persona jurídica. Además, es necesario que se trate de delitos a los que se asocie como pena para la persona jurídica aquella o aquellas cuyo contenido pretenda adoptarse como cautelar. Sin embargo, absolutamente todos los preceptos que establecen la responsabilidad penal de las personas jurídicas contemplan como posibles penal del art. 33.7 CP apartados b a g).

Por lo que se refiere al “periculum in mora”, este se traduce en la **necesidad de que la medida cautelar adoptada**, en el caso concreto, sea apta para evitar un determinado riesgo y que, al hacerlo, esté sirviendo a un fin constitucionalmente legítimo.

D. DURACIÓN

No existe referencia normativa expresa alguna a la duración máxima de las medidas cautelares. Se establece que se deben adoptar por el instructor durante la instrucción de la causa (art. 33.7CP), pero ello no significa que solo puedan durar lo que dure la instrucción. De un lado, porque supone dejar indefinido el plazo, teniendo en cuenta además que las instrucciones, especialmente en el ámbito de la delincuencia económica, pueden tener una duración muy prolongada; de otro, porque los fines que se persiguen con estas medidas también las convierten en necesarias mientras se desarrolla el juicio oral y mientras se recurre una sentencia condenatoria.

Ante el silencio, parece oportuno entender que la remisión implícita que hace el art. 33.7 CP a las medidas cautelares incluye su duración máxima de modo que la medida cautelar **no pueda tener una duración superior a la que tendría, en su caso, la pena**. En consecuencia, estas medidas podrían durar de ordinario, como mucho, 2 años. Para su prolongación más allá de ese período y hasta un máximo de 5 años, es preciso que se

³⁶ Véase: “*Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2015*”. Coordinador: Fernando Molina Fernández. Ediciones Francis Lefebvre. Actualizado a 27 de octubre de 2014. Capítulo 9 (Responsabilidad penal de las personas jurídicas), Sección 2 (Especialidades del proceso penal frente a personas jurídicas).

aprecie reincidencia o que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales.

E. MEDIDAS CAUTALERES PARA EL ASEGURAMIENTO DE RESPONSABILIDADES PECUNARIAS.

También se puede suscitar la necesidad de adoptar medidas cautelares en aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias en que pueda incurrir una persona jurídica. Aquí se engloba, de hecho, el **aseguramiento de la pena de multa y el de la responsabilidad civil en que haya incurrido la persona jurídica**.

En este ámbito no resulta aplicable lo dispuesto en el art. 544 quáter LECrim, que se ciñe a las medidas de carácter personal, de modo que bastará con la aplicación de las reglas generales (arts 589 a 614 y 764. 1 y 2 LECrim, con remisiones a las LEC). En todo caso, ha de quedar claro que la persona jurídica es responsable civil directa, razón por la cual no le son aplicables las normas sobre la responsabilidad civil de terceros.

CUARTO. INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

Entre los derechos y libertades que protege la Constitución se encuentra el derecho a la intimidad personal, siendo complemento de la misma el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas (art. 18CE), principio que también recogen el at. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 8 del Convenio Europeo y el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Las intervenciones telefónicas están reguladas en el art. 579LECrim.

De conformidad con la doctrina jurisprudencial mayoritaria, por **intervención telefónica**, puede entenderse **todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Instrucción**, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal, decide, mediante auto especialmente motivado, **que por la policía judicial se proceda al registro de llamadas y/o a efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas** del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor³⁷.

La sentencia 103/2014 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 20 de Febrero de 2014 establece que *“De acuerdo a una reiterada jurisprudencia de esta Sala para la validez constitucional de esta medida de intervención telefónica es necesario que concurran los siguientes elementos: a) resolución judicial, b) suficientemente motivada, c) dictada por Juez competente, d) en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional, e) con una finalidad específica que justifique su proporcionalidad, f) judicialmente controlada en su desarrollo y práctica”*

Por lo que se refiere a la **proporcionalidad de la medida** debido a que las intervenciones telefónicas restringen un derecho fundamental, tales actos procesales han de estar sometidos al más estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad que reclama la observancia de **ciertos presupuestos** que pueden ser sistematizados en comunes y especiales.

1. Comunes: un presupuesto común para todo acto procesal limitativo de algún derecho fundamental lo constituye el **principio procesal de legalidad**. A él se refiere el at. 8.2CEDH al requerir que toda injerencia de autoridad pública en la esfera privada ha de estar prevista por la Ley, lo que exige que el ordenamiento interno expresamente autorice a la autoridad judicial disponer tales medios de investigación (SSTEDH de 2

³⁷ Véase *“El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar”*. Jesús Morant Vidal. Editorial Práctica de derecho. Parte quinta, aspectos procesales, apartado 7.2 *“Concepto intervenciones telefónicas”* pág. 295.

agosto de 1984 y de 24 de abril de 1990). Dicho presupuesto aparece cumplido en nuestra legislación, ya que la LECrim en el art. 579 autoriza a los Jueces de Instrucción la práctica de todo tipo de intervención de las comunicaciones, incluidas las telefónicas.

2. Especiales: junto al cumplimiento de los principios de jurisdiccionalidad y de legalidad, la doctrina sobre la proporcionalidad exige también la más estricta observancia del **principio de necesidad**, pues no basta con que la medida esté prevista en la Ley y se adopte pro un Juez, sino que es también imprescindible que objetivamente se justifique para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman, debiéndose adoptar, en cualquier otro caso, la alternativa menos gravosa para el derecho fundamental.

En cuanto al requisito de que la intervención telefónica se autorice mediante **resolución judicial motivada**, los Jueces de Instrucción ostenta no sólo la última, sino también la primera palabra, la cual han de pronunciarla en el seno de una instrucción y mediante resolución motivada en la que se determine el teléfono intervenido, el destinatario de la medida y el hecho punible investigado. La obligación de la autoridad judicial de motivar la resolución por la que dispone una intervención telefónica constituye otra exigencia del principio de proporcionalidad, según el cual toda resolución limitativa de un derecho fundamental ha de ser minuciosamente motivada por la autoridad o funcionario que la practique a fin de que, en ella, se plasme el indispensable juicio de ponderación sobre la necesidad de la medida (STS 12 enero de 1995).

QUINTO. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE BANCOS

La colonia inglesa de **Gibraltar negaba de manera sistemática información relativa a las entidades financieras que operan en el Peñón**. El Ministerio de Hacienda se encontraba con un muro infranqueable cada vez que una investigación de la Agencia Tributaria por lavado de dinero, evasión fiscal o cualquier otro tipo de infracción lleva hasta una cuenta de una sucursal bancaria gibraltareña. **Esta situación**, sin embargo, **pudo solucionarse gracias a la reciente jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la UE el 25 de abril de 2013**.

En enero de 2007, la unidad de información financiera (UIF) española solicitó a Jysk (filial del banco danés NS Jyske Bank, es una entidad de crédito establecida en Gibraltar que opera en España bajo el régimen de la libre prestación de servicios, es decir, sin poseer un establecimiento en España) que le proporcionara cierta información. La UIF española estimaba, sobre la base de una serie de indicios, que existía un riesgo muy elevado de que Jyske estuviera siendo utilizada para operaciones de blanqueo de capitales en el marco de sus actividades desarrolladas en España. El mecanismo empleado con este fin era la creación en Gibraltar de estructuras societarias por las que se pretendía evitar que se pudiera conocer la identidad del propietario real de inmuebles adquiridos en España, esencialmente en la Costa del Sol, así como el origen de los fondos utilizados. En junio de 2007, Jyske transmitió una parte de la información solicitada, pero se negó a comunicar los datos relativos a la identidad de sus clientes y las copias de las operaciones sospechosas realizadas en España invocando la normativa sobre el secreto bancario aplicable en Gibraltar. Por tanto, el Consejo de Ministros, considerando que Jyske había incumplido las obligaciones de información que le imponía la legislación española, le impuso dos amonestaciones públicas y dos sanciones económicas por un importe total de 1.700.000 euros.

La Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo impone determinadas obligaciones de información, en particular a las entidades de crédito. Con esta finalidad,

exige que cada Estado miembro establezca una UIF central, que estará encargada de recibir, solicitar, analizar y comunicar a las autoridades competentes la información relativa a un eventual caso de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo. La Directiva prevé que esa información sea transmitida a la UIF del Estado miembro en el territorio del cual se encuentre situada la entidad. **Por otro lado, la normativa española³⁸ impone a las entidades de crédito que operan en España, independientemente del lugar en el que estén establecidas, que comuniquen a la UIF española las operaciones que supongan transferencias de fondos con origen o destino en paraísos fiscales y territorios no cooperantes, incluido Gibraltar, cuando el importe de las operaciones supere los 30.000 euros.**

Jyske estima que la Directiva sólo le impone una obligación de informar a la UIF de Gibraltar y que, por tanto, la normativa española no es conforme con la Directiva. Este banco interpuso entonces un recurso ante el Tribunal Supremo, que decidió plantear una cuestión sobre esta materia al Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia declara que la Directiva no prohíbe expresamente la posibilidad de exigir que las entidades de crédito que ejercen sus actividades en España en libre prestación de servicios comuniquen directamente a la UIF española la información requerida a efectos de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Por tanto, **la Directiva no se opone, en principio, a la normativa española,** siempre que tenga como finalidad reforzar, respetando el Derecho a la Unión, la eficacia de la lucha contra dichos delitos. Por tanto, tal normativa no puede comprometer los principios establecidos por la Directiva en relación con las obligaciones de información de las entidades sujetas a tales obligaciones, ni limitar la eficacia de las formas de cooperación y de intercambio de información existentes entre las UIF.

El Tribunal de Justicia analiza a continuación la compatibilidad de la normativa española con la libre prestación de servicios. El Tribunal de Justicia considera que dicha normativa constituye una restricción a dicha libertad dado que entraña dificultades y costes adicionales. Además, dicha normativa puede acumularse a los controles ya efectuados en el Estado miembro en el que se encuentre situada la entidad de que trate, lo que puede disuadirla de dedicarse a dichas actividades. No obstante, esta restricción a la libre prestación de servicios puede estar justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. El Tribunal de Justicia destaca que **una normativa de este tipo permite a España supervisar el conjunto de las transacciones financieras realizadas en su territorio por las entidades de crédito, y ello con independencia de la forma en que éstas hayan decidido prestar sus servicios, lo que resulta una medida idónea para lograr, de manera efectiva y congruente, el objetivo perseguido.**

Además establece que el mecanismo de cooperación entre las UIF presenta ciertas lagunas. En particular, existen importantes excepciones a la obligación de la UIF requerida de transmitir a la UIF requirente la información solicitada. Así, una UIF podrá negarse a difundir información si ésta puede perjudicar a una investigación penal que se esté llevando a cabo en el Estado miembro requerido, cuando la divulgación de la información fuese claramente desproporcionada en relación con los intereses legítimos de una persona o del Estado miembro de que se trate o cuando dicha divulgación tuviera como consecuencia vulnerar los principios fundamentales del Derecho nacional. Por

³⁸ La normativa actualmente vigente se encuentra en la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, de 28 de abril, y en el Real Decreto 925/1995 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, de 9 de junio.

otra parte, en materia de lucha contra el blanqueo de capitales, la reacción de las autoridades debe ser lo más rápida posible, pero no se ha previsto un plazo de transmisión de la información ni sanciones en caso de negativa injustificada de la UIF requerida a transmitir la información solicitada. Además, el recurso a este mecanismo de cooperación presenta especiales dificultades cuando se trata de actividades realizadas en libre prestación de servicios. Por tanto, cuando no exista, en el momento de los hechos, un mecanismo eficaz que garantice una cooperación plena y completa entre las UIF y que permita luchar con la misma eficacia contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, la normativa constituirá una medida proporcionada.

Por lo que el Derecho de la Unión no se opone a la normativa española que exige a las entidades de crédito que operan en España sin disponer de un establecimiento que comuniquen directamente a las autoridades españolas la información necesaria a efectos de la lucha contra el blanqueo y la financiación del terrorismo. A falta de un mecanismo eficaz que garantice una cooperación plena y completa entre los Estados miembros que permita luchar de modo eficaz contra esos delitos, dicha normativa es una medida proporcionada.

SEXTO. REPRESENTACIÓN EN JUICIO DE LA SOCIEDAD

Que la persona jurídica sea parte en el proceso penal y que, en concreto, tenga el estatus de imputada o acusada **significa**, por supuesto que ha de ser tratada como tal por las autoridades de persecución y **que han de respetarse sus derechos**. Por eso, la persona jurídica **tiene que poder actuar en el proceso penal. Y a tal fin**, como en cualquier otra faceta de la vida jurídica, **necesita que la represente una persona física**: en principio, será con el representante de la persona jurídica con quien deban entenderse las autoridades públicas de persecución penal y los otros sujetos que intervengan en el proceso penal. De forma sintética, puede decirse que el legislador español ha buscado conjugar dos objetivos: de un lado, ha querido que la persona jurídica tenga un “rostro visible” en el proceso penal de modo que las autoridades de persecución penal – sobre todo el instructor y el tribunal enjuiciador- tengan un referente estable con el que relacionarse; de otro lado, se ha preocupado también por evitar que la figura del representante de la persona jurídica pueda bloquear o entorpecer de algún modo el desarrollo del proceso penal frente a ella.³⁹

En concreto, se establece que, al citar a la persona jurídica para comparecer como imputada, se la requerirá para que designe un representante, así como abogado y procurador para ese procedimiento (art. 119.1 a LECrim). El representante, por tanto, lo es ad hoc, sin que nada se diga en la ley acerca de quién podrá ostentar esa condición o cómo habrá de proceder a su designación.

En cuanto a quién puede ser la persona jurídica designada como representante de la persona jurídica imputada o acusada, es cuestión que se deja a la libertad de la persona jurídica, que habrá de proceder conforme a su reglas internas, guiándose por criterios de confianza en la persona elegida y conveniencia. El único límite en este punto es que se impide designar como representante en la fase de juicio oral a quien haya de declarar como testigo (art. 786 bis 1 LECrim). **El representante para el proceso penal es quien la persona jurídica imputada decida que sea, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, donde habrá de serlo quien legalmente represente a la persona jurídica** (art. 7.4 LEC). Por eso, en el caso de una sociedad de capital no habrá de tratarse necesariamente de alguno de los administradores.

³⁹ Véase: “*Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2015*”. Coordinador: Fernando Molina Fernández. Ediciones Francis Lefebvre. Actualizado a 27 de octubre de 2014. Capítulo 9 (Responsabilidad penal de las personas jurídicas), Sección 2 (Especialidades del proceso penal frente a personas jurídicas).

JURISPRUDENCIA:

Dictamen 1:

- Sentencia 378/2011 de TS, Sala 2º, 17 de Mayo de 2011. (bien jurídico protegido trata)
- Sentencia 1278/2011 de TS, Sala 2, de 29 de Noviembre de 2011 (coautoría trata)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 9) de 15 de septiembre de 14
- Sentencia núm. 238/2004 de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1º) de 22 de septiembre (repcionista club alterne cómplice prostitución coactiva)
- Sentencia núm. 1305/2005 de TS, Sala de lo Penal, de 14 de octubre (repcionista club alterne cómplice prostitución coactiva)
- Sentencia núm. 1663/1999 de TS, Sala de lo Penal, de 26 de noviembre (camarero club alterne es cómplice prostitución activa)
- Sentencia núm. 1425/2005 de TS, de 5 de diciembre de la Sala de lo Penal (concurso prostitución coactiva y detención ilegal).
- Sentencia núm. 445/2008 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 3 de Julio de 2008 (Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Ciudadanas de Rumania)
- Sentencia núm. 615/2014 de 24 de octubre de la Audiencia Provincial de Madrid ,Sección 3º,

Dictamen 2:

- Sentencia núm. 622/2004 del TS, de 10 de mayo (salud pública, bien jurídico protegido del tráfico de drogas)
- Sentencia núm. 849/1995 del TS, de 7 de julio (art. 368CP norma completa, no es una norma penal en blanco). Jurisprudencia minoritaria
- Sentencia núm. 223/1997 del TS, de 18 de marzo (art. 368CP normal completa, no es una norma penal en blanco). Jurisprudencia minoritaria
- Sentencia núm. 378/2006 del TS, de 31 de marzo (art. 368CP norma penal en blanco) jurisprudencia mayoritaria
- Auto núm. 792/2010 de 24 de noviembre de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 7ª (“popper” y nitrito de amilo)
- Sentencia núm. 1070/2011 de TS, Sección 1º, de 11 de octubre (Ketamina se incluyó en la lista de drogas fiscalizadas)
- Sentencia 118/1995 del TS, de 27 de enero (la valoración del autoconsumo es la misma que pudieran tener los actos de consumo de esas personas aisladamente)
- Sentencia núm. 615/2006 del TS, Sala segunda, de 14 de junio (consumo compartido atípico).
- Sentencia núm. 86/2010 del TS, de 9 de febrero de 10 (requisitos consumo compartido)
- Sentencia de TS de 24 de julio de 2003 (no concurre consumo compartido porque no se hace en lugar cerrado).
- Sentencia del TS de 3 de octubre de 1999 (tráfico de drogas por omisión. Deber de los dueños, encargados, gerentes o directores de evitar el tráfico de drogas en el establecimiento abierto al público).
- Sentencia núm. 957/1997 del TS, de 30 de junio (tráfico de drogas por omisión. Gerente del bar le corresponde una obligación de garante respecto de las actividades del bar)
- Sentencia núm. 2341/2001 del TS, de 11 de febrero de 2002 (tráfico de drogas por omisión. La propietaria del establecimiento abierto al público es garante del mismo)
- Sentencia del TS de 14 de noviembre de 2002 (concepto de establecimiento abierto al público)
- Sentencia núm. 329/2003 del TS de 10 de marzo (circunstancias que se tiene que dar para apreciar la agravante de establecimiento abierto al público)

- Sentencia núm. 817/2008 del TS de 11 de diciembre (concepto responsables o empleados del establecimiento abierto al público)
- Sentencia del TS de 3 de mayo de 1985 (tráfico es sinónimo de comercio, transacción o negocio oneroso, siempre preordenadamente dirigido a facilitar, promover o favorecer el consumo de drogas)
- Sentencias del TS 8 de febrero de 1984 y de 18 de enero de 1988 (incluyen en el tráfico de drogas la permuta).
- Sentencia núm. 346/2008 del TS, Sala 2º, de 12 de junio de 2008 (*la realización del tipo penal del art. 368CP se subsume, generalmente, en la autoría, pues dada la redacción de los verbos nucleares del tipo penal, promover, favorecer y facilitar, es difícil concebir formas de responsabilidad distintas de la autoría*).
- Sentencia núm. 170/2013 del TS, Sala Segunda, de 28 de febrero de 2013 (*elementos para apreciar coautoría*).
- Sentencia núm. 1312/2005 del TS, de 7 de noviembre (*la agravante de facilitar droga a menores de edad incluye tanto al menor que nunca haya consumido como al que ya esté incurso en dicho mundo*).
- Sentencia núm. 476/2005 del TS, de 15 de abril (*establece el fundamento de la agravación de facilitar droga a menores de edad*).
- Sentencia núm. 781/2003 del TS, de 27 de mayo (*para apreciar en el tráfico de drogas la agravante de menor de edad la persona que le da la droga tiene que efectivamente saber que le está entregando la droga a un menor*).
- Sentencia de 29 de marzo de 2003 del TS (*para apreciar en el tráfico de drogas la agravante de menor de edad la persona que le da la droga tiene que efectivamente saber que le está entregando la droga a un menor*).

Dictamen 3:

- Sentencia núm. 737/2006 del TS, de 20 de junio (delito fiscal: hace falta más que el impago de la cuota)
- Sentencia núm. 801/2008 del TS, de 26 de noviembre (delito fiscal: hace falta una ocultación del hecho imponible o falsificación del mismo)
- Sentencia núm. 1174/1998 del TS, de 21 de diciembre de 1999 (en el delito fiscal el TS no aprecia delito continuado. Castiga cada delito por separado).
- Sentencia núm. 43/1998 del TS, de 28 de marzo de 2001 (en el delito fiscal el TS no aprecia delito continuado. Castiga cada delito por separado).
- Sentencia núm. 4569/1999 del TS, de 10 de octubre de 2001 (delito fiscal. si se presentan varias declaraciones fiscales fraudulentas referidas a distintas especies de tributos, se cometerán por regla varios hechos independientes, incluso cuando las declaraciones estén referidas al mismo ejercicio fiscal).
- Sentencia núm. 2593/1900 del TS, de 9 de marzo de 1993 (Si la singularidad de cada impuesto es un obstáculo para que la elusión de su pago se una con la del pago de otro de distinta naturaleza, la redacción del art. 305.2CP lo es también para que el impago del impuesto correspondiente a un período impositivo o declaración pierda su condición de delito independiente y se funda, en un delito continuado, con el impago del mismo impuesto correspondiente a otro período).
- Sentencia núm. 871/200 del TS, de 26 de diciembre de 2001 (no pueden sumarse las cantidades defraudadas en delitos cometidos en distintos períodos para que la pluralidad de delitos sea castigada como un solo continuado)
- Sentencia del TS, Sala 2ª, de 5 de diciembre de 2002 (ejecución de la deuda fiscal con independencia del proceso penal).
- Sentencia núm. 974/2912 de 5 de diciembre de TS, Sala de lo Penal, Sección 1º. Caso Ballena Blanca. (delito fiscal como antecedente del delito de blanqueo de capitales).

DICTAMEN 5:

- Sentencia TJCE de 13 de noviembre de 1990, Caso Marleasing (El art. 56.1 e. de la Ley de sociedades de capital se refiere al **objeto social estatutario, y no a la actividad “real”** que desempeñe la sociedad).

DICTAMEN 6

- Sentencias TS –Sala de lo Civil- de 5 abril 1996 y 31 diciembre de 1979 (concepto orden público)

DICTAMEN 7

- Sentencia núm. 512/2005 del TS de 24 de junio de 2005 (competencia desleal por infracción de normas. La mera infracción normativa no constituye por sí sola conducta desleal).

DICTAMEN 8

- Sentencia núm. 103/2014 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 20 de Febrero de 2014 (Requisitos intervención telefónica).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de abril de 2013 (caso Jyske Bank)

BIBLIOGRAFÍA

- *“Código penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordada”* 3º Edición. Colección Tribunal Supremo. Coordinador de la colección: ECXMO. Sr. D. Ángel Juanes Peces (Vicepresidente del Tribunal Supremo). Editorial El Derecho. 2014.
- *“Código penal comentado actualizado por las Leyes orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo”* Carlos Vázquez Iruzubieta. Atelier libros jurídicos. 2015
- *“Derecho penal parte especial”*. 6º Edición. Carmen Lamarca Pérez (coordinadora). Editorial Colex. Año 2011. Delito societario (pag 402-412); Blanqueo de capitales (412-420); Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (pag- 423-437); Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (pag 439-453); Tráfico de drogas (pag 544-572)
- *“Memento práctico Francis Lefebvre penal 2015”*. Ediciones Francis Lefebvre. Trata de seres humanos (capítulo 24, pags 897- 909), delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (capítulo 25, pags 911- 945), delitos societarios (sección 19 del capítulo 30, pags 1233- 1250); receptación y blanqueo de capitales (sección 20 del capítulo 30, pags 1251- 1271); delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (capítulo 31, pags 1287-1311)
- *“Memento práctico Francis Lefebvre. Penal económico y de la empresa 2011-2012”*. Ediciones Francis Lefebvre.
- *“El delito de trata de seres humanos”*. Alberto Daunis Rodríguez. Tirant lo Blanch. 104 colección delitos. 2013
- *“La trata de seres humanos”*. Sonia García Vázquez y Patricia Fernández Olalla. Foro inmigración y ciudadanía. Centro de estudios políticos y constitucionales (pag. 99- 116)
- *“El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional”*. Carolina Villacampa Estiarte. Thomson Reuters. 2011
- *“Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual”* Gustavo Eduardo Aboso. Editorial Bef. 2013
- *“El delito de tráfico de drogas”*. Director E. Javier Álvarez García. Tirant monografías 617. 2009

- “*El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar*”. Jesús Morant Vidal. Editorial práctica de derecho.
- “*Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*” Vicente José Martínez Pardo. Colección Estudios Jurídicos. Disofer S.L Libros jurídicos.
- “*Jurisprudencia del Tribunal Supremos sobre el delito de tráfico de drogas*”. Carlos Granados Pérez. La Ley grupo Wolters Kluwer. Códigos Magister. 2007
- “*Transmisiones atípicas de droga. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*”. Jacobo Dopico Gómez-Aller. Tirant monografías 799. Año 2013. Pags 1-66
- “*Derecho penal económico y de la empresa*”. Carlos Martínez-Buján Pérez. Tirant lo Blanch tratados. 2013.
- “*Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*”. 3ª edición. Fernando Sequeros Sazatornil y Manuel-Jesús Dolz Lago. La Ley grupo Wolters Kluwer. 2013.
- “*Delito fiscal. El hecho punible, determinación del comportamiento típico*”. Mario H. Laporta. Editorial Bef. Año 2013.
- “*Cuestiones fundamentales del delito de fraude fiscal*” Lothar Kuhlen. Editorial Marcial Pons. Año 2015
- “*La aplicación práctica del delito fiscal; cuestiones y soluciones: adaptado a la reforma penal de la L.O 5-2010*”. José Antonio Choclán Montalvo. Bosch. 2011.
- “*El delito de defraudación tributaria tras la reforma del código penal por la LO 5/2010. Reflexiones críticas y propuestas de lege ferenda*” Pablo Chico de la Cámara. Thomson Reuters Aranzadi. 2012
- “*El Delito de Blanqueo de Capitales*”. Isidoro Blanco Cordero. Thomson Reuters Aranzadi. 3ª Edición. Año 2012
- “*Manual práctico para la prevención del blanqueo de capitales*” José María Peláez Martos. CISS, grupo Wolters Kluwer. Parte 3 “Conceptos básicos” apartado 3 “Concepto de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo”
- “*Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*” Directora: Caty Vidales Rodríguez. Tirant lo Blanch tratados. Capítulo 1, apartado 1 (objeto, definiciones y ámbito de aplicación)
- “*Delito Fiscal y Blanqueo de capitales*”. Memento de Autor. Antonio Domínguez Puntas. Instituto de Estudios Fiscales. Ediciones Fancis Lefebvre. 2011.
- “*Blanqueo de capitales y evasión fiscal*”. Covadonga Mallada Fernández. Lex Nova. Thomson Reuters. Año 212
- “*Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*”. Estudios jurídicos. Dirección F. Alfredo García Prats. Lifelong Learning Programme. Instituto de estudios fiscales. 2014.
- “*La administración de sociedades de capital por personas jurídicas. Régimen jurídico y responsabilidad*”. Esther Hernández Sainz. Thomson Reuters. 2014
- “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. José Luis de la Cuesta Arzamendi (Director). Thomson Reuters Aranzadi. 2013
- “*La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas. Adaptado a la Ley de Sociedades de Capital, a la reforma del Código Penal de 2010 y a las medidas de agilización procesal de 2011, así como al RDL 9/2012, de 16 marzo*”. José María Neila Neila. Bosch. 2012.

- “*Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas regulación internacional y nueva legislación española*”. Carlos Gómez- Jara Díez. Editorial Bef. 2010
- “*Comentarios a la Ley de Marcas*”. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Thomson, Aranzadi.
- “*Competencia desleal*” Segunda edición. Alfonso Villagómez Rodil. Editorial Comares. 2006. Pág. 129-129
- “*Ley de competencia desleal*”. Colección: jurisprudencia comentada. Rafael García Pérez. Thomson Aranzadi. 2008
- “*Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*” Roser Casanova Martí. JIB Bosch procesal. 2014.

Revistas electrónicas, artículos, páginas web:

- “*El delito de trata de seres humanos: análisis del art. 177 bis del Código penal*”. Juan Antonio Martos Núñez (Profesor Titular de Derecho Penal Universidad de Sevilla). Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXII (2012). ISSN 1137-7550: 97-130
<http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/896/865>
- “*Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal*”. Miguel Abel Souto. Revista electrónica de ciencia penal y criminología.
www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4401108
- “*Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales*”. Patricia Faraldo Cabana. Estudios penales y criminológicos, vol XXXIV (2014).
www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/1898/2028
- Orden Europea de detención y entrega. Ministerio de Justicia.
<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/ca/areas-tematicas/area-internacional/cooperacion-juridica/orden-europea-detencion>
- Orden Europea de detención y entrega. Poder judicial
<http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/Doc%20Temporales/Infodocs/FICHERO/Prontuario%20de%20la%20Orden%20de%20Detenci%C3%B3n%20Europea%201.0.0.pdf>.
- “La cooperación judicial y policial europea. La orden europea de detención y entrega.” *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII (2014) 189-208 / ISSN: 1133-3677. María GAVILÁN RUBIO (Magistrado Juez en Sustitución en la Comunidad de Madrid). Dialnet.
<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4639643.pdf>.

