

**FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA**

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

**TRABAJO FIN DE GRADO  
Curso 2014/2015**

**Irene Rodríguez Cotrofe**

**Tutor: D. José Ron Romero**

## ÍNDICE

-Abreviaturas .....	4
<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>II. Responsabilidades penales por los hechos relacionados con el ejercicio de la prostitución de las ocho mujeres rumanas.....</b>	<b>7</b>
A. Pertenencia a una organización criminal .....	7
B. Trata de seres humanos y Delito contra los derechos de los extranjeros.....	11
C. Prostitución coactiva.....	18
D. Detención ilegal.....	21
E. Conclusiones. Grado de Participación en los hechos.....	22
<b>III. Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Tatiana, Pietro y Zulaika por su relación con las sustancias encontradas en el armario de Plenilunio.....</b>	<b>26</b>
A. Delitos contra la salud pública .....	26
B. Conclusiones. Grado de Participación en los hechos.....	30
<b>IV. Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Tatiana, Alberto, Santiago y Xaime por la gestión de las ganancias provenientes de Plenilunio.....</b>	<b>31</b>
A. Blanqueo de capitales .....	32
B. Defraudación tributaria .....	35
C. Conclusiones. Grado de participación en los hechos .....	36
<b>V. Dictamen sobre las posibles responsabilidades tributarias y/o penales en las que habría incurrido la sociedad Na&amp;Ma S.L por los hechos narrados en el supuesto .....</b>	<b>39</b>
<b>VI. Dictamen sobre la posibilidad de que la sociedad Na&amp;Ma, S.L sea considerada una sociedad nula de conformidad con la legislación societaria .....</b>	<b>43</b>
<b>VII. Dictamen sobre la posibilidad de que la sociedad Na&amp;Ma, S-L registre como marca “Pequeñas Sumisas Ardientes” para la clase 43.....</b>	<b>44</b>
<b>VIII. Dictamen sobre la posibilidad de que un local competidor dedicado a similar “género de comercio”, pero que cumple puntualmente con sus obligaciones fiscales, ejercite acciones de competencia desleal contra Na&amp;Ma, S-L .....</b>	<b>46</b>

<b>IX. ¿Qué órgano jurisdiccional sería el encargado de la investigación? ¿Y del posterior proceso? ¿Cómo podría solicitarse la detención en Rumanía de Romelia? ¿Podrían tomarse medidas contra la sociedad antes de dictarse Sentencia? ¿Es posible que estén intervenidas las comunicaciones de la sociedad? ¿Podrían investigarse los movimientos de la cuenta gibraltareña? ¿Cómo se debería articular la representación en juicio de la sociedad?.....</b>	<b>48</b>
A. Órgano encargado de la investigación.....	49
B. Órgano encargado del proceso posterior.....	49
C. Posibilidad de solicitar la detención en Rumanía de Romelia.....	50
D. Medidas previas dirigidas contra la sociedad antes de dictar Sentencia.....	51
E. Posibilidad de intervención de las comunicaciones de la sociedad.....	52
F. Investigación de los movimientos de la cuenta gibraltareña.....	53
G. Representación en juicio de la sociedad.....	54
<b>X. Bibliografía.....</b>	<b>56</b>

## **Abreviaturas**

- AA.VV. : Autores Varios
- apdo. : apartado
- AP: Audiencia Provincial
- Art. : art.
- Cap. : capítulo
- Cfr. : confróntese
- CP : CP
- fto. jco: fundamento jurídico
- LBC: Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y de Financiación del Terrorismo (Ley 10/2010, de 28 de abril)
- LCD: Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero)
- LeCrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882)
- Ley 23/14: Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea (Ley 23/2014, de 20 de noviembre)
- LM: Ley de Marcas (Ley 17/2001, de 7 de diciembre.
- LO: Ley Orgánica
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica , 6/1985, de 1 de julio)
- LO 5/2010: por la que se reforma el CP, entrando en vigor el 23 de diciembre.
- TS: Tribunal Supremo
- Vid. : véase, referencia a un elemento ya citado

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata de dar solución a las preguntas señaladas en el supuesto práctico sobre “Tráfico de drogas, trata de blancas y delito societario”, relativas a los hechos relacionados con el ejercicio de la prostitución, con las sustancias encontradas en el local Plenilunio, hechos relativos a la licitud tanto en la constitución como en la gestión de la Sociedad Na&Ma, etc.

Para la correcta valoración de los hechos e imputación de las correspondientes penas por los delitos cometidos ha de tenerse en cuenta la reforma del Código Penal<sup>1</sup> llevada a cabo en el año 2010. En el supuesto narrado, consta que el primero de los sucesos se refiere a la captación de María y a su traslado a España, tratándose de una joven rumana a la que le ofrecen empleo como limpiadora en España, resultando esta oferta ser un engaño para hacerla entrar en el negocio de la prostitución. Así bien, María llega a España en el año 2010, a 29 de marzo, por lo que su situación es diferente con respecto a la del resto de mujeres llegan a España entre 2012 y 2014, por lo que a ellas sí les afecta la reforma del Código Penal (en adelante CP). Todo esto viene al caso de que, como veremos en la primera de las cuestiones suscitadas, no podrá aplicarse en la situación de María un delito de trata de seres humanos del art. 177bis CP, dado que no existe tal delito en el momento de la comisión<sup>2</sup>.

Lo que sucede en relación al delito de trata de seres humanos, es que no va a poder aplicarse a tales hechos, debido a que su introducción se produce mediante la reforma del CP del año 2010, cuando éstos ya han sucedido. Este precepto se incluye para tipificar, como veremos, una situación jurídica que ya estaba penada, pero va más allá. Si bien antes podría aplicarse un delito contra los derechos de los extranjeros, ahora el precepto es mucho más conciso en la regulación de una realidad ya existente, como lo es en este caso el tráfico ilícito de seres humanos con fines de explotación sexual, y cuya normativa no era tan específica como lo es actualmente.

Otro de los elementos que se ha modificado en este caso, y que se introduce también mediante la LO 5/2010, es lo relativo a los art.s contenidos en el Capítulo VI, bajo la rúbrica “*De las Organizaciones y Grupos Criminales*”, que considera punible el hecho de la pertenencia a un grupo u organización criminal, con independencia de las penas que correspondan a los delitos efectivamente cometidos por esa agrupación, por lo que se tratará de dos injustos penales diferentes: el de la propia organización criminal y el delito cometido o intentado. Lo que se propone es castigar el hecho de la participación, pertenencia o creación de una red organizada -fenómeno ya existente a lo largo de la historia-, además de los delitos que efectivamente cometa la organización, incluyéndose una serie de tipos agravados para los casos en que formen parte de ella un gran número de personas o utilicen armas o elementos peligrosos. De este modo, veremos como se

---

1 Reforma llevada a cabo mediante Ley Orgánica 5/2010, de 23 de noviembre, del Código Penal, y que entra en vigor en fecha de 23 de diciembre de 2010.

2 Entra en juego el principio de la irretroactividad de la Ley penal supone que la ley no puede aplicarse ni operar en aquellos casos que queden fuera de su vigencia temporal, y así lo establece concretamente el art. 2.1 del CP, mediante la referencia a que “*nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”.

resuelve el problema concursal cuando concurre el delito de pertenencia a una organización criminal y los tipos agravados de los delitos efectivamente cometidos, como, a modo de ejemplo, en el caso de la trata de seres humanos o en la prostitución coactiva.

Todas estas cuestiones serán resueltas a lo largo de la exposición, siguiendo la estructura de las preguntas planteadas y estableciendo una serie de subapartados en cada una de ellas, referidas a los uno de los delitos que se entienden perpetrados según los hechos que han tenido lugar.

El esquema a seguir en este trabajo va a ser, en primer lugar, una calificación de los delitos, es decir, identificación de los delitos que se observan cometidos, en abstracto o con carácter general, con argumentación acerca de por qué ha de aplicarse cada uno de los preceptos, si se cumplen o no los requisitos, etc. En segundo lugar, se incluirá en cada una de las preguntas un apartado que va a ser titulado “Grado de Participación”, que serán las conclusiones extraídas de cada una de las cuestiones, y en donde se va a especificar las personas implicadas penalmente y su responsabilidad en torno a los hechos.

## II. Dictamen sobre las responsabilidades penales por los hechos relacionados con el ejercicio de la prostitución de las ocho mujeres rumanas

Para comenzar con la exposición, debemos tener en cuenta de que no nos encontramos ante una situación única, sino que se nos presentan situaciones diversas, y que de esta diferencia derivará la aplicación de uno u otro tipo penal.

- a) En primer lugar, nos encontramos el caso de María, joven rumana que llega a España mediante un engaño y atraída por Romelia, hecho acontecido en el año 2010, lo cual tendrá su relevancia a efectos de tipificar la conducta, teniendo en cuenta la modificación del CP acaecida en ese mismo año ( y que entra en vigor el 23 de Diciembre de 2010).
- b) En segundo lugar, nos encontramos con el caso de 6 mujeres que se encuentran en su misma situación, y presumimos por tanto que el *modus operandi* empleado para su captación es el mismo o similar, pero cuya llegada tiene lugar entre los años 2012 y 2014.
- c) Por último, el caso de Nicoara, joven que también llega a España en el mismo tiempo y condiciones que el supuesto b), pero que sin embargo es la única menor de edad. Ello tendrá también repercusión en aras a la determinación del tipo penal correspondiente.

Partiremos de la base de que los hechos que suceden a María son, como ya se ha dicho, los mismos que en el caso del resto de mujeres, es decir, podemos presumir que la situación de todas ellas es idéntica o, cuanto menos, similar: llegada a España mediante un engaño, con la convicción de que van a acceder a un puesto de trabajo como limpiadoras en un restaurante (no sabemos exactamente si es lo que se les dice a todas), pero que sin embargo son trasladadas a España para ejercer la prostitución.

Así bien, considero que es preciso conocer la situación de estas ocho mujeres, suponiendo ser el *modus operandi* idéntico en todos los casos, o al menos esta será la base de la que vamos a partir a continuación:

1. Traslado a España mediante un engaño
2. Retención en el local, no pudiendo salir a no ser que lo hagan acompañadas de Pietro
3. Imposición de condiciones abusivas, puesto que “solo va a pagarse el segundo servicio que hagan cada noche, no llegando a existir tal segundo servicio más que en unas pocas ocasiones”, si bien en el caso de María, que no llega a cobrar nada en 4 años, la única vez que realiza un segundo servicio se le dice que “tiene que sufragar con ello el coste del billete de autobús”

### A. Delito de pertenencia a una organización criminal<sup>3</sup>

Antes de profundizar en los hechos relativos a la prostitución, es completamente necesario, a

---

3 Introducido en virtud de LO 5/2010, de 23 de noviembre, del CP

mi modo de ver, tener en cuenta el hecho de la existencia de una organización criminal en el caso que se suscita, hecho que se tipifica en el Capítulo IV del Título XXII del CP, en sus arts. 570bis a 570quater.

El art. 570bis CP castiga en esencia dos tipos de conductas:

- A quien promueva, constituya, organice, coordine o dirija una organización criminal, y establece una pena diferenciada en vista de si la finalidad es la comisión de delitos graves o de otros delitos. En el primero de los casos, lógicamente, la pena es superior, y que puede establecerse entre cuatro y ocho años, mientras que en el segundo de ellos, la pena será de tres a seis años.
- A quienes participen activamente en la organización, formen parte de ella o cooperen económicamente o de cualquier otro modo con la misma, siendo castigados éstos con , en el mismo modo que en el caso anterior, las "*penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos*".

Nos encontramos, por tanto, con dos conductas tipificadas en este precepto del CP, y se considerará a los sujetos que las lleven a cabo como autores de un delito de pertenencia a una organización criminal<sup>4</sup>, término definido en el propio precepto. De la redacción del art. 570 bis CP extraemos una serie de notas características de la organización criminal, como son: pluralidad subjetiva, permanencia o estabilidad, estructura y concertación de actividades y finalidad criminal.

Si contrastamos este precepto con la realidad de la organización formada en torno al local Plenilunio, en el que se desarrollan los hechos planteados, coincide con la definición del CP, así como la que establece el Tribunal Supremo en sentencia nº 719/2013<sup>5</sup>:

- Pluralidad subjetiva: se trata de una agrupación formada por más de dos personas (Romelia, Tatiana, Pietro, Zulaika, Alberto y Santiago).
- Permanencia: tiene carácter estable, o por tiempo indefinido, pues nos consta que lleva realizando este tipo de actividades desde el año 2010 y no consta una fecha fin, en principio.
- Estructura y concertación de actividades: se reparten las tareas o funciones de forma coordinada. En este caso, Romelia es quien capta a las mujeres por orden de Tatiana, que dirige el local y las actividades que allí se llevan a cabo, Pietro es el camarero, que tiene la función de vigilar constantemente a las mujeres y acompañarlas en todo momento cuando quieran salir del local, y Zulaika es la recepcionista, y quien se encarga de la custodia del dinero. Alberto y Santiago son los jefes de la organización, quienes se encargan de la gestión de las ganancias obtenidas en el seno de la misma.
- Finalidad criminal: el fin es la comisión de delitos, con ánimo de lucro, en este caso es la captación de mujeres mediante el engaño para obligarlas a prostituirse, no obteniendo ellas

---

4 El CP define este término en su art. 570bis *in fine* como ““*agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas*”.

5 Cfr. STS nº 719/2013: de 9 de octubre (RJ 2013, 7725), Tribunal Supremo, Sección 1ª, fto. jco cuarto.

beneficio alguno, siendo retenidas ilegalmente en el local.

Lo que se exige para la constatación de la existencia de una organización criminal, para que pueda considerarse como un tipo distinto a la mera comisión concertada de delitos, es que exista una vocación organizativa, una estructura jerarquizada de las funciones, y así lo establece el Tribunal Supremo en su doctrina jurisprudencial<sup>6</sup>. El elemento esencial para considerar que existe una organización criminal es que exista esa efectiva estructura, como es en este caso, la existencia de los “jefes”, y de otros que cumplen las órdenes de los mismos. Quienes organizan la actividad y gestionan las ganancias correspondientes son estos jefes, y se mantienen al margen de la actividad que se realiza, delegándola en otras personas, como por ejemplo, la delegación de la facultad de dirección de Plenilunio a Tatiana, que es la encargada de organizar la actividad que allí se lleva a cabo, y cuenta con una serie de personas que trabajan para ella. En definitiva, lo que importa es que exista una estructura jerárquica y una asignación de funciones a cada uno de los miembros de la organización, situación que vemos reflejada en el supuesto de hecho que nos ocupa.

Además, en el supuesto planteado nos encontramos ante uno de los subtipos agravados que se incluyen en el art. 570bis CP, para los supuestos en los que la finalidad delictiva de la organización se refiera a una serie de delitos concretos. El mismo precepto en su apartado 3 establece que *“se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este art. si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos”*. Nos quedaremos con la referencia a la libertad e indemnidad sexuales y la trata de seres humanos, que son los delitos que efectivamente se cometen en el seno de esta organización criminal.

Así bien, una vez constatada la existencia de este delito de pertenencia a una organización criminal, ha de tenerse en cuenta, como ya se ha mencionado en la introducción, que este tipo delictivo se incluye tras la reforma de la LO 5/2010, del CP, por lo que en el momento de la captación de María no entraría en juego la misma, dado que los hechos se producen en marzo de 2010, entrando en vigor la reforma el 23 de diciembre de ese mismo año<sup>7</sup>.

La cuestión que se plantea en el momento de hablar sobre la trata de seres humanos, así como de la prostitución coactiva, es que para estos supuestos existe un subtipo agravado específico que se emplea cuando tales delitos sean cometidos en el seno de una organización criminal, por lo que nos encontraríamos con la duda de si la agravación contemplada en los distintos tipos, es compatible con la penalidad establecida por el legislador para las “organizaciones y grupos criminales”, lo que quiere decir que si al integrante o participe en una de estas organizaciones se le debe imponer la pena establecida en el 570bis, además de la pena que corresponda al tipo cometido con la agravación de organización criminal, o si debe primar una de ellas<sup>8</sup>.

---

6 Vid. STS nº 719/2013: de 9 de octubre (RJ 2013, 7725), Tribunal Supremo, fto. jco. Cuarto.

7 En relación a ello, ver nota al pie nº 2, sobre la irretroactividad de la Ley penal.

8 En relación a esta cuestión, véase: LUZÓN CÁNOVAS, M. , “La tipificación penal de la Organización y el Grupo Criminal”, 7 de julio de 2011, URL:[http://www.elderecho.com/penal/tipificacion-organizacion-criminal-Problemas-concursales\\_11\\_283555005.html](http://www.elderecho.com/penal/tipificacion-organizacion-criminal-Problemas-concursales_11_283555005.html) – fecha de consulta 13/05/2015-.

Hay que ver qué disposición deberíamos adoptar, o si deberíamos aplicar las dos o son incompatibles. En el caso planteado, los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales:

- delito de pertenencia a una organización criminal (art. 570bis CP)
- delitos efectivamente cometidos (prostitución /trata) que incluyen un tipo agravado de pertenencia a una organización criminal (arts. 188bis y 177bis CP)

No resulta necesario aplicar ambas disposiciones para abarcar completamente la antijuricidad del suceso<sup>9</sup>, se trata de un concurso de normas, por lo que si el culpable de un determinado hecho delictivo pertenece a una organización dedicada a la perpetración de determinados delitos, como lo son en este caso los de trata de seres humanos y prostitución coactiva, el concurso de normas deberá resolverse conforme al criterio de la absorción o consunción que se prevé en el art. 8.3 CP, que supone que “*el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél*”. En definitiva, no podemos optar por la aplicación del delito de pertenencia a una organización criminal del art. 570bis, junto con el tipo agravado de trata de seres humanos del art. 177bis.6 CP, como tampoco podremos llevarlo a cabo en el caso de la prostitución coactiva.

En relación a ello, y mediante el análisis de la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado<sup>10</sup> (en adelante FGE), relacionada con el modo de actuación en los casos de comisión de uno de los delitos contenidos en el Cap. VI del Título XXII del CP, “*de las Organizaciones y Grupos Criminales*”, para los supuestos en que fuese posible la aplicación de la pena correspondiente a este delito, así como los subtipos agravados contenidos en el art. 177bis o en el 188bis CP, por ejemplo, al igual que sucede en el caso que nos ocupa. Establece la citada circular que “*se produce un concurso de normas con los art. 570 bis o 570 ter CP en los que se sanciona autónomamente dicha pertenencia o dirección de la organización o grupo*”, por lo que alcastigar la misma conducta de pertenencia a la organización mediante el art. 570bis CP y, por ejemplo, el subtipo agravado del art. 117bis CP de comisión del delito de trata siendo miembro de una organización criminal, se incurriría en *bis in idem*, no pudiendo aplicarse dos veces la misma circunstancia para agravar la pena.

Añade además, para los subtipos agravados de pertenencia a organización criminal establecidos en varios preceptos del Libro II CP, que “*la pena prevista es inferior a la que resultaría de aplicar un concurso de delitos entre el tipo básico correspondiente y el del art. 570 bis CP*”, y que, por tanto, “*la aplicación preferente del subtipo agravado en cuanto regla especial supondría un trato más favorable respecto a la pena imponible como resultado de tal concurso en caso de no existir tipo agravado*”. Lo que sucede en definitiva es que la pena correspondiente al art-570bis CP es superior a cualquiera de las previstas para los tipos agravados referidos a esa misma conducta en relación a la comisión de otros delitos.

Ante ello, la reforma mediante LO 5/2010 prevé un precepto específico para solventar este

---

9 Vid. LUZÓN CÁNOVAS, M. , “La tipificación... “.

10 Véase. Circular 2/2011, Fiscalía General del Estado sobre “la reforma del CP por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las Organizaciones y Grupos Criminales” . URL (versión PDF) : [http://www.sip-  
an.es/descargas/legislacion/penal/penal18.pdf](http://www.sip-<br/>an.es/descargas/legislacion/penal/penal18.pdf) , (consultado por última vez a 30 de mayo de 2015).

concurso, y es la solución que propone la Fiscalía General del Estado, y es que el art. 570quater 2 CP *in fine* establece la siguiente regla: “ *en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos art.s estuvieran comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del art. 8*”.

El art. 8CP establece las reglas para solucionar los concursos de normas, cuando una misma acción puede encajar en dos preceptos distintos del CP, y aun teniendo la norma del 8.4 carácter subsidiario respecto de los criterios anteriores, “*su aplicación directa ha de prevalecer por decisión del legislador expresada en el citado art. 570 quáter 2 in fine, opción justificada desde el planteamiento de que el mayor desvalor del hecho determina la aplicación de la pena más grave para evitar sanciones atenuadas incongruentes por la existencia de discordancias punitivas entre los distintos tipos penales*”<sup>11</sup>.

En definitiva, cuando nos encontramos con uno de estos supuestos y como veremos de aquí en adelante para el 177bis y el 188bis, de la trata de seres humanos y de la prostitución coactiva, se aplicará en todo caso el principio de alternatividad para no incurrir en *bis in idem*, al haberse constatado la perpetración del delito de pertenencia a una organización criminal. El concurso de delitos se va a resolver de este modo siempre que la pena así aplicada resulte superior a la prevista en el subtipo agravado.

## **B. Delito de trata de seres humanos -o “trata de blancas”- y Delito contra los derechos de los Extranjeros**

**a) Trata de seres humanos.** Debemos comenzar por destacar la concurrencia de la comisión de varios delitos, en concreto siete, de trata de seres humanos (delito también conocido como “trata de blancas”). Este delito se encuentra recogido en el art. 177bis<sup>12</sup> del CP, introducido mediante LO 5/2010, que procede a tipificar la conducta de “*captar, transportar, acoger, recibir o alojar*” y se refiere a cualquier forma de intervención en la captación de una persona, que tenga como fin uno de los siguientes:

1. Imposición de trabajos o mendicidad forzados
2. Explotación sexual, como es el caso que nos ocupa
3. Extracción de órganos corporales

Además, la conducta típica exige el empleo de violencia, intimidación, engaño o abuso de

---

11 Vid. Circular 2/2011, FGE.

12 Este precepto -art. 177bisCP- establece lo siguiente : “*1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:*

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

una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, no siendo necesario el empleo de estos métodos cuando la víctima sea menor de edad, como sucede en el caso de Nicoara. El mismo precepto establece que el consentimiento será irrelevante “*cuando se haya recurrido a uno de los medios indicados en el apartado primero del art.*”.

En el caso que nos ocupa, podemos comprobar como los hechos coinciden con la conducta descrita, dado que se trata de varias personas, que son trasladadas desde otro país, mediante el empleo del engaño -se las atrae con falsas esperanzas de encontrar un empleo digno-, aprovechando además su situación de necesidad al venir aquí, ya que saben que no tienen papeles y que no van a poder conseguirlos legalmente, por lo que están de algún modo “sometidas” a sus peticiones. Además, el fin con el que se trae a estas mujeres a España es la explotación sexual de las mismas en el local conocido como “*Plenilunio*”.

Es importante tener en cuenta los posibles subtipos agravados de este delito dados los hechos que se estiman probados, y, de entre los que se estipulan en los apartados 4, 5 y 6, cabría emplear, a mi parecer, dos de ellos, que serían el apartado 4 y el 6 del mismo art.. Vamos a ver estas dos opciones, y si es posible o no su aplicación, que a primera vista parece resultar factible. El art. 117bis.6<sup>13</sup> establece un subtipo agravado cuando los culpables pertenezcan a una organización o asociación que se dedique a la realización de tales actividades delictivas.

En relación a esta posibilidad, debemos reconducir este argumento a la reflexión alcanzada en el apartado relativo al delito de pertenencia a una organización criminal (págs. 7 y ss.), que nos impide aplicar aquí este tipo agravado por las razones expuestas, ya que de lo contrario incurriríamos en *bis in idem*, puesto que la misma conducta, que va a ser castigada conforme al 570bis del CP, no puede ser a su vez castigada mediante la aplicación de otro delito, sino que se aplica el primero de ellos de acuerdo con el principio de consunción<sup>14</sup>.

Descartada esta primera opción, por imposibilidad de aplicar tal subtipo agravado habiéndose acusado en primer lugar por un delito de pertenencia a una organización criminal, resultará más correcta la aplicación del subtipo agravado dispuesto en el apartado 4 a), que se refiere a aquellos casos en que “*con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima*”. La grave puesta en peligro de la víctimas se puede observar en el hecho que son obligadas a mantener relaciones sexuales incluso cuando los clientes lo demanden sin ningún tipo de protección, con posibilidad de contraer cualquier tipo de enfermedad que pueda poner en grave riesgo su salud o integridad física o corporal. En cuanto a este segundo apartado, resulta de gran interés lo expuesto por la FGE<sup>15</sup>, estableciendo lo siguiente – extracción literal- .

13 Véase art. 117bis.6 CP: “*Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este art. e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la 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*”.

14 Este principio se recoge en el apartado 3º del art. 8 CP, y establece que “*el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél*”.

15 Véase. Circular 5/2011, Fiscalía General del Estado, sobre “*Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*”. URL (PDF): [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/memoria2012\\_vol1\\_circu\\_05.pdf?](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_05.pdf?)

“Si con ocasión de la trata se produce el resultado (la finalidad criminal, la explotación sexual por ejemplo)... ..no será de aplicación esta circunstancia calificadora –lo cual supondría valorar dos veces la misma circunstancia–, sino el tipo básico de trata en concurso con el delito de resultado correspondiente”.

Ello nos va a resultar de interés a la hora de imputar aquellos delitos que se cometan efectivamente en como finalidad de la trata, es decir, no deberíamos aplicar en este momento el citado subtipo agravado, dado que además de la trata se van a cometer una serie de ilícitos penales - los delitos efectivamente cometidos con motivo de la trata-, como lo es la prostitución coactiva, que incluye un subtipo agravado de puesta en grave peligro de la víctima.

Si aplicásemos dos veces la circunstancia de puesta en peligro grave de la víctima, tanto en la trata como en la prostitución coactiva, estaríamos incurriendo en *bis in idem* y valorando dos veces la misma conducta, por lo que debemos tomar el tipo básico del delito de trata, así como el delito efectivamente cometido como finalidad de la trata, y especificar en éste el subtipo agravado.

En definitiva, la reflexión anterior nos lleva a dos problemas concursales, dos situaciones en las que incurriríamos en *bis in idem*, tanto al aplicar el delito de pertenencia a una organización del 570bis en concurrencia con el subtipo agravado, como al aplicar el subtipo agravado de puesta en peligro de la trata y el mismo en la prostitución coactiva. La conclusión es que en el primero de los casos se aplica el art. 570bis CP en virtud del principio de consunción, mientras que en el segundo caso, ha de aplicarse el tipo básico de trata, en concurso con los delitos efectivamente cometidos, en los cuales se aplicará el subtipo agravado si es preciso.

Nos encontramos en último lugar con otro supuesto que ha de ser diferenciado, que es el caso de Nicoara, menor de edad, teniendo constancia los miembros de la organización criminal de tales datos, pues resulta probado que tenían el pasaporte de la misma dentro del local. En este caso, cabría la posibilidad de aplicar dos de los tipos agravados que se incluyen en el apartado 4 del art. 177bis, imponiéndose, en virtud del citado precepto, la pena en su mitad superior “*si concurriere más de una circunstancia*”. En este caso, concurren tanto la puesta en grave peligro de la víctima, al igual que en el resto de mujeres y en los términos expuestos, así como la letra b) cuando “*la víctima sea menor de edad*”.

Sin embargo, y continuando con el anterior razonamiento lógico, la solución es idéntica en este supuesto, dado que vamos a aplicar la prostitución coactiva agravada por ser la víctima menor de edad, y además es posible la aplicación de la puesta en grave peligro de la víctima del apartado cuarto e incurriríamos en *bis in idem* de nuevo si aplicásemos ambos subtipos agravados en concurso con los mismos existentes para el delito de trata. Volvemos a aplicar el tipo básico del 177bis, en concurso con los delitos efectivamente cometidos (prostitución coactiva en este caso, teniendo en cuenta la minoría de edad de la víctima, circunstancia que agravará la pena conforme al 188 del CP).

---

[idFile=f899b5a5-3799-4389-a0c7-9530996f9829](#), (consultado por última vez a 30 de mayo de 2015).

Para razonar lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta lo establecido en el art. 177bis.9 CP<sup>16</sup>, existe una regla concursal, y es que el concurso, a pesar de que en algunos casos podría considerarse de otro modo, siempre va a ser un concurso real, como es el caso de la concurrencia del delito de trata con el de prostitución coactiva, como veremos más adelante. Por tanto, la efectiva explotación se castiga de forma separada, siendo el concurso real, según lo previsto en el CP. Como veremos de ahora en adelante, en este supuesto el 177bis va a entrar con concurso con:

- delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros (no en el caso de María)
- delitos de prostitución coactiva
- delito de pertenencia a una organización criminal

**b) Delito contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros.** Es preciso tener en cuenta un elemento importante, y es que todos estos hechos relacionados con siete de las mujeres, incluida Nicoara, menor de edad, pueden encajarse dentro del art. 177bis CP, mientras que ello no es posible en el caso de María. Esta situación se produce dado que el delito específico del 177bis CP no se implanta hasta la reforma del año 2010, vigente desde el día 23 de diciembre de ese mismo año. Así, en el caso de María no podemos aplicar este tipo penal, en virtud del principio de irretroactividad, y así se prevé en el art. 1 del CP: *“no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración”*.

Por lo tanto y en virtud de lo expuesto, debemos reconducir los hechos a otro tipo delictivo vigente en el momento en el que se producen los mismos, ya que en el resto de los casos estamos ante delitos de trata, pues las mujeres entran en España entre 2012 y 2014, estando ya implantada y en vigor la citada reforma.

La inclusión de este nuevo art. 177bis tiene su origen, en parte, en la necesidad de una mayor profundización en este tipo de actividades, debido a los nuevos acuerdos internacionales sobre el tráfico ilícito de personas o trabajadores, en los que España es parte, y pretende un cumplimiento más fiel de los objetivos propuestos por los mismos. Todo esto no supone que antes de la reforma de 2010 del CP, estas conductas quedasen impunes, sino que este precepto tiene sus antecedentes, como lo es el art. 318 del CP, del delito de tráfico ilegal de personas, bajo la rúbrica de “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Dice la profesora VILLACAMPA en uno de sus arts, relativo al art. 177bis<sup>17</sup>, que uno de los problemas de esta redacción del año 2000, es que *“atendiendo a la incriminación fundamental de los supuestos de trata de personas a través del delito de tráfico de personas del art. 318 bis, la anterior regulación suponía la confusión de dos realidades, la de la trata (trafficking in human beings o human trafficking) y la de las migraciones ilegales o clandestinas (smuggling of migrants), que pese a su relación se*

16 La regla concursal del art. 177bis.9CP establece que *“las penas previstas en este art. se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del art. 318bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”*.

17 VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: Análisis del nuevo art. 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, AFDUDC, 14, 2010, 819-865. URL (PDF): <http://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/46637/017383.pdf?sequence=1>

*hallan claramente diferenciadas a nivel conceptual y regulativo a nivel internacional”.*

Según lo expuesto, y dado que el delito de trata no puede aplicarse por aplicación del principio de irretroactividad de la Ley Penal, nos encontraríamos ante un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del 318bis, antecedente del delito de trata, y que castiga a quien, *“directa o indirectamente promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino en España, o con destino a otro país de la Unión Europea... ..con la pena de cuatro a ocho años de prisión”.*

En cuanto a los subtipos agravados, sucede algo muy similar al supuesto contemplado para el delito de trata, tenemos posibilidad de aplicar varios subtipos agravados, siendo uno de ellos el relativo a la pertenencia a una organización criminal, mientras que el otro sería la imposición de las penas en su mitad superior cuando se emplee violencia, intimidación, engaño, o se abuse de una situación de superioridad o especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, salud o integridad de las personas.

Resulta discutible la punibilidad de esta conducta, pues hablamos de una ciudadana de la Unión Europea<sup>18</sup>, dado que Rumanía es un Estado comunitario desde el año 2007. Sin embargo, hay varias líneas jurisprudenciales en torno a si, aun siendo lícita la circulación entre los Estados de la UE, conforme a la normativa de extranjería vigente, se puede tomar como ilícita la misma por el hecho de que estas mujeres entren con un propósito que no es el que creen, y que no consienten por tanto. Se trata de comprobar si realmente esos casos en los cuales se les facilita la entrada (en este supuesto les pagan el viaje, aunque posteriormente vayan a reclamarles la deuda), para lucrarse partiendo de la situación de vulnerabilidad o necesidad de la víctima, que va a tener que pagar una cantidad de dinero por su entrada en España. LÓPEZ CERVILLA ha entendido en uno de sus estudios<sup>19</sup> que *“esta entrada, aparentemente legal, la puede promover o facilitar el sujeto activo contactando, por sí o utilizando intermediarios, con el extranjero en su país de origen, facilitándole los pasajes de ida y vuelta (que probablemente no se utilizará), facilitándole dinero para que aquél justifique que posee medios económicos suficientes, el documento justificativo del establecimiento de hospedaje o una invitación de un particular, etc”.*

En este sentido existen, principalmente, dos soluciones jurisprudenciales; la primera de ellas considera que si la entrada se produce por el puesto habilitado al efecto y cumpliendo los requisitos de la Ley de Extranjería 4/2000, la entrada es totalmente lícita y no podrá, por tanto, aplicarse el 318bis, si bien se castigarán los delitos efectivamente cometidos siendo víctimas esas personas. En segundo lugar, la otra línea jurisprudencial<sup>20</sup>, que ha sido confirmada en alguna ocasión por el Tribunal Supremo entiende que el hecho de que esa entrada en España, siendo lícita conforme a la legislación vigente (en este caso se habla de terceros países, no de la UE), se califica como ilícito

---

18 La entrada en la UE por parte de Rumanía se produce el 1 de enero de 2007, por tanto hablamos de ciudadanos comunitarios.

19 LÓPEZ CERVILLA, J. M., Estudios “Tráfico ilícito de personas. La reforma del art. 318 bis del CP (I)”, pág. 20 URL:<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344080446?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content>. (última consulta: 3 junio 2015).

20 Cfr. STC AP Madrid núm. 439/2003 (Sección 3.a ), de 16 septiembre, JUR 2003/265602.

penal pues la finalidad de entrada es ilícita, se promueve esa entrada mediante un engaño con el fin de aprovechar la situación del extranjero en España.

En el mismo estudio del que hemos extraído esta idea<sup>21</sup>, se expone la solución que establece el Tribunal Supremo, optando por la segunda interpretación de la que se ha tratado. En Sentencia nº 2205/2002, de 30 de enero establece lo siguiente:

*“Es claro que el recurrente promovió la inmigración clandestina de una persona, reclutándola en el Ecuador, pagándole el billete hasta España y proporcionándole una cantidad en metálico, para que pudiese entrar como turista, cuando la finalidad de la inmigración era que trabajase en nuestro país en un Club de alterne regentado por un amigo suyo. Una vez en España le exigió la devolución del dinero en metálico prestado para defraudar los controles de inmigración y también que pagase con sus servicios el precio del viaje, colocándola en una situación de penuria y desprotección que constituye uno de los peligros que pretende conjurar el tipo penal”.*

Como vemos, el *modus operandi* es muy similar a la situación de María, y por tanto del resto de las mujeres traídas a España de este modo. En este supuesto se habla de la entrada desde países terceros no pertenecientes a la UE. Sin embargo, entiendo que ha de ser extensible a los supuestos de entrada desde otros países de la UE, al menos en esta situación en que no podemos aplicar la conducta tipificada en el 177bis, por no hallarse vigente en ese momento, y dado que esta conducta no debe quedar impune. En efecto, considero que el hecho punible es el tráfico ilícito de personas, y, aunque los ciudadanos de Rumanía, por ser ciudadanos de la UE, gocen de libertad de circulación por los países de la UE, éstos no pertenecen de momento al espacio Schenguen, y por tanto, se les aplicará la normativa correspondiente a la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000. El art. 25 de esta Ley Orgánica establece los requisitos de entrada, entre las que se encuentra la justificación del viaje, y, por lo tanto, la situación sería la misma que en la STS citada anteriormente, y por tanto, sería punible esta conducta conforme al 318bis.

Continuando con otro elemento del tipo, y dado el espacio temporal en el que se producen los hechos, no podría apreciarse un delito de pertenencia a una organización criminal como se ha hecho en los supuestos anteriores (del delito de trata), ya que el traslado de María se produce en el año 2010, no encontrándose aún en vigor la reforma llevada a cabo por LO 5/2010. El problema en este supuesto será la posible aplicación de los subtipos agravados contenidos en el art. 318bis CP, y es que tenemos, de un lado el apartado 2, relativo a la realización de las conductas del 318bis con ánimo de lucro o empleo del engaño, y, de otro lado, el apartado 4, relativo a la pertenencia a una organización o asociación dedicada a la realización de tales actividades. Nos encontramos de entre modo ante un concurso aparente de normas, que deberá ser resuelto conforme a lo estipulado en el art. 8 CP<sup>22</sup>.

---

21 Vid. LÓPEZ CERVILLA, J. M., Estudios “Tráfico ilícito de personas...”.

22 En el art. 8 del CP, se establecen las pautas para la resolución de un concurso de normas, y en defecto de la aplicación de las letras a) a c) (principios de especialidad, subsidiariedad, y consunción), es preciso utilizar el contenido de la letra d), relativa al principio de alternatividad, y aplicando por tanto el precepto penal más grave, dado que el primero de los subtipos agravados considerado supone la aplicación de la mitad superior de la pena del tipo básico del 318bis, mientras que el apartado 4 del mismo precepto, relativo a la pertenencia a una organización

Por tanto, y conforme a este principio, deberá imputarse por un delito de tráfico ilícito de personas del art. 318bis.4 CP, agravado por la pertenencia a la organización dedicada a tales fines, lo que ya supondrá la posibilidad de tener en cuenta los delitos efectivamente cometidos en esa organización.

Si bien esta es la situación de María, dada la problemática que supone la aplicación de una Ley distinta dado el momento de comisión de los hechos, en el supuesto del resto de mujeres a las que afectan las actividades de la organización criminal propiamente dicha, si bien se debe aplicar también el art. 318bis CP, además de por las razones expuestas y conforme a la Ley Orgánica de Extranjería, en virtud de la regla concursal establecida en el art. 177bis.9 CP<sup>23</sup>, por lo que se aplica un concurso real de delitos.

La diferencia que se observa en esta situación es que va a quedar descartada la posibilidad de aplicación del subtipo agravado de pertenencia a una organización criminal, como en el caso de María, puesto que esta circunstancia ya se toma en consideración a la hora de imputar a los autores de los hechos por un delito de pertenencia a una organización criminal del art. 570bis CP, y que por tanto, nos impide la aplicación del subtipo agravado – para no incurrir en *bis in idem*-. De este modo, cabría la aplicación del subtipo agravado contenido en el apartado 2 del art. 318bis CP, dado el empleo del engaño para el tráfico ilícito, así como el apartado 4, en el supuesto de Nicoara, y dada su minoría de edad, estableciendo el mismo que “*cuando la víctima sea menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior*”.

Estas serían las posibles soluciones, pero, sin embargo, y al tenor de la línea argumentativa empleada a lo largo de esta exposición, entendemos que en el primero de los supuestos, el de María, sí será necesario aplicar el subtipo agravado, por tratarse de la pertenencia a la organización criminal, desvalor que quedaría impune de no aplicarse tal agravación, dada la imposibilidad de aplicar el art. 570bis CP por su vigencia temporal posterior. Sin embargo, la aplicación de un tipo agravado en el supuesto del resto de mujeres a las que afecta esta red u organización criminal, no tendría sentido en relación a lo expuesto sobre el delito de trata del art. 177bis CP, ya que la idea principal era la de aplicar el precepto en su tipo básico, en concurso real con los delitos efectivamente cometidos y derivados de la explotación, para los que se aplicará de este modo el subtipo agravado pertinente. En base a ello, entiendo lógico aplicar el 318bis en su tipo básico, y dejar la aplicación del subtipo agravado para los delitos que se cometen efectivamente en concurso con el 177bis, puesto que de lo contrario, estaríamos aplicando un subtipo agravado caracterizado por el empleo del engaño (desvalor ya tenido en cuenta al apreciar la perpetración de un delito de trata), así como tener en cuenta la minoría de edad de Nicoara a efectos de agravación de la pena.

Por tanto, y en virtud de ello, se apreciará en este caso la concurrencia de los elementos del tipo básico del art. 318bis CP, teniéndose en cuenta los elementos del tipo agravado en los demás

criminal, supone la aplicación de la pena superior en grado a “*las establecidas en los apartados 1 a 3*”.

23 La regla concursal a la que se hace referencia establece que las penas correspondientes a tal precepto se aplicarán sin perjuicio de las que procedan por la vía del 318bis y otros delitos efectivamente cometidos relativos a los fines de la trata

delitos efectivamente cometidos, para no incurrir en *bis in idem*.

### C. Delito de determinación a la prostitución o “prostitución coactiva”.

Continuaremos con la calificación del siguiente tipo penal correspondiente al caso, el cual cabe encajar en el art. 188.1 CP<sup>24</sup>, conocido como delito de prostitución coactiva. La conducta, en este supuesto consiste en determinar a las mujeres prostituirse y a mantenerse en la prostitución (delito continuado, como veremos<sup>25</sup>), mediante el empleo de coacciones, y abusando de la situación de necesidad de las mismas, ya que son mujeres que vienen a España engañadas, con una falsa oferta de empleo, que se convierte en una situación difícil, pues entiendo que no tienen papeles, y tampoco otro medio de vida, ni ingresos, ya que de lo contrario sufragarían la “deuda contraída”. Además, se les imponen condiciones abusivas, ya que en ningún momento van a llegar a cobrar apenas, sino que solo van a cobrar el segundo servicio realizado cada noche y al 50%, teniendo en cuenta, y como suponemos que debía suceder en el resto de casos, el caso de María, que solo en una ocasión llega a realizar dos servicios en una noche.

La Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Primera, en STC 6/2011, establece la naturaleza del delito de prostitución coactiva (cito literalmente; se añade el subrayado).

*“En dicho precepto se sancionan aquellas conductas que, incidiendo de manera decisiva sobre la voluntad del sujeto pasivo, determinan a iniciarse en la prostitución o a permanecer en ella, pues lo decisivo en la nueva regulación es la afectación del bien jurídico protegido, que ahora se centra única y exclusivamente en la libertad sexual, esto es, en la capacidad inmanente a toda persona para autodeterminarse en un aspecto tan íntimo como es el sexual. De ahí que del art. 188 se derive una norma clara: la voluntad de la persona mayor para ejercer la prostitución ha de ser pura, sin vicio alguno que pueda invalidarla y, por ello, se castiga a aquellos que mediante coacción, engaño o abuso de superioridad o de necesidad imponen a persona mayor de edad el ejercicio de la prostitución. Es indiferente, por tanto, que esa persona desee o no prostituirse, como lo es que, libre de los condicionantes típicos, prosiga en esa actividad. Lo decisivo es que esa voluntad y la libertad de decisión para seguir o dejar el tráfico carnal no esté constreñida por condicionante alguno que provenga de otra persona. En suma, se castiga tanto la prostitución ejercida sin voluntad como la ejercida con voluntad viciada.”<sup>26</sup>*

En esta misma STC se considera que existe abuso de superioridad en la conducta de “controlar los movimientos de esas personas, que no pueden, así, desembarazarse de la presión

---

24 El art. 188.1 CP castiga al “que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”.

25 Véase pág 20.

26 Cfr. STC AP Villareal núm. 6/2005 de 11 abril. ARP 2005\315, Fto. Jco. Cuarto.

*ejercida por los acusados para continuar en la situación de explotación en que se encontraban”.*

En este caso es necesario tener en cuenta el art. 188.4 CP, que establece que las penas previstas para los delitos de prostitución de mayores de edad “*se impondrán en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: (...) b) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o la salud de la víctima*”. Volvemos aquí al tema de la posible aplicación del tipo agravado incluido en la letra b), relativo a la imposición de una pena mayor por la pertenencia de los culpables a una organización criminal, sin embargo, nos encontramos ante dos supuestos diferenciados:

- En el caso de María, podría aplicarse el tipo agravado de pertenencia a una organización criminal o el de puesta en peligro de la vida o salud de la víctima, pues la pena se impone en ambos casos en su mitad superior.
- En el caso del resto de mujeres, debemos aplicar el apartado b), y no el c) dada la reflexión llevada a cabo en el apartado relativo a la trata de seres humanos, así como en el relativo a la apreciación de los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del 318bis, y ya habiendo sido castigada la pertenencia a una organización criminal en virtud del 570bis del CP.

De este modo, se apreciará en el caso de María el subtipo agravado de pertenencia a una organización criminal, puesto que no se incurría en *bis in idem* ahora, ya que en el momento de comisión de los hechos relativos a su persona, no existía el delito del art. 570bis CP, por lo que no puede ser aplicado por el principio de irretroactividad de la ley penal. Sin embargo, en el caso del resto de mujeres, sin incluir a Nicoara, dado que la especialidad de su situación requiere un trato diferenciado, se aplicará el subtipo agravado de puesta en peligro de la víctima, visto que son obligadas a prostituirse y a hacerlo sin la protección adecuada, pudiendo contraer enfermedades de transmisión sexual.

El caso de Nicoara, menor de edad -según consta en su pasaporte- la conducta podría encajarse en dos preceptos diferenciados, que son el art. 187 del CP, que castiga al “*que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz*”. En segundo lugar, podría aplicarse el art. 188bis del CP, pero no el tipo básico, sino concretamente el tipo agravado incluido en el apartado 2 del mismo, que establece que se refiere al hecho de que las conductas se realicen sobre una persona menor de edad con el fin de iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución. Por tanto, existe un tipo agravado además del concreto 187 del Código, y aquí es donde se centra la duda, en cuál de ellos debe ser aplicado, por lo que es necesario ver las diferencias entre los dos preceptos y por qué debe aplicarse uno o el otro.

Para la resolución de este conflicto, teniendo en cuenta que los arts. 187 y 188 CP castigan conductas bien distintas, y aunque pudiese resultar más específico el art. 187 por estar dedicado en concreto a la prostitución de menores o incapaces, la conducta típica es distinta y sería por tanto un error imponer la pena prevista para el mismo. En primer lugar, el art. 187 castiga la inducción o el favorecimiento de la prostitución de un menor, o el hecho de mantener con éste una relación sexual a cambio de precio. Sin embargo, y en segundo lugar, el art. 188 hace referencia a la prostitución coactiva, es decir, obligar o determinar a una persona a prostituirse o a mantenerse en la

prostitución, existiendo un tipo agravado cuando estas conductas se lleven a cabo sobre menores.

Queda comprobado que Nicoara, así como el resto de mujeres que se encuentran en su misma situación, es obligadas a prostituirse, para lo cual era retenida en el local, no pudiendo salir sola en ningún momento, e imponiéndoles condiciones abusivas en todo momento.

En virtud de lo expuesto, entrará en concurso el 177bis, como se ha indicado anteriormente, en su tipo básico, con la infracción efectivamente cometida, que es, en este caso, la prostitución coactiva sobre una menor, recogida en el 188bis2.

A modo de último inciso de este apartado, es preciso tomar en consideración que nos encontramos ante una serie de delitos continuados, ya que se trata de varias infracciones que infringen el mismo precepto penal y que se realizan en ejecución de “*un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión*”, por lo que será castigado al infractor como autor de un delito continuado con la pena señalada para la infracción más grave (...) (74CP). De lo que se trata en definitiva es de considerar todos esos delitos de prostitución (sobre cada una de las mujeres) como un solo delito continuado para aplicarle una pena más grave que la del delito único pero menor que la equivalente a la suma de los sucesivos delitos.

Sin embargo, el apartado 3 del mismo art. 74 exceptúa de lo establecido en el apartado 1 las ofensas a “*bienes eminentemente personales*”, salvo que constituyan infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. De acuerdo con ello, si bien no se puede aplicar un único delito continuado de prostitución con respecto a todas las mujeres, por tratarse de infracciones contra la libertad e indemnidad sexuales, si podrá aplicarse un delito continuado para todos los delitos cometidos sobre cada una de las mujeres.

Así se estableció en la citada STC 6/2005<sup>27</sup>, de 11 de abril, entendiéndose el tribunal lo siguiente:

*“El delito del art. 188.2 es de naturaleza colectiva, de manera que no importa el número de personas que se incluyan en la acción que describe, por cuanto sean una o varias, se comete un único delito. Ahora bien, ello se refiere a la misma acción, esto es, la identificada por sus parámetros de tiempo, ocasión y lugar, de manera que esa pluralidad se refiere única y exclusivamente a cada viaje que el autor del delito organiza, y mediante el cual introduce a una o varias personas en España para explotarlas sexualmente. Siendo esto así, en este caso habría que apreciar un delito por cada mujer que, en diferente ocasión aunque con el mismo fin, se trajo a territorio nacional. En tal caso, y no saliéndose del marco jurídico que define la acusación, pues de lo contrario infringiríamos el principio acusatorio, no queda otro remedio que apreciar un único delito, con el carácter de continuado, pues los distintos delitos independientes se enmarcan en un plan común, que da vida a esa figura delictiva”.*

---

27 Vid. STC AP Villareal núm. 6/2005 de 11 abril.

#### **D. Delito de detención ilegal**

La conducta típica del delito de detención ilegal consiste en “*encerrar o detener a otro, privándole de su libertad*”, lo que exige bien el internamiento en un lugar del que a la víctima no le es posible salir por sí misma, o una detención o inmovilización más o menos duradera. Así lo estipula el Tribunal Supremo en STS de 30 de enero de 2003<sup>28</sup>. En este caso, las mujeres se encuentran encerradas en el local, no pudiendo salir del mismo si no lo hacen acompañadas de Pietro, y habiéndose colocado barrotes en las ventanas para que no puedan escapar, se les priva de su libertad mediante el encierro en el local. La doctrina entiende por “encerrar” el colocar a una persona en un espacio no abierto, como lo son en este caso, las habitaciones del local, donde ellas se encuentran a lo largo de todo el día.

Un elemento que nos va a interesar a la hora de determinar el grado de participación de quienes que intervienen en la comisión del delito, es ver la existencia o no un acuerdo previo. En el caso de que sí exista, nos encontraremos ante un supuesto de coautoría, mientras que en el caso opuesto, se tratará de complicidad o cooperación necesaria. Ello va a ser relevante a la hora de determinar las responsabilidades de cada uno de los actuantes.

El Tribunal Supremo, en STS 1059/2007<sup>29</sup>, aprecia la “existencia de detención ilegal y secuestro”, en el caso de una mujer obligada a prostituirse en situación muy similar a la de María y el resto de mujeres que se encuentran retenidas en “Plenilunio”. En mi opinión en este supuesto también nos encontramos ante un subtipo agravado de la detención ilegal, contemplado en el art. 163.3 CP, por durar ésta más de 15 días, ya que nos consta que la situación de María transcurre desde su captación en 2010, hasta que consigue avisar a las autoridades el 13 de mayo de 2014. Además, aunque realicen salidas esporádicas, siempre han de hacerlo acompañadas de Pietro, y el TS ha reiterado que se considera que existe igualmente la detención ilegal aunque se les permita realizar salidas esporádicas.

Lo que nos interesa ver es el posible concurso existente entre la detención ilegal y la prostitución coactiva, lo cual suscita muchas dudas, en torno a si existe o no concurso medial en atención a la entidad de la detención ilegal. Hay que ver si se trata de un concurso medial o real, puesto que si la privación de libertad es inherente al delito, se apreciará el delito sexual en aplicación del principio de consunción.

El TS, en STC 19/2004<sup>30</sup>, resuelve del siguiente modo (se añade el subrayado):

*“Como sucede en otros tipos delictivos (por ejemplo el robo con intimidación o la propia violación), la dinámica comisiva del delito de determinación coactiva de una persona al mantenimiento en la prostitución, conlleva necesariamente una cierta restricción*

---

28 Cfr. STS de 30 de enero de 2003, RJ 2003/2027, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, fto. jco. tercero.

29 Cfr. STS Sentencia núm. 1059/2007 de 20 diciembre. RJ 2008\647, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección Primera, fto. jco. sexto

30 Cfr. STS Sentencia núm. 19/2004, de 1 de octubre, RJ 2004/7000, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección Primera, fto. jco. segundo

deambulatoria, pues en la medida en que la víctima se ve forzada a dedicarse a algo que no desea, también lo está, aun instantánea o transitoriamente, a no abandonar el lugar donde dicha actividad se realiza. En consecuencia, la necesidad de respetar la prohibición del "bis in idem" así como la aplicación del principio de especialidad, nos llevan a estimar que el delito de determinación coactiva al mantenimiento en la prostitución consume las manifestaciones menores de restricción deambulatoria ínsitas en el comportamiento sancionado en el tipo. De otro modo la comisión de la conducta tipificada en el art. 188 determinaría necesariamente la condena adicional, prácticamente en todo caso, por el delito de detención ilegal”.

El fundamento jurídico tercero de la citada sentencia excluye por completo la posibilidad de que llegue a apreciarse el delito sexual conforme al principio de consunción en los supuestos de detención ilegal o secuestro en relación a la prostitución coactiva, estableciendo lo siguiente (se añade el subrayado):

“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 ínsita a la coacción psíquica ejercitada para el mantenimiento en la actividad de prostitución. En suma, como señala la Sentencia de 17 de septiembre de 2001, núm. 1588/2001 ( RJ 2001, 9014), mediante la determinación coactiva se doblega simplemente la voluntad de la víctima para obligarla mediante "vis compulsiva" a la realización de ciertos actos contra su libre albedrío, sin que ello suponga una privación total de movimientos; mediante la comisión de un delito de detención ilegal no se doblega, sino que se impone o se obliga imperativamente, sin posibilidad alguna de defensa, la voluntad de la víctima, la cual queda impedida de libertad ambulatoria, porque se la detiene o se la encierra con privación total de movimientos».

Vemos de este modo, la necesidad de imponer acumuladamente las penas correspondientes a los delitos cometidos del art. 188bis CP, así como de la detención ilegal, en este caso cualificada, por tener una duración superior a 15 días. No se produce la consunción por parte de la prostitución coactiva, por lo que estamos ante un concurso real de delitos. La detención ilegal no resulta inherente al hecho de la prostitución coactiva, “se va más allá de la mera detención ínsita a la coacción psíquica ejercitada para el mantenimiento en la actividad de prostitución”.

## **E. Conclusiones. Grado de participación en los hechos**

Vistas las conductas delictivas que se podrían, a mi juicio, apreciar en cuanto a los hechos relacionados con el ejercicio de la prostitución de las ocho mujeres rumanas, y vistos los concursos que van a apreciarse entre los delitos establecidos entiendo que es preciso concretar el tipo de participación de cada una de las personas acerca de las cuales versa la cuestión, en los hechos

relatados.

a) En relación a la que vamos a considerar como la acusada nº 1, Romelia, su participación en los hechos relacionados con la prostitución será constitutiva de los siguientes delitos:

- Es preciso, con carácter previo, excluir la responsabilidad por el delito de pertenencia a una organización criminal, visto que su actuación se limita únicamente a realizar la oferta de trabajo a las mujeres en Rumanía, únicamente constando la relación con Tatiana, familiar, de entre todos los miembros de la organización. No consta la relación con la organización en ningún momento, ni sabemos si conoce o no los hechos que se relatan. La Jurisprudencia del TS ha considerado que no se puede ser cómplice en un delito de pertenencia a una organización criminal, que solamente cabe la autoría en este delito, cuyo tipo consiste en pertenecer a la organización criminal y a la estructura jerárquica, realizar las funciones propias de la misma. No se aprecia ello si colabora en los actos relacionados con la entidad, sino que pertenezca a la misma. Por tanto, entiendo que resulta lo propio excluir la responsabilidad de Romelia por el delito de pertenencia a una organización criminal, si bien se le impondrán las penas correspondientes a los delitos efectivamente cometidos siguientes.
- Cooperadora necesaria de siete delitos de trata de seres humanos del art. 177bis del CP, con fines de explotación sexual. Contribuye al delito mediante el establecimiento de la comunicación con las mujeres rumanas, y la concertación de los viajes, en los que Tatiana las recogería al llegar a España.
- Cooperadora necesaria de ocho delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, conforme al 318bis del CP, -teniendo en cuenta que siete de ellos entran en concurso con el 177bis, salvo en el caso de María-.

b) Acusada nº2, Tatiana, se le atribuye la comisión de los siguientes delitos, en concepto de autor:

- Delito de pertenencia a una organización criminal, tipificado en el art. 570bis CP por la pertenencia activa en la misma y conforme a la estructura de jerarquía establecida y su subordinación a los jefes de la misma, Alberto y Santiago.
- Siete delitos de trata de seres humanos del art. 177bis CP, realiza el acto conjuntamente con el resto de los miembros de la organización criminal.
- Ocho delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, del art. 318bis CP, en relación a María, así como al resto de mujeres en concurso real con el 177bis en los términos expuestos anteriormente.
- Ocho delitos continuados de prostitución coactiva, siete de ellos correspondientes al art. 188.4.c), y uno de ellos correspondiente al subtipo agravado del art. 188.2 CP, relativo a la comisión del delito siendo la víctima menor de edad.
- Ocho delitos de detención ilegal agravada por durar más de quince días, del art. 163.3 CP.

c) Acusado nº 3, Pietro, se le atribuye la comisión de los siguientes delitos:

- Autor de un delito de pertenencia a una organización criminal, tipificado en el art. 570bis CP por la pertenencia activa en la misma y conforme a la estructura de jerarquía establecida y su subordinación a los jefes de la misma, Alberto y Santiago, así como a la dirección de Tatiana

dentro del local “Plenilunio”.

- Autor de ocho delitos de detención ilegal agravada por durar más de quince días, del art. 163,3 CP.
- Cómplice de siete delitos continuados de prostitución coactiva agravada por puesta en peligro de la salud de las víctimas, y de un delito de prostitución coactiva del art. 188.2 CP, agravado por tratarse de víctima menor de edad.

d) Acusada nº 4, Zulaika, se le atribuye la comisión de los siguientes delitos:

- Autor de un delito de pertenencia a una organización criminal, tipificado en el art. 570bis CP por la pertenencia activa en la misma y conforme a la estructura de jerarquía establecida y su subordinación a los jefes de la misma, Alberto y Santiago, así como a la dirección de Tatiana dentro del local “Plenilunio”.
- Cómplice de ocho delitos de detención ilegal agravada por durar más de quince días, del art. 163,3 CP.
- Cómplice de siete delitos continuados de prostitución coactiva agravada por puesta en peligro de la salud de las víctimas, y de un delito de prostitución coactiva del art. 188.2 CP, agravado por tratarse de víctima menor de edad.

e) Acusado nº 5, Alberto, se le atribuye la comisión de los siguientes delitos:

- Autor de un delito de pertenencia a una organización criminal, del art. 570bis CP, en concepto de organizador o jefe de la misma, siendo tanto él como Santiago los Jefes de la Organización, quienes dirigen la empresa que se dedica la comisión de las actividades delictivas establecidas.
- Inductor de siete delitos de trata de seres humanos del art. 177bis CP, tratándose de una autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, lo cual se explicará al final de esta cuestión.
- Inductor de ocho delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, del art. 318bis CP, en los términos expuestos en apartados anteriores.
- Inductor de ocho delitos continuados de prostitución coactiva, siete de ellos correspondientes al art. 188.4.c) CP, y uno de ellos correspondiente al subtipo agravado del 188.2, relativo a la comisión del delito siendo la víctima menor de edad.
- Inductor de ocho delitos de detención ilegal agravada por durar más de quince días, del art. 163,3 CP.

f) Acusado nº 6, Santiago, se le atribuye la comisión de los siguientes delitos:

- Autor de un delito de pertenencia a una organización criminal, del art. 570bis CP, en concepto de organizador o jefe de la misma, siendo tanto él como Santiago los Jefes de la Organización, quienes dirigen la empresa que se dedica la comisión de las actividades delictivas establecidas.
- Inductor de siete delitos de trata de seres humanos del art. 177bis del CP, tratándose de una autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, lo cual se explicará al final de esta cuestión.

- Inductor de ocho delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, del art. 318bis CP, en los términos expuestos en apartados anteriores
- Inductor de ocho delitos continuados de prostitución coactiva, siete de ellos correspondientes al art. 188.4.c) CP, y uno de ellos correspondiente al subtipo agravado del 188.2, relativo a la comisión del delito siendo la víctima menor de edad.
- Inductor de ocho delitos de detención ilegal agravada por durar más de quince días, del art. 163,3 CP.

Es preciso, en relación a lo expuesto, aclarar una serie de cuestiones acerca de la responsabilidad, en torno a la complicidad y a la inducción. En primer lugar, el CP considera cómplices a *“los que, no hallándose comprendidos en el art. anterior (28), cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”*, como sucede con Pietro y Zulaika en relación a los delitos de prostitución coactiva, su actuación es secundaria y no imprescindible para la comisión de esos delitos.

En segundo lugar, y en relación a la figura del inductor, el art. 28 del CP considera la inducción como una forma de participación, y configura como inductores a *“los que inducen directamente a otro y otros a ejecutar el delito”*. Considera como autor la figura del inductor, y se requiere para ello que la inducción sea directa, efectiva, anterior al hecho delictivo, y, por último, tiene el inductor que tener la voluntad de inducir y de que el hecho se llegue a cometer por el sujeto. En este caso, se considera como inductores a Alberto y a Santiago, quienes dirigen la organización criminal y que, no realizan materialmente ninguno de estos ilícitos penales – sí otros de ellos-, pero sin embargo su actuación no debe quedar impune, puesto que son quienes dirigen la Sociedad y las actividades realizadas en el seno de la misma.

### III. Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Tatiana, Pietro y Zulaika por su relación con las sustancias encontradas en el armario de Plenilunio.

En base a los hechos relatados, los agentes actuantes en el registro del local “Plenilunio”, encuentran un armarito bajo llave en el que e incautan diversas sustancias que serán analizadas. Determinado el tipo de sustancia, procede el análisis del régimen jurídico aplicable, así como el grado de participación de cada uno de los sujetos.

#### A. Delitos contra la salud pública

a) En primer lugar, se encuentran en ese armario 17 frasquitos etiquetados como “*Orgasmus*” y “*Liquid Gold*”. Tras su análisis, se descubre que se trata de *nitrito de amilo*, conocido comúnmente como *popper*; afirmando Pietro que lo adquiere vía Internet en una tienda *on line* polaca, para su posterior venta a los clientes.

Para comenzar la exposición, debemos visualizar primeramente el tratamiento jurídico que recibe el *nitrito de amilo* o “*popper*” como tal sustancia, y si se considera droga o no conforme a la legislación vigente.

Una vez revisadas las listas de Convenios Internacionales sobre Drogas Tóxicas, Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes suscritos por España<sup>31</sup>, puede comprobarse como el “*popper*” no se encuentra en ninguna de ellas, por lo que “*la misma no puede ser encuadrada en el art. 368 del CP 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<sup>32</sup>)*”. El nitrito de amilo, comúnmente conocido como “*popper*”, no se incluye en ninguna de las listas, pues se trata de un fármaco, que ha sido utilizado tiempo atrás, para combatir “*anginas de pecho o tratamiento contra intoxicaciones por cianuro*” (Auto TS 792/2010). Además, el TS considera que “*la comercialización en España de estimulantes como los "poppers" está prohibida debido, al parecer, a los riesgos que conlleva para la salud pública, y, de otro, en el caso concreto se destinaba a la venta para su uso en relaciones sexuales a causa de sus propiedades estimulantes y vasodilatadores, facilitando el mantenimiento de la erección y la relajación de esfínteres*”.

---

31 Consultados en la Página Web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Gobierno, los convenios vigentes ratificados por España en la actualidad se enuncian a continuación, no incluyéndose en ninguno de ellos referencia al “*popper*” o nitrito de amilo.

- Convención Única de 1965, Sobre Estupefacientes.
- Lista amarilla: lista de estupefacientes sometidos a fiscalización internacional.
- Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971.
- Lista verde: lista de sustancias psicotrópicas sometidas a fiscalización internacional.
- Convención de 1988 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.
- Lista roja: lista de precursores y sustancias químicas utilizadas frecuentemente en la fabricación ilícita de drogas.

32 Cfr. Auto núm. 792/2010 de 24 noviembre. JUR 2011\231602, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 7ª.

El mismo auto establece que en el caso al que se refiere “no queda acreditado que en los imputados se aprecie la existencia de algunas de las conductas penalizadas en dicho art., si no únicamente que hayan consumido dicha sustancia”, así como que “no queda acreditado que el Popper, que en el fondo es un fármaco como otros de iguales características y efectos, tenga capacidad de generar dependencia o tolerancia de naturaleza permanente, ... y todo ello con independencia de que (sic) como ocurre con muchos fármacos su uso de forma no correcta en cuanto a sus dosis y periodos de consumo pueden producir trastornos en la salud de las personas que los consumen”.

En el supuesto que ante nosotros se plantea, sí queda acreditada la existencia de alguna de las conductas que especifica el art. 359 CP, referido a “quien despache o suministre (...) o comercie con (...) sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos”. Nos consta que Pietro suministraba los frascos que contenían el popper o nitrito de amilo, declarando que los adquiría por Internet en una tienda *on line* polaca, y que los vendía posteriormente a los clientes que así lo solicitasen, es decir, la conducta consistía en vender este producto en el local abierto al público, cualquier persona podría adquirirlo si así lo desease.

El Tribunal Supremo, en Auto. N° 2258/2009<sup>33</sup>, establece que los “poppers”, son sustancias no sometidas a fiscalización, puesto que no son sustancias no incluidas en los listados, como ya se ha mencionado anteriormente, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y por ello las actividades de tráfico con ellas relacionadas no pueden encajarse en el art. 368 CP por “ausencia del objeto matreal 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”. Es por ello y por virtud de la argumentación llevada a cabo, por lo que deberá ser considerada la perpetración de un delito del art. 359 del CP.

b) En segundo lugar, se descubre una bolsa de plástico que contiene pastillas que suman un total de 7 gramos de una sustancia que resulta ser *hidrocloruro de ketamina*. Pietro afirma que proceden de un cliente que no tenía dinero y que las entrega para sufragar la deuda contraída. Además, afirma que han sido entregadas en varias ocasiones a las chicas cuando ellas lo pedían y, que en una única ocasión fueron vendidas a un cliente.

De forma contraria a lo que sucede en el supuesto anterior, la sustancia hallada por los agentes se identifica como hidrocloruro de ketamina, y debemos proceder a comprobar si realmente se incluye o no en los listados sobre drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes. Si bien esta sustancia no estaba sometida a fiscalización en España, en el año 2010 se procede a su inclusión en las Listas correspondiente, mediante Orden Publicada en el BOE<sup>34</sup>. En su art. primero se dispone la necesidad de “incluir la sustancia Ketamina en la lista IV del anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, así como sus variantes estereoquímicas, racematos y sales, siempre que su

---

33 Cfr. Auto de 13-7-2009, n° 2258/2009, del Tribunal Supremo.

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

*existencia sea posible, siéndoles de aplicación las medidas de control y sanciones penales previstas para las sustancias que integran dicha lista de control”.*

En virtud de ello, y teniendo en cuenta lo expuesto para el caso anterior en el que se trataba de una sustancia no incluida en las listas, por lo que no podría aplicarse el art. 368 CP, en este supuesto sí resultará de aplicación, dado que el mismo tipifica la conducta de quienes “*ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines*”. Tenemos que aclarar, que además de la tenencia, entendemos que preordenada al tráfico, puesto que la mera tenencia en el local sin ninguna finalidad no tendría sentido, existen actos de favorecimiento del consumo, ya que se entrega pastillas a las mujeres en diversas ocasiones cuando así lo solicitaban, y además Pietro reconoce haberlas vendido en una ocasión.

En cuanto al número de veces que ha de llevarse a cabo la venta para que se considere tráfico, el Tribunal Supremo ha considerado en reiteradas ocasiones que basta con una única venta para que se entienda que existe tráfico de cualquiera de estas sustancias. Establece en la STC 1216/1999<sup>35</sup> que “*la venta de una sola pastilla de éxtasis constituye una acción típicamente prevista en el art. 368 del CP*”. El hecho de que aclare que solamente en una ocasión llegó a vender alguna de esas pastillas, no exime del delito de tráfico, además de que se realizan por Pietro actos de favorecimiento del consumo.

Podría incurrirse además en el supuesto del subtipo agravado contenido en el art. 369.3º CP, relativo a la venta en “*establecimientos o locales abiertos al público por sus responsables o empleados*”. En primer lugar hay que determinar lo que la doctrina jurisprudencial considera como establecimiento abierto al público, y para ello la STS 589/2010<sup>36</sup> de 24 de junio establece a tal efecto:

*“Será toda dependencia en la que se desarrolla una actividad empresarial, mercantil, financiera o de cualquier orden, actuando de cara al público, entendiéndose que la apertura del establecimiento o local supone que sus titulares conceden una amplia habilitación a todos los interesados a acceder libremente para realizar las gestiones y actividades relacionadas con la dedicación. Por ello la realización de los hechos ha de tener lugar en establecimientos abiertos al público, esto en, en aquellos en que indiscriminadamente pueda entrar cualquier persona, en contraprestación con los clubs o establecimientos privados en que sólo se permite el acceso a sus socios o a sujetos pertenecientes a determinados estamentos”.*

Según la línea jurisprudencial, entendemos que se trata de un establecimiento abierto al público, dado que:

- Desarrolla una actividad, en este caso, “gestión de locales de ocio”, en virtud el objeto social

---

35 Cfr. Sentencia núm. 1216/1999 de 20 julio. RJ 1999\6514, Tribunal Supremo. Fto Jco Cuarto.

36 Cfr. Sentencia num. 589/2010 de 24 junio RJ\2010\7166, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª. Fto Jco Quinto

que consta en los estatutos, aunque no sea tal la actividad real desarrollada.

- Actúan de cara al público, se trata de un local al que puede acceder cualquier persona, o no consta lo contrario en el supuesto práctico, tratándose por tanto de un local público y no privado.
- Los hechos delictivos se llevan a cabo en ese local en el momento en que se encuentra abierto al público, en horario de apertura.

En relación con la citada STS, en ella se reitera el cuerpo de doctrina que sintetizan otras SSTS, como, y cito literalmente (extraída la cita de la propia sentencia), la 329/2003 y la 987/2004, que establecen los siguientes términos:

1. La aplicación del subtipo agravado ha de fundamentarse en los elementos materiales que constituyen la *ratio legis* de la agravación, se requiere un análisis de la concurrencia de los mismos.
2. El fundamento material es la *“intensificación del peligro para el bien jurídico protegido que representan los supuestos en que parapetados en la apariencia de la normal explotación de un establecimiento, y merced a las oportunidades que ello reporta, existen montajes de ilegítimo tráfico de sustancias estupefacientes y en el mayor reproche que, en el plano de la culpabilidad, deriva del desvío dedicacional de unos locales cuya permisión de apertura se ceñía a fines de utilidad o esparcimiento público, y el fraudulento, astuto e ilícito aprovechamiento de facilidades propiciadas por ese aparente marco de legalidad, estribando la ratio agravatoria en las facilidades que ofrece el establecimiento público a los culpables para la consecución de sus delictivos propósitos, donde parapetados en la apariencia de una normal explotación del negocio, se favorecen los intercambios de sustancias tóxicas, dada la posibilidad indiscriminada de acceso o entrada al mismo de cualquier persona”*.
3. Entiende que se produce una facilidad para ocultar el tráfico de estupefacientes, entre las actividades normales del local de que se trate, y en vista de
4. La regular entrada y salida de clientes, que demandan los servicios del local, no se sabe si en realidad adquieren o no la droga.
5. Tiene que cumplirse la condición de que en los hechos probados conste que el autor se aprovecha de las facilidades que le supone el hecho de la realización de las actividades propias del establecimiento para ejecutar la venta o tráfico con tal tipo de sustancias.

Todas estas circunstancias concurren en el supuesto que se nos plantea, dado que como vemos, estamos en un local, Plenilunio, abierto al público, del que entran y salen continuamente clientes. La actividad que se realiza realmente es la propia de un club de alterne, al margen de la ilicitud que supone y constando en los estatutos sociales que la actividad es la “gestión de locales de ocio”, que será comentada más adelante. Consta la venta de las pastillas en una única ocasión, lo cual ya se ha podido comprobar que es considerado tráfico de dichas sustancias, a pesar de que solo se lleve a cabo en una ocasión, pero, sin embargo, consta también que la droga se proporciona a las mujeres que trabajaban en ese local cuando así lo solicitaban. Por ello realmente estamos ante un supuesto en que, como bien se establece en la línea jurisprudencial, Pietro, el camarero del local, aprovecha la situación de la realización de las actividades comunes del local para la venta de las pastillas, y además de esta venta las distribuye entre determinadas personas del local, lo que

constituye un acto de favorecimiento del consumo.

También establece la misma línea jurisprudencial expuesta que no se debe aplicar el subtipo agravado cuando se trate de un hecho aislado, una única venta, pero sin embargo, existen también actos de favorecimiento del consumo, es decir, nos consta que la venta se ha realizado en una sola ocasión, pero no sabemos si es cierto, o si realmente se llega a vender en más ocasiones, además de que las pastillas son distribuidas como ya se ha mencionado, entre las mujeres que allí trabajaban, por lo que se cumple el supuesto de hecho contemplado en el art. 368 CP, y no se trata de un único hecho aislado.

En virtud de lo expuesto, entiendo que debe aplicarse el subtipo agravado del delito contra la salud pública del art. 369.1.3º CP. En cuanto al subtipo agravado de pertenencia a una organización criminal, en relación con lo establecido para los subtipos agravados de prostitución coactiva y trata de seres humanos, a ello me remito en cuanto a lo que se refiere al concurso existente de este delito contra la salud pública y el delito de pertenencia a una organización criminal. Por ello, no se va a tener en cuenta el subtipo agravado del art. 369bis CP, ya que el hecho de la pertenencia a la organización criminal ya va a ser castigado en virtud del art. 570bis CP.

## **B. Conclusiones. Grado de participación en los hechos**

Al igual que en la primera cuestión, relativa a la responsabilidad por los hechos narrados relacionados con la prostitución, en este apartado relativo a las sustancias encontradas en Plenilunio, vamos a proceder al análisis de la participación de los imputados en la causa, y a determinar por tanto la responsabilidad que corresponde a cada uno de ellos. Lo relevante en estos delitos es que en el ámbito de los delitos contra la salud pública, relativos a las drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes, el concepto de autor es de una gran extensión, configurándose el delito como “*de peligro abstracto*”. Se entiende por tanto que cualquier comportamiento que favorezca este tipo de prácticas va a considerarse como autoría (Cfr. SSTs 27/11/10; 22/10/10; 16/12/10<sup>37</sup>).

Partimos de este modo de la base de que tanto Tatiana como Zulaika conocían la actividad llevada a cabo por Pietro en torno a la venta y distribución de la droga, tanto entre los clientes en alguna ocasión, como de forma corriente a las mujeres que trabajaban en el local. Además, las cantidades que diariamente se recaudaban en el local, suponemos que también aquellas que proceden de la venta de droga, así como de sustancias que causan grave daño a la salud (el denominado “*liquid gold*”) eran custodiadas por Zulaika, la recepcionista, que las entregaba cada noche a Tatiana.

Por tanto, procedemos a la imputación de los siguientes delitos.

a) Acusada nº2, Tatiana, se le atribuye la comisión de los siguientes delitos:

---

37 LUZÓN CUESTA, J.M. “*Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial*”, Ed. Dykinson, Madrid, 2011. Tema 42. Delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (pág. 433)

- Autora de un delito contra la salud pública, del art. 368 del CP, relativo a la venta de las pastillas de hidrocloreuro de ketamina en el local, y por la recaudación del dinero procedente de tal venta, que, a pesar de que solamente se lleva a cabo en una ocasión, supone una participación en la actividad delictiva. Además, la tolerancia del acto de venta dentro del local, así como de la difusión de tales pastillas entre las mujeres que trabajan en el mismo establecimiento, supone una forma de participación en el favorecimiento del consumo, que deberá ser reputado como autoría, dado que la doctrina entiende en todo caso que para que pudiera considerarse la complicidad en este tipo de delitos, la actuación debería ser mínima.
- Cómplice en el delito contra la salud pública del 359 del CP, dado que se favorece la venta de estas sustancias en el local, y se recibe, como en el anterior caso, el dinero que proviene de esa actividad delictiva. No se considera autoría como en el caso anterior, porque no hablamos de delitos relativos a las drogas, sino a “sustancias que causan grave daño a la salud”, para las cuales el concepto de autoría no resulta tan extenso. Ello es de este modo por no tratarse de sustancias sometidas a fiscalización en España.

b) Acusado nº3, Pietro, se le atribuye la comisión de los siguientes delitos:

- Autor de dos delitos contra la salud pública del art. 368 del CP, por las conductas de: en primer lugar, venta de pastillas de hidrocloreuro de ketamina, supuestamente en una única ocasión, conducta tipificada igualmente como tráfico de drogas, en segundo lugar, favorecimiento del consumo en el local, mediante la distribución de tales pastillas entre los trabajadores del mismo.
- Autor de un delito contra la salud pública del 359 del CP, por despachar o suministrar sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, por la compra y venta de la sustancia conocida como *popper*, entendiéndose la conducta preordenada al tráfico. Se trata de una compra de droga en una página web para su posterior venta a los clientes en el local.

c) Acusada nº 4, Zulaika, se le atribuye la comisión de los siguientes delitos:

- Autora de un delito contra la salud pública, del art. 368 del CP, relativo a la venta de las pastillas de hidrocloreuro de ketamina en el local, y por la recaudación del dinero procedente de tal venta, que, a pesar de que solamente se lleva a cabo en una ocasión, supone una participación en la actividad delictiva. Además, el conocimiento del acto de venta dentro del local, así como de la difusión de tales pastillas entre las mujeres que trabajan en el local, supone una forma de participación en el favorecimiento del consumo, que deberá ser reputado como autoría.
- Cómplice en el delito contra la salud pública del 359 del CP, dado que se favorece la venta de estas sustancias en el local, y se recibe, como en el anterior caso, el dinero que proviene de esa actividad delictiva. Sucede lo mismo que en la imputación de Tatiana.

#### **IV. Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Tatiana, Alberto, Santiago y Xaime por la gestión de las ganancias provenientes de Plenilunio.**

##### **A. Blanqueo de capitales y receptación.**

En relación a la responsabilidad penal por la gestión de las ganancias que provienen de Plenilunio, en primer lugar ha de ser tomado en consideración que existe una falsa facturación de dichas ganancias, que eran custodiadas por Tatiana y que entregaba mensualmente a Alberto y Santiago, recibiendo como contraprestación un 10% de los beneficios. Lo que sucede es que se vienen obteniendo a lo largo de los años en este local una serie de bienes, o mejor dicho cantidades de dinero, que, como veremos en el siguiente apartado, provienen de una actividad ilícita, como lo es el ejercicio de la prostitución por una serie de mujeres que han sido captadas y traídas desde otros países para ello, en los términos ya reiterados a lo largo de toda la exposición. Además será preciso tener en cuenta que no se satisfacen los Impuestos correspondientes a esos beneficios obtenidos, lo que supone un delito de defraudación tributaria, como podremos comprobar en el apartado siguiente, y siendo esas cantidades procedentes del impago del Impuesto transmitidas a una cuenta en Gibraltar, lo cual supone parte del encubrimiento de la procedencia de esos activos.

Si bien estamos ante una obtención de beneficios a través de una red organizada en la que se cometen una serie de ilícitos penales, estas cantidades de dinero van a ser facturadas en concepto de comidas en otro local, la “Luna del Principito”, restaurante creado precisamente para el encubrimiento de esta otra actividad ilícita. Además, también se procede a la ocultación de los bienes defraudados a la Hacienda Pública, y que provienen de la misma actividad delictiva, en una cuenta en Gibraltar. Este es el supuesto de hecho, que encaja con uno de los tipos penales existentes, como es el blanqueo de capitales, y que procedemos a exponer a continuación. Este delito se encuentra tipificado en nuestro CP, Capítulo XIV “*De la receptación y el blanqueo de capitales*” (arts. 298 a 310bis CP), así como en la Ley 10//2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

La citada Ley en su art. 1.2 y el CP en el art. 301 castigan una serie de conductas<sup>38</sup>, no una única. Lo que se castiga realmente en este caso es la introducción en el sistema económico de las ganancias que provienen del delito<sup>39</sup>, el hecho de transformar en lícitas unas ganancias que no lo

---

38 Estos artículos tipifican las siguientes conductas:

- Conversión o transferencia de bienes, a sabiendas de que los mismos proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva, con el fin de ocultar el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.
- Ocultación o encubrimiento de la naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o propiedad real de bienes o derechos sobre bienes, a sabiendas de que los mismos proceden de una actividad delictiva o de la participación en la misma.
- La adquisición, posesión o empleo de bienes a sabiendas en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o la participación en la misma.
- La participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras anteriores, la asociación para cometer ese tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución.

39 LUZÓN CUESTA, J.M. “*Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial*”, Ed. Dykinson, Madrid, 2011. Tema 38, Delitos societarios: clases. La receptación y el blanqueo de capitales (pág. 343)

son, en este caso, conversión de las ganancias que provienen de la actividad delictiva que se lleva a cabo en Plenilunio en “ganancias lícitas” obtenidas en el restaurante “Luna del Principito”, así como la ocultación de parte de los bienes en una cuenta en el extranjero. El origen de estos activos es una actividad delictiva de carácter grave, que afecta a derechos personales como lo son la libertad ambulatoria o la libertad sexual de las víctimas.

Además, el art. 1.2 establece que “*existirá blanqueo de capitales aun cuando las conductas descritas en las letras precedentes sean realizadas por la persona o personas que cometieron la actividad delictiva que haya generado los bienes*”, ello para resolver la discusión doctrinal existente entre si podría aplicarse o no un delito de blanqueo o no a quien ha cometido el hecho delictivo del que proviene el capital, por entenderse ello como una forma de autoencubrimiento, resultando impune tal conducta.

Lo que sucede en estos casos, y como establece el Tribunal Supremo<sup>40</sup> ( SSTS STS núm. 755/1997, de 23 de mayo (RJ 1997/4292), y de forma reiterada en las sentencias ya clásicas núm. 356/1998, de 15 de abril (RJ 1998, 3805), núm.774/2001, de 9 de mayo (RJ 2001, 9949), y núm.2410/2001, de 18 de diciembre (RJ 2002, 275<sup>41</sup>) , es una prueba indiciaria, es decir, basada en una serie de circunstancias que nos van a llevar a suponer que realmente se ha llevado a cabo esta conducta de encubrimiento de capitales obtenidos de una actividad ilícita. Todas estas Sentencias reiteran que para que se considere probada la conducta de blanqueo de capitales, la prueba se ha de sustentar sobre una serie de indicios, que vienen al caso, y que pueden ser tales como incrementos patrimoniales injustificados o la vinculación con actividades delictivas.

Además atiende también a una serie de criterios:

- La importancia de la cantidad del dinero blanqueado.
- La vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas.
- Lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto.
- La naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico.
- La inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones.
- La debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales
- La existencia de sociedades "pantalla" o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas.

Todo ello coincide con el supuesto que nos ocupa, dado que:

- Se incautan una serie de cantidades de dinero, que son desviadas a una cuenta en Gibraltar, y otras que son facturadas falsamente como parte de la actividad llevada a cabo en otro de los locales gestionados por los socios de la empresa Na&Ma, por lo tanto tenemos el

---

40 Cfr. Sentencia núm. 350/2014 de 29 abril. RJ 2014/4206, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Fto. Jco. Quinto

41 Citadas en la propia STS (Vid. RJ 2014/4206)

- incremento patrimonial, en primer lugar.
- Efectiva comisión de delitos de prostitución coactiva, que suponen unas ganancias para el local, que se quedan los socios de forma íntegra, puesto que queda probado que solamente pagaban a las chicas los segundos servicios que llevaban a cabo cada una de las noches, no constando, al menos en el caso de María, que lo hiciera más que en una ocasión, en la que tampoco se produjo ninguna remuneración económica, en base a “que debía saldar la deuda contraída por el transporte a España”.
  - Ninguna de estas cantidades es declarada, y de haberlas declarado las cantidades del Impuesto sobre Sociedades ascendería a más de 150 000 euros anuales, entre 2009 y 2013, por lo que ello constituye un indicio de que esta sociedad factura grandes cantidades de dinero anualmente, ya que de lo contrario, la cuantía del Impuesto de Sociedades sería menor.
  - Consta que todas las cantidades de dinero que se recaudan en “Plenilunio” cada mes, eran trasladadas por Tatiana en metálico y eran entregadas en mano a los socios, obteniendo ésta una recompensa del 10% por ello.
  - Estos ingresos no se justifican, se encuentran en una cuenta en Gibraltar, como ya se ha explicado, y no existe una justificación lícita, a no ser que se llegase a probar que la procedencia de los mismos es el Restaurante “Luna del Principito”, que no se llega a probar según los datos que se nos proporcionan.
  - Este restaurante constituiría la “Sociedad Pantalla”, es decir, una forma de encubrir esa obtención de beneficios que provienen de actividad ilícita, mediante un negocio lícito, como es el del sector de la restauración.

En la misma Sentencia del Tribunal Supremo se hace referencia a lo que señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo<sup>42</sup>, y es que “*cuando existen indicios suficientemente relevantes por si mismos de la comisión de un determinado delito, y el acusado no proporciona explicación lógica alguna de su conducta, el Tribunal puede deducir racionalmente que esta explicación alternativa no existe y dictar sentencia condenatoria fundada en dichos indicios*”. En este caso, existen indicios de que esas ganancias no provienen exclusivamente del restaurante, y que, por tanto, encubren toda la organización creada en torno a “Plenilunio”, y todas las ganancias obtenidas del negocio de la prostitución que allí se lleva a cabo y que, si los acusados no fueren capaces de probar que esas cantidades no proceden del local de restauración, el Tribunal puede deducir de acuerdo con la prueba indiciaria, que esa explicación no existe.

En resumen, a falta de explicación lógica y coherente sobre la procedencia de los fondos, los indicios constituirán prueba suficiente a ojos del tribunal para acreditar la veracidad de los hechos, y no siendo necesario que exista sentencia condenatoria sobre la actividad delictiva previa para poder enjuiciar el blanqueo de capitales.

En cuanto al subtipo agravado de pertenencia a una organización criminal, contenido en el 302CP, reitero lo reflejado en todos los supuestos anteriores en relación a la prohibición de *bis in idem*, dado que ya se ha hecho constar al comienzo de la exposición la comisión de un delito de pertenencia a una organización criminal en los términos del art. 570bis CP, introducido mediante la

---

<sup>42</sup> Véase. Caso Murray contra el Reino Unido, (STEDH de 6 de febrero de 2006) y Telfner contra Austria (STEDG de 20 de marzo de 2001)

reforma por la LO 5/2010, del CP.

Por cuanto se refiere a la participación en los hechos descritos, tenemos dos conductas diferenciadas, y por ello voy a remitirme al apartado tercero de esta cuestión, en la que se reflejará la distinta actividad llevada a cabo por Tatiana, Alberto, Santiago y Xaime y la distinta forma de actuación que llevan a cabo ya que, como se ha mencionado, el blanqueo de capitales no se subsume en una única conducta de ocultación o encubrimiento de bienes, sino que, como veremos, hay varias formas de llevarlo a cabo, incluyendo también a “*quien ayude a quien ha cometido el ilícito penal a eludir las consecuencias legales de sus actos*”.

Por último, y de acuerdo con el Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006 (Véase. LUZÓN CUESTA, J.M. “*Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial*”, Ed. Dykinson, Madrid, 2011. Tema 38, “*Delitos contra la Hacienda Pública*”) se establece que “*el art. 301 del CP no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente*”. Se establece de este modo una regla concursal, y es que las penas se van a aplicar sin perjuicio de los delitos que se hayan cometido efectivamente y que hayan dado lugar a esa obtención de beneficios.

En relación a la segunda de las conductas, la receptación, el art. 298 CP establece que se castiga a quien “*con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera y oculte tales efectos*”. En relación a ello, tenemos la conducta de Tatiana, que no va a participar en modo alguno en el delito de Defraudación a la Hacienda Pública, y que, sin embargo, ayuda a los responsables de tal delito a aprovecharse de los efectos del mismo, ya que es ella la persona que transmite los bienes procedentes de Plenilunio, y que posteriormente, una parte de los mismos son defraudados a la Hacienda por el impago del Impuesto de Sociedades.

Toda esta actividad la lleva a cabo a cambio de una compensación económica que recibe por parte de los socios de Na&Ma, consistente en el 10% de los beneficios que mensualmente les entrega.

## **B. Defraudación tributaria**

La sociedad Na&Ma, constituida por dos socios, Santiago y Alberto, ha obtenido una serie de ganancias entre 2009 y 2013. Una parte del mismo, y como se ha comprobado en el apartado anterior conforme a las pruebas pertinentes, se facturaba falsamente a través del restaurante “Luna del Principito”, mientras que el resto era ingresado cada mes en una cuenta gibraltareña, por recomendación del abogado de la sociedad.

Asimismo, y a lo largo de esos años, no llegó a pagarse el Impuesto sobre sociedades, que asciende a las cantidades citadas en el caso, entre 100 000 y 150 000 euros anuales. Esta conducta encaja con el supuesto de hecho del art. 305 CP, que establece que quien “*por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, foral o local, eludiendo el pago de tributos ... siempre que la cuantía de la cuota defraudada ... exceda de 120 000 euros, será castigado con la pena*

*de prisión de uno a cinco años y de multa de tanto al séxtuplo de la citada cuantía*". La cuantía acumulada excede con creces la cantidad de 120 000 euros, dado que eso es lo que se viene defraudando anualmente, y conforme al apartado 2 de este mismo art. se establece que *"a efectos de determinar la cuantía defraudada, si se trata de tributos ... periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada periodo impositivo o de declaración, y si son inferiores a 12 meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural"*.

La conducta típica es la defraudación, que se trata de *"un comportamiento que no solo produzca una lesión en el patrimonio de la Hacienda Pública, sino que esté sustentado en el engaño (BAJO, MARTÍNEZ- BUJÁN<sup>43</sup>) o en una conducta de deslealtad tributaria (PÉREZ ROYO)*.

El art. 305CP incluye varias conductas, y la que nos interesa en este momento es la de *"eludir el pago"*, que supone un incumplimiento por parte de los contribuyentes (socios de Na&Ma) que no cumplen con sus obligaciones tributarias, en este caso las del pago del Impuesto de Sociedades, no solo en uno de los ejercicios, sino de forma reiterada entre los ejercicios de 2009 y 2013. La obligación existe, dado que *"son sujetos pasivos del impuesto de sociedades... a) las personas jurídicas, excepto las sociedades civiles"* (art. 7 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades).

Visto que existe tal obligación, por tratarse de una persona jurídica, la Sociedad Na&MA, y que ha eludido su responsabilidad del pago de los tributos correspondientes, se produce el consiguiente perjuicio patrimonial para la Hacienda Pública, que lo es por una cuota superior a 120 000 euros, tal y como explicita el art. 305.2 CP, en todos los ejercicios salvo en el de 2013.

La sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en STS 171/2011<sup>44</sup>, establece que *"el mero hecho del impago no satisface las exigencias del tipo, señalando la necesidad de 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"*, de este modo, no basta con que únicamente no se satisfaga el Impuesto de Sociedades, sino que además y como sucede en este supuesto tales cantidades son por una parte, facturadas por medio del restaurante en concepto de comidas y, por otra parte, ingresadas en una cuenta en Gibraltar con la intención de no sufragar las cantidades debidas a la Hacienda Pública. No se trata de que simplemente oculten estos activos, sino que hay una intención de evadir las obligaciones fiscales mediante la ocultación fraudulenta de los mismos.

### **C. Conclusiones. Grado de participación en los hechos**

A la hora de determinar la participación en los hechos de las personas acerca de las cuales se cuestiona, es preciso tener en cuenta que el delito previo al blanqueo es la actividad realizada en el

43 LUZÓN CUESTA, J.M. *"Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial"*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011. Tema 38, "Delitos contra la Hacienda Pública"

44 Cfr. Sentencia núm. 171/2011 de 17 marzo. RJ 2011\2792, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Sección 1ª), fto. Jco. Quinto.

local Plenilunio, y la comisión por tanto de los ilícitos penales de trata, delitos contra los derechos de los trabajadores y prostitución coactiva, así como las conductas relativas a la defraudación tributaria. Anteriormente se excluía la posibilidad de apreciar la culpabilidad en el delito de blanqueo cuando quien realizaba la conducta era la misma persona que llevaba a cabo los ilícitos de los cuales proviene el capital.

Sin embargo, la doctrina más reciente establece que sí es posible esta doble imputación en los hechos, en relación al citado art. 1.2 de la Ley de Blanqueo de capitales, que así lo ha establecido. Establece el Tribunal Supremo en STS 1080/2010<sup>45</sup>, la exigencia de la actuación dolosa por parte del autor del delito, así lo establece la el Tribunal Supremo: *“obviamente el tipo subjetivo del injusto exige que el autor del blanqueo, además de con esos componentes subjetivos de la finalidad a la que dirige su comportamiento, actúe dolosamente. O, en otro caso, actúe por imprudencia grave”*. Lo que se requiere para que se aprecie el tipo delictivo es que efectivamente se cometa el delito con la finalidad del blanqueo de las cantidades que se han obtenido y que provienen de una actividad ilícita. Se entiende en virtud de la citada STS, que *“cualquier entrega del bien sería siempre, supuesto el elemento subjetivo de la consciencia o la temeridad en la imprudencia, un delito de blanqueo”*.

Resulta complicada la determinación de la responsabilidad de Xaime, dado que su intervención se limita al asesoramiento de los socios para que lleven a cabo las conductas de blanqueo de capitales. Vamos a ver como la Ley de Blanqueo de Capitales va a considerar como sujetos obligados al cumplimiento de las medidas que la misma prevé determinadas personas<sup>46</sup>. Establece una serie de obligaciones de diligencia e información en su labor como abogado de la sociedad, y, el hecho de incumplimiento de tales labores da puede dar lugar a la comisión de una serie de infracciones de la Ley de Blanqueo, en el Capítulo VIII *“Del régimen sancionador”*, y que dará lugar a una serie de sanciones por la vía administrativa, pero que no es lo que nos interesa realmente en el caso planteado. En este sentido, el art. 62.1 de la citada Ley establece que *“las infracciones y sanciones establecidas en la presente Ley se entenderán sin perjuicio de las previstas en otras leyes y de las acciones y omisiones tipificadas como delito y de las penas previstas en el CP y leyes penales especiales”*.

La dificultad que se plantea es el grado de participación en los hechos, dado que sí es Xaime quien aporta la idea de introducir el dinero defraudado en una cuenta en Gibraltar, *“garantizando la opacidad de las cuentas gibraltareñas y las dificultades que esto conllevaría en caso de una eventual investigación policial”*. El delito de blanqueo se cometía igualmente mediante la falsa facturación de las cantidades en concepto de comidas en el Restaurante *“Luna del Principito”*, sin embargo, la

---

45 Cfr. Sentencia núm. 1080/2010 de 20 octubre. RJ 2010\8157, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), fto.Jco. Décimo cuarto.

46 Véase art. 2 LB: Entre las personas obligadas se encuentran *“los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria”*.

idea de desviar los fondos a la citada cuenta proviene de Xaime.

En vista de lo expuesto, procedemos a calificar la responsabilidad penal en los hechos narrados.

a) Acusada nº 2, Tatiana, se le atribuye la comisión de los siguientes delitos:

- Autora de un delito de blanqueo de capitales del art. 301 del CP, dado que realiza una de las conductas contenidas en el precepto citado, que es la transmisión de bienes que tienen origen en una actividad delictiva, la finalidad de esa transmisión es que se oculten los bienes procedentes de la actividad delictiva. En este caso, la conducta de la acusada consiste en la entrega de los beneficios obtenidos a causa de la actividad delictiva, y a cambio de una contraprestación, con el fin de ayudar a los inductores a tales delitos (Alberto y Santiago), a la comisión del delito de blanqueo, y, en referencia a lo expuesto, esta entrega de los bienes supondrá la comisión de un delito de blanqueo.
- Autora de un delito de receptación del art. 298 del CP, por ayudar a los socios de Na&Ma a aprovecharse de los efectos de los delitos cometidos, con ánimo de lucro.

b) Acusado nº 5, Alberto, se le atribuye la comisión de los siguientes delitos:

- Coautor de un delito de blanqueo de capitales del art. 301 del CP, por la conducta de conversión de los activos provinientes de la actividad delictiva, para ocultar o encubrir el origen ilícito de los mismos, a través de su facturación como ganancias del restaurante “Luna del Principito”.
- Coautor de un delito de defraudación, contenido en el art. 305 del CP, por el correspondiente impago del Impuesto de Sociedades, siendo sujeto obligado la Sociedad Na&Ma.

c) Acusado nº6, Santiago, se le atribuye la comisión de los siguientes delitos:

- Coautor de un delito de blanqueo de capitales del art. 301 del CP, por la conducta de conversión de los activos provinientes de la actividad delictiva, para ocultar o encubrir el origen ilícito de los mismos, a través de su facturación como ganancias del restaurante “Luna del Principito”.
- Coautor de un delito de defraudación, contenido en el art. 305 del CP, por el correspondiente impago del Impuesto de Sociedades, siendo sujeto obligado la Sociedad Na&Ma.

d) Acusado nº 7, Xaime, se le atribuye la comisión de los siguientes delitos:

- Cooperador necesario de un delito de blanqueo de capitales del art. 301 del CP, es quien propone la introducción de los activos obtenidos en una cuenta en Gibraltar. A mi juicio, se trata de un acto necesario para la comisión del delito, y se excluye la inducción, puesto que para que ello debería haber un influjo psíquico directo, debería proponerse esta conducta con la finalidad de la realización efectiva de la misma. A mi modo de ver, Xaime les sugiere que lo hagan, no les intenta convencer para que lleven a cabo esta actividad. Por lo tanto, entiendo que coopera con un acto sin el cual no se habría llevado a cabo la conducta de ingreso de las cantidades en la cuenta de Gibraltar, aunque sí se habría llevado a cabo la

facturación falsa de cantidades en concepto de comidas, como ya se ha citado.

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

Es preciso para tratar la posible responsabilidad de la sociedad Na&Ma, y es que la reforma del CP mediante la LO 5/2010, incluye un sistema de imputación de responsabilidad para las personas jurídicas, recogido en el art. 31bis, que establece la responsabilidad penal de las mismas en los supuestos previstos en el CP, y por los delitos cometidos en nombre y por cuenta de las mismas, y en su provecho “*por sus representantes legales y por sus administradores de hecho o de derecho*”. En este caso entendemos que los representantes legales de la sociedad Na&Ma son Alberto y Santiago. Establece el Código que en tales supuestos existe:

- En primer lugar, la responsabilidad penal de la persona física que haya cometido tales ilícitos.
- En segundo lugar, la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos “*en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas*”

De este modo, y de acuerdo con el modelo previsto por la LO 5/2010, “*la responsabilidad de la persona jurídica no sustituye necesariamente a la de la correspondiente persona física, sino que puede acumularse a ésta. Es decir, por la comisión de un delito pueden responder tanto la persona física como la persona jurídica, pero también es posible, conforme a la regulación prevista en el art. 31 bis 2 y 3, que responda únicamente la persona jurídica a pesar de la exención de responsabilidad que pudiera corresponder a la persona física*<sup>47</sup>”.

El apartado segundo del art. 31bis CP, establece un requisito para que se haga penalmente responsable a una persona jurídica, y es que debe constatarse la comisión de un delito por parte de quien ostenta los cargos o funciones de representante legal o administrador de la sociedad, aun cuando la persona física no haya sido individualizada o no se haya podido dirigir procedimiento contra la misma. Resultando probada la comisión de los delitos que se han establecido a lo largo de la exposición (ver grado de participación), se cumple el requisito necesario para la imposición de una pena a la sociedad.

No se trata de este modo de una responsabilidad directa por parte de la persona jurídica, sino que responde por los hechos delictivos realizados en su nombre o por cuenta y provecho de la misma por quienes ostenten poder de dirección dentro de la misma. No nos encontramos ante un mecanismo de imputación de las conductas realizadas a la persona jurídica, sino que “*partiendo de la conducta delictiva de las personas físicas -gestores o personas sometidas a la jerarquía empresarial- establece un vínculo normativo a resultas del cual y según expresión textual del precepto, las personas jurídicas serán penalmente responsables de dichas infracciones. Ciertamente late en el precepto la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema vicarial o de transferencia, según la cual algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el alter ego o el cerebro de la*

---

47 BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL Universidad de Zaragoza,” *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española*” Estudios penales y criminológicos, vol. XXXIII (2013). ISSN 1137-7550: 219-263

*persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos<sup>48</sup>”.*

Además, el CP establece que las circunstancias que modifiquen la responsabilidad de las personas físicas que hayan cometido los hechos delictivos, no afectarán ni, por tanto, modificarán la responsabilidad de la persona jurídica.

*“Sin embargo, y según se desprende del art. 31 bis 2 CP, la responsabilidad penal de la persona jurídica no es directa (no realiza un tipo), sino que requiere que una persona física haya cometido un delito, pero no se exige que ésta sea responsable penalmente del mismo (responsabilidad por hechos ajenos, aun cuando en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho). Así las cosas, esta regulación vendría en realidad a confirmar el axioma de que las personas jurídicas no pueden delinquir, ya que tienen que ser otras (las personas físicas) las que lo hagan por ellas” (apud. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.) .*

Por tanto, y en virtud de lo establecido en el CP mediante la citada reforma, se impone una responsabilidad para las personas jurídicas por los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, pero que no está contemplado para todos los delitos del Código, sino solamente en aquellos en los que conste expresamente que deberá imponerse esta responsabilidad. Dentro del supuesto que se nos plantea, existen una serie de delitos para los que sí se prevé este tipo de responsabilidad, y que serán expuestos a continuación.

Se considerará responsable a la sociedad Na&Ma, de los siguientes delitos:

a) En primer lugar, de los delitos de trata de seres humanos incluidos en el apartado de la exposición relativo a los delitos relacionados con la prostitución de las mujeres rumanas, (II.C) en virtud de lo dispuesto en el art. 177bis.7 CP, que establece la responsabilidad para las personas jurídicas por los delitos comprendidos en el mismo art., imponiéndose una pena *“de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido”*.

b) Delitos contra la Hacienda Pública, en este caso, defraudación tributaria, en virtud del art. 310bis CP, que establece la pena correspondiente al delito del 310CP cuando se considere responsable del mismo a una persona jurídica, estableciendo pena de : *“a) 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, y b) multa de seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el art. 310CP”*.

c) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, conforme al 318bis.4 CP, que establece que *“cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años o la del*

48 Véase. Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por ley orgánica número 5/2010, Fiscalía General del Estado, 2010, págs. 32-33. URL: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/A3B90400537BFDE605257C1300576187/\\$FILE/L2V4bGlicmlzL2R0bC9kM18xL2FwYWNoZV9tZWVpYS81NDUwOQ==.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A3B90400537BFDE605257C1300576187/$FILE/L2V4bGlicmlzL2R0bC9kM18xL2FwYWNoZV9tZWVpYS81NDUwOQ==.pdf)

*triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada”.*

En todos estos supuestos se establece la posibilidad de que el Juez o Tribunal pueda imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del art. 33.7CP, que son las siguientes:

- Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

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

Para la llevar a cabo un análisis sobre la posible nulidad de la sociedad NA&Ma, S.L, es preciso recurrir a la Ley de Sociedades de Capital<sup>49</sup>, en cuyo art. 56 se estipulan las causas de nulidad de las sociedades. El citado precepto, en su apartado 1 establece que *“una vez inscrita la sociedad, la acción nulidad solo podrá ejercitarse por las siguientes causas: e) Por no expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público”*.

En los estatutos de la sociedad, consta como objeto social de la misma la “gestión de locales de ocio”, contando ésta con dos establecimientos al público, siendo uno el conocido “Plenilunio”, que es el lugar en el que se desarrollan los hechos descritos, siendo el otro un restaurante conocido como “Luna del Principito”. Si bien es posible que la actividad llevada a cabo a lo largo de los años en el segundo de los locales puede corresponder con el objeto social que consta en los estatutos sociales, queda acreditado que no lo es en el primero de ellos. En el local “Plenilunio”, se han llevado a cabo todo tipo de actividades delictivas, relativas tanto a la prostitución como al tráfico de drogas (Apdos. I y II), entre ellos, trata de seres humanos, prostitución de menores, prostitución coactiva, delitos contra la salud pública, etc.

Es indudable la ilicitud del objeto social de la entidad, dada la constancia de la comisión de tales hechos delictivos de forma reiterada y existiendo varios sujetos pasivos a lo largo de los años, y consiguientemente deberá declararse su nulidad conforme a lo previsto en el citado art. 56 de la Ley de Sociedades de Capital.

Bajo mi punto de vista, no en sí mismo el hecho de la prostitución, sino ya en este supuesto extremo en el que estamos ante una prostitución coactiva, es decir, se está obligando a un grupo de mujeres a ejercer la prostitución, traídas a España con una falsa promesa de un empleo que nunca ha existido, y que nunca van a llegar a cobrar un sueldo digno. Estas mujeres son explotadas, no quiero con ello decir que el hecho de la prostitución sea denigrante hacia la mujer, sino que el hecho de obligarlas a llevar a cabo esa clase de actividades sí lo es, pues atenta contra su libertad sexual y reproductiva, derecho protegido mediante la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

En la exposición de motivos se establece que *“El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar”*. Esta ley protege además la salud sexual, entendida y definida en su art. 2.1 b) como *“el estado de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad, que requiere un entorno libre de coerción, discriminación y violencia”*.

---

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

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

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que la clase 43 a la que se refiere la cuestión, tras ser consultada en la Clasificación de Niza -10ª Edición 2014 (fecha de última actualización 01/06/2015 [10:42])- se refiere a servicios de restauración (alimentación) y hospedaje temporal, que comprende “ *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*”. Esta descripción coincide con el objeto social incluido en los estatutos, el cual supone simplemente una forma de encubrir el verdadero negocio que se lleva a cabo. En el caso de que quisieran registrar una marca relacionada con tal género de actividad, debería encuadrarse en la clase 43, conforme al supuesto objeto social que han hecho constar.

Sin embargo, es preciso ver que, en primer lugar, que este no constituye el objeto social de la S.L. Na&Ma, dado que no se dedican a servicios de restauración y alimentación, ni tampoco de hospedaje temporal ni de ninguna de las actividades incluidas en la clase 43 del citado Convenio de Niza. En segundo lugar, es preciso ver la efectiva posibilidad de creación de la marca, no solo en relación a saber en cuál de las clases del Convenio debe incluirse, sino a la validez de “Pequeñas Sumisas Ardientes”, para ser inscrito como tal en el correspondiente Registro.

Para resolver esta cuestión es preciso acudir a la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, en cuyo art. 4 establece los requisitos para que un signo sea considerado como marca y pueda, por tanto, ser inscrito, en el Registro de Marcas correspondiente. Además, ha de ser consultado el art. 5 de esta misma Ley, en la cual se establecen una serie de prohibiciones absolutas a la hora de llevar a cabo la inscripción de una marca.

Así bien, el art. 4.1 de la Ley de Marcas establece que “*se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras*”. Así mismo, establece que estos signos pueden ser:

- a) Las palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas.
- b) Las imágenes, figuras, símbolos y dibujos.
- c) Las letras, las cifras y sus combinaciones.
- d) Las formas tridimensionales entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o de su presentación.
- e) Los sonoros.
- f) Cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores.

En este caso estamos ante una combinación de palabras, lo cual encajaría en el supuesto del 4.1 apartado a), sin embargo hay que ver, además de este elemento formal, el significado de esas palabras, y el tipo de actividad que llevan a cabo. Por ello es por lo que debemos acudir al art. 5 de

esta misma Ley, ya que en su apartado 1, letra f) establece que “*no podrán registrarse como marca los signos(...) (...) f) que sean contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres*”. Se incurre de este modo en una prohibición absoluta para la inscripción de la marca correspondiente, ya que no concuerda mucho con la Ley o las buenas costumbres un nombre que, en este caso y en mi opinión, tiene carácter denigrante y discriminatorio hacia la mujer, haciendo una referencia que atenta contra su dignidad como personas.

En virtud de ello y de lo expuesto en el apartado anterior sobre salud sexual y reproductiva, este nombre atenta contra la dignidad de las personas, teniendo en cuenta a lo que se dedican en realidad, al margen de la esfera del objeto social que se ha incluido en los estatutos y cometiéndose una serie de ilícitos penales. Ello supone un atentado contra la dignidad de todas estas mujeres y contra su derecho a la libertad sexual y a la libre decisión sobre la misma, siendo obligadas a prostituirse, por lo que la combinación de palabras elegida como “Pequeñas Sumisas Ardientes”, supone un menoscabo de la dignidad y el honor, por lo que entiendo que es contrario a las Leyes y al ordenamiento jurídico, incurriendo de este modo, como ya he dicho en una prohibición absoluta.

### **VIII. Dictamen sobre la posibilidad de que un local competidor dedicado a similar “género de comercio”, pero que cumple puntualmente con sus obligaciones fiscales, ejercite acciones de competencia desleal contra Na&Ma, S-L.**

Como hemos visto en el apartado relativo a la posibilidad de que la sociedad Na&Ma sea considerada nula conforme a la legislación societaria, por llevar a cabo una actividad contraria al ordenamiento jurídico, no cabe la competencia desleal, pues el objeto de protección de la ley de competencia desleal es la “*corrección en la realización de actividades competitivas en el mercado*”. Es decir, el ámbito de la Ley tiene como fin que las actividades que se lleven a cabo en un mercado competitivo se hagan de forma correcta o leal. Se intenta así evitar las malas prácticas dentro del mercado, que la competencia se lleve a cabo de un modo justo, sin obtener ventajas de ningún tipo mediante engaño, por ejemplo.

Así, el art. 1 de la Ley de Competencia Desleal<sup>50</sup>, establece que “*esta Ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad*”.

Se establece en relación a la aplicación de la Ley, una subdivisión entre el ámbito objetivo y subjetivo. En relación en el primero de ellos “*la Ley establece una doble condición para poder hablar de acto de competencia desleal: que se realice en el mercado, y con fines concurrenciales (art. 2.1)<sup>51</sup>*”. Se presume de este modo, y en virtud del art. 2.2 de la misma Ley, que el acto tiene fines concurrenciales cuando “*por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero*”. En segundo lugar, y en cuanto al ámbito subjetivo, es preciso indicar que la Ley “*se aplicará a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado*”.

Lo que se puede apreciar es, por tanto, que la finalidad de los actos llevados a cabo por las empresas, para que se pudieran ejercitar acciones de competencia desleal, debe ser una finalidad concurrencial en el mercado, es decir, deben ser competidores en la realización de actividades de mercado, y podrán ejercitarse tales acciones en caso de que una o varias empresas lleven a cabo comportamientos desleales en ese mercado. Se entiende en virtud del art. 4.1 de la Ley que será desleal un comportamiento cuando “*resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”, abusando tales agentes económicos de su libertad de empresa (art. 38 CE, reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado).

De todo ello debemos extraer la idea de que las actividades a las que protege la Ley de competencia desleal son aquellas actividades que se realizan de forma lícita y leal en el mercado. En este supuesto, la actividad a que se dedica esta empresa, al margen de la que consta en los

---

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

51 AAVV. Coordinación: APARICIO, M.L. “*Lecciones de Derecho Mercantil*”, Volumen I, THOMSOM REUTERS, - Lección 10, “*Derecho de la Competencia*”, pág. 307.

estatutos sociales y a la que supuestamente se dedican en el restaurante “Luna del Principito”, es una actividad ilícita, por la que debería declararse la nulidad de la citada sociedad en los términos ya expresados del art. 56 de la Ley de Sociedades de Capital. De este modo, no se trata de una actividad que se realice en el mercado de forma lícita y que, por tanto, carece de fines concurrenciales, no se puede pretender que la Ley de competencia desleal se aplique a empresas cuyos fines quedan fuera del ámbito del mercado lícito digamos.

Esto es lo que sucede en el caso real, dado que la empresa debe ser declarada nula por tener un objeto social ilícito. Sin embargo, para poder responder a esta cuestión, debemos plantearnos qué sucedería si nos encontrásemos ante el supuesto de que, conforme a lo previsto en los Estatutos Sociales de Na&Ma, se dedicasen efectivamente a la gestión de locales de ocio. La cuestión es qué sucedería en caso de que la actividad que se lleva a cabo fuese completamente lícita, pero que, sin embargo, su actuación en el mercado resultare desleal, por el incumplimiento de sus obligaciones fiscales, mediante la evasión del Impuesto de Sociedades.

En tal caso, tenemos otra sociedad, que se dedica a un similar “género de comercio”, y que pretende ejercitar acciones de competencia desleal contra Na&Ma, dado que este tipo de prácticas de evasión de impuestos suponen una ventaja económica para Na&Ma. Por ello debemos acudir a la Ley de Competencia desleal, que en su art. 15 considera como una conducta desleal el hecho de “prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes”, y establece que tal ventaja ha de ser significativa.

En este caso, se obtiene una ventaja mediante la evasión de impuestos por la infracción de las Leyes tributarias, que obligan, en este caso a la Sociedad Na&Ma, al cumplimiento de determinadas obligaciones tributarias, en este caso concreto, y como ya se ha mencionado anteriormente, el art. 7 de la Ley del Impuesto de Sociedades considera que “*son sujetos pasivos del impuesto de sociedades... a) las personas jurídicas, excepto las sociedades civiles*”. Es decir, que existe efectivamente una obligación tributaria impuesta legalmente, y que es eludida mediante el impago del correspondiente impuesto anual. Ello supone un mayor beneficio para la sociedad Na&Ma, lo que podría considerarse como una ventaja significativa, ya que las cantidades adeudadas superan los 100 000 euros anuales.

La infracción lo ha de ser sobre normas de Derecho Público que sean relevantes en el ámbito económico, como por ejemplo, la economía sumergida. En estos casos<sup>52</sup>, la “*deslealtad viene dada por la ruptura del principio de igualdad en las condiciones de acceso al mercado*”, lo que sucede es que se producen grandes diferencias en la situación que existe entre las empresas, no se encuentran en igualdad de condiciones, pues una de ellas está cumpliendo sus obligaciones fiscales y la otra no, lo que supondrá una ventaja económica para la que incumple.

Procederían de este modo las acciones de competencia desleal, contenidas en el art. 32 de la Ley, que, en este caso, podrían ser:

- Acción declarativa de la deslealtad del acto, que es la acción general, que tiene como fin la

---

52 Vid. AAVV, Coordinación APARICIO, M.L. “*Lecciones...*” Ejemplo extraído de Lección 10, sobre “*Derecho de la Competencia*”, págs. 318-319.

obtención de una sentencia que declare que efectivamente el acto es desleal.

- Acción de cesación de la conducta desleal, o de prohibición de su reiteración futura, que tiene como finalidad que la conducta citada, en este caso la evasión de impuestos que supone una ventaja económica para Na&Ma, se repita en un futuro.
- Acción de remoción de los efectos producidos por el acto de competencia. Esta última pretende que el juez ordene que se eliminen los efectos que ha producido el acto de competencias desleal y que se vuelva a la situación anterior en la medida de lo posible.

Por último, y en cuanto a la cuestión de la legitimación de este local competidor ejercite acciones de competencia desleal frente a Na&Ma, debe acudir a los art.s 33 y 34 de la Ley de competencia desleal, referidos a la legitimación activa y pasiva en estas acciones. El art. 33 establece que *“cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas”*, es decir, ha de considerarse que tal local goza de la legitimación necesaria, ya que su posición en el mercado puede verse afectada por la conducta llevada a cabo por Na&Ma, que obtiene una ventaja respecto a éste. En cuanto a la legitimación pasiva, estas acciones *“podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal, o haya cooperado a su realización”*.

**IX. ¿Qué órgano jurisdiccional sería el encargado de la investigación? ¿Y del posterior proceso? ¿Cómo podría solicitarse la detención en Rumanía de Romelia? ¿Podrían tomarse medidas contra la sociedad antes de dictarse Sentencia? ¿Es posible que estén intervenidas las comunicaciones de la sociedad? ¿Podrían investigarse los movimientos de la cuenta gibraltareña? ¿Cómo se debería articular la representación en juicio de la sociedad?**

#### **A. Órgano encargado de la investigación.**

La investigación será llevada a cabo por el Juzgado de Instrucción correspondiente, en virtud del art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece que *“Fuera de los casos que expresa y limitadamente atribuyen la Constitución y las leyes a Jueces y Tribunales determinados, serán competentes: ...2. . Para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido, o el Juez de Violencia sobre la Mujer, o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine”*. El lugar de comisión de los hechos es A Coruña, sede del domicilio social de Na&Ma S.L, o eso deducimos, puesto que el punto de recogida de las mujeres era A Coruña, siendo también el domicilio social. En caso de que no fuese Coruña el lugar en el que se desarrollan los hechos, el Juzgado competente sería el de Instrucción del partido judicial en que el delito se hubiere cometido.

En cuanto a la delimitación territorial, deberá tratarse del Juzgado de Instrucción de A Coruña, partido judicial en el que se cometen los delitos que se narran en el supuesto, dado que rige, en principio, el *forum delicti comissi*, o lugar de comisión del delito. Consta que los hechos suceden en A Coruña, situándose además ahí el domicilio social de Na&Ma SL.

#### **B. Órgano encargado del proceso posterior.**

El proceso posterior a la investigación por el Juzgado de Instrucción de A Coruña que corresponda, deberá ser llevado a cabo por la Audiencia Provincial de A Coruña. Ello será de este modo dado que, el art. 82 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a las Audiencias Provinciales, en lo referido al orden penal, el conocimiento *“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”*. Además, la LeCrim establece en su art. 14.4 que *“para el conocimiento y fallo de las causas en los demás casos la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido, o la Audiencia Provincial correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en su caso, o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional”*.

Con la referencia a *“los demás casos”*, se refiere, por exclusión, a aquellos casos no contemplados en el apartado anterior (3), que se refiere al conocimiento de los delitos para los que la Ley señala una pena no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o aquellas de otra naturaleza, sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de las mismas no exceda de 10 años. Del tenor de este precepto, podemos deducir que, de modo contrario, aquellos casos en que la pena contemplada sea superior a cinco años, así como otras penas superiores a 10 años, excluyendo la multa serán competencia de la Audiencia Provincial

correspondiente.

Para ello ha de tenerse en cuenta la pena en abstracto impuesta por el CP, que, en atención a la mayoría de los delitos expresados a lo largo de la exposición (arts. 570bis, 177bis, 318bis, 163, 368, etc.) y que van a ser enjuiciados por la Audiencia Provincial, resulta ser de más de 5 años de prisión.

En cuanto a delimitación territorial, de nuevo va a tratarse, en virtud del 14.4, de la Audiencia Provincial que corresponda a la circunscripción donde el delito se ha cometido, según el *forum delicti commissi*. Por tanto, el proceso va a seguirse ante al Audiencia Provincial de A Coruña.

### **C. Posibilidad de solicitar la detención en Rumanía de Romelia.**

El modo de solicitar la detención de Romelia en Rumanía sería la emisión de una Orden Europea de Detención y Entrega. Esta figura se encuentra regulada en la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, así como en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, art.s 34 a 46. Nos encontramos entre dos países pertenecientes a la Unión Europea, por lo que resultará de aplicación esta figura, estableciendo el art. 1 de la Ley 23/2014 que “*en aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, las autoridades judiciales españolas que dicten una orden o resolución incluida dentro de la regulación de esta Ley, podrán transmitirla a otro Estado miembro para su reconocimiento y ejecución*”.

En su art. 2, esta misma Ley va a reconocer a la orden de detención europea como un instrumento de reconocimiento mutuo, lo que define como “*aquella orden europea o resolución emitida por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea que se transmite a otro Estado miembro para su reconocimiento y ejecución en el mismo*”.

La orden europea de detención se define como en el art. 34 de esta ley como “*una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad*”. En cuanto a la emisión y ejecución de la orden de detención, la primera de ellas corresponderá a la Audiencia Provincial de A Coruña, que es la autoridad que conoce de la causa en la que se estima necesario dictar una orden europea de detención y entrega, y, en segundo lugar y respecto a la ejecución de la misma, corresponderá, en virtud del art. 35 de la citada Ley, al “*Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional*”.

Con respecto a los requisitos necesarios para que pueda dictarse esta orden de detención frente a Romelia en Rumanía, el art. 39 de la Ley establece los siguientes:

1. Se puede solicitar en los casos previstos por la Ley (art. 37), que son: “*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; y 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 este caso la finalidad es el ejercicio de acciones penales frente a Romelia.
2. Que se pretenda acordar el ingreso en prisión preventiva del reclamado.
  3. Que no sea posible la suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad a que haya sido condenado.
  4. Que, con carácter previo, el Juez acuerde mediante providencia el traslado al Ministerio Fiscal y o a la acusación particular para informe, que debe realizarse en un plazo de dos días, salvo que tenga carácter urgente y se haga necesario llevarlo a cabo en un plazo más breve.
  5. Solamente podrá emitirse la orden europea si el Ministerio Fiscal o la acusación particular lo solicitan para el ejercicio de acciones penales.
  6. Debe acordarla el Juez por auto motivado.

En virtud de la citada Decisión Marco del Consejo, sobre la Orden Europea de Detención, ésta podrá tener lugar en caso de una serie de delitos determinados, que deben estar castigados en el Estado miembro emisor, en este caso España, con una pena o medida de seguridad que sea superior a tres años "*tal como se definen en el Derecho del Estado miembro emisor*", incluyéndose dentro de una larga lista de delitos los siguientes, que son los que nos van a interesar a efectos de la posible detención de Romelia en Rumanía: pertenencia a organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos y blanqueo de los efectos del delito.

Cumplidos todos los requisitos anteriores, podrá dictarse una Orden Europea de Detención y Entrega en los términos previstos en la citada normativa, y teniendo en cuenta el procedimiento establecido en la Ley, art.s 47 a 58, así como en la propia Decisión Marco, en los art.s 10 a 30. En estos preceptos se establecen los plazos de entrega, motivos de denegación de la solicitud, mantenimiento de la persona en situación de detención, gastos, etc.

#### **D. Medidas previas dirigidas contra la sociedad antes de dictar Sentencia.**

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en virtud de la reforma del CP en por la LO 5/2010, en este caso la de la Sociedad Na&Ma, supone también la introducción de una serie de medidas cautelares que pueden imponerse a las mismas en el proceso dirigido contra ellas. La posibilidad de imponer este tipo de medidas a las personas jurídicas se encuentra regulada en el CP, así como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el CP, el art. 33.7 in fine establece la posibilidad de que "*la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa*", reiterándose esta misma premisa en el art. 129.3, pero consideradas tales medidas como consecuencias accesorias, en lugar de como medidas previas a la sentencia.

Por lo tanto, podemos observar la posibilidad de aplicación de las tres medidas establecidas en el CP para el caso planteado, que serían la clausura temporal de Na&Ma, la suspensión temporal de las actividades sociales y la intervención judicial de la sociedad. Estas medidas recogidas en el CP son reconocidas por la LeCrim en el art. 544quáter, que deberán ser acordadas, según el mismo precepto establece, con previa petición de parte y celebración de vista, a la que se ha de citar a todas las partes que se hallen personadas en el proceso.

### **E. Posibilidad de intervención de las comunicaciones de la sociedad.**

La intervención de las comunicaciones sería posible en este caso en virtud del art. 579 apartados 1, 2 y 3 de la LeCrim, que establece que *“podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 2. El Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. ... 3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”*.

De este modo, se establece que el Juez puede acordar la interpretación de : correspondencia, comunicaciones telefónicas, o, del procesado, así como aquellas comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que haya inficiones de responsabilidad criminal. La respuesta será afirmativa ante la pregunta de si es posible que se intervengan las comunicaciones de Na&Ma, siempre que así lo acuerde el Juez en virtud de una resolución motivada.

Este tipo de intervención ha de llevarse a cabo de forma excepcional, no es un medio normal de prueba o de investigación, sino que se considera como una excepción a los medios de prueba comunes, y así lo considera el Tribunal Supremo<sup>53</sup>, entendiendo que *“supone el sacrificio de un derecho fundamental a la persona, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado”*. Por tanto, la posibilidad de solicitar la intervención de las comunicaciones deberá ser acordada por el Juez, pero no puede llevarse a cabo de forma sistemática tal autorización. entiende asimismo el Tribunal, en la misma sentencia, que esa petición requiere que *“la investigación policial (que ha de ser previa y suficiente) necesite para avanzar, por las dificultades del caso, tomar esta medida”*.

Deben cumplirse, en definitiva, una serie de principios:

- Excepcionalidad, en los términos expuestos.
- Subsidiariedad, que supone que se va a aplicar esta medida cuando sea estrictamente

---

53 Cfr. Caso Ballena Blanca. Sentencia núm. 974/2012 de 5 diciembre. RJ 2013\217, Tribunal Supremo, Sección 1º, Cuestión previa 1.

necesaria para el esclarecimiento de los hechos delictivos, cuando no sea posible obtener esa información por otros medios.

- Proporcionalidad, que exige que la medida de investigación sea adecuada al fin buscado, necesaria para la obtención de la información y proporcional al fin que se busque. Deben concurrir *“claros indicios de la existencia del delito y de las personas criminalmente responsables del mismo, sin que pueda nunca basarse su adopción en meras sospechas o conjeturas y por el tiempo imprescindible que, por la propia naturaleza de la medida acordada”*<sup>54</sup>.

Lo que se requiere en definitiva es que con la intervención se obtenga información suficiente para el esclarecimiento del delito, que sea el único modo de llegar a esa información y que sea proporcional al fin buscado, teniendo que ser el delito de una entidad suficiente para que se llegue a vulnerar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en la persecución penal.

En resumen, será posible la intervención de las comunicaciones de la Sociedad en tanto se cumplan los requisitos establecidos legal y jurisprudencialmente a tal efecto. Se hace referencia a la jurisprudencia puesto que la normativa relacionada con la intervención de las comunicaciones es escasa, lo que ha planteado su posible inconstitucionalidad, ya que se trata de una medida que choca con derechos fundamentales, con carácter extraordinario como se ha mencionado.

## **F. Investigación de los movimientos de la cuenta gibraltareña.**

Para constatar la posibilidad de proceder a la investigación de la cuenta, es preciso recurrir a la antecitada Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que en su art. 186 regula la figura del “exhorto europeo de obtención de pruebas”, que se define como una *“resolución judicial emitida por la autoridad competente de un Estado miembro con objeto de recabar objetos, documentos y datos de otro Estado miembro para su uso en un proceso penal”*. Es decir, que la autoridad competente del Estado español, para poder proceder en este caso a la investigación de la cuenta que se encuentra en Gibraltar (Reino Unido), para emplear los datos obtenidos en el proceso penal, deberá emitir un exhorto europeo de obtención de pruebas.

A ello se refiere el art. 187 de la misma Ley, que regula el ámbito de aplicación del exhorto, que se podrá emitir para recabar en el Estado de ejecución *“objetos, documentos o datos, debidamente identificados, que se necesiten para un proceso penal en España”*. Se trata de este modo de un sistema que permite obtener pruebas en países de otro Estado miembro de la Unión Europea, forma parte del fomento de la Cooperación entre países comunitarios, y supone una facilidad a la hora de tramitar un procedimiento cometido en España, cuando los efectos del delitos se encuentran en un Estado miembro de la UE, salvando los obstáculos existentes a la hora de obtener dichas pruebas.

Este mecanismo o instrumento jurídico, recogido en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, encaja perfectamente con el supuesto que se nos plantea, dado que se presenta la necesidad de

---

54 Cfr. Sentencia núm. 513/2010 de 2 junio. RJ 2010\3489 , Tribunal Supremo, Sección 1ª, fto jco. Cuarto.

investigación de la cuenta que los socios de Na&Ma han creado en Gibraltar, y el exhorto europeo de obtención de pruebas supondría, en virtud del citado 186, la posibilidad de emitir una resolución y que el Estado en el que se encuentran los bienes defraudados, permitiera el acceso a los datos correspondientes, que facilitasen la investigación y que los datos obtenidos pudiesen ser empleados para el proceso penal incoado en España.

La competencia se divide entre la autoridad que emite el exhorto y la que lo reconoce y ejecuta. En España, el exhorto debe ser emitido (art. 188) por *“los Jueces o Tribunales que conozcan del proceso en el que resulte necesario obtener el documento, objeto o dato, así como los Fiscales que dirijan las diligencias de investigación en las que se deba adoptar el exhorto”*. En cuanto a la ejecución del mismo, es competencia del Ministerio fiscal *“siempre que puedan obtenerse los objetos, documentos o datos sin adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales”* o, en su defecto, *“del Juez de Instrucción del lugar donde se encuentre cualquiera de los objetos, documentos o datos que pretenden obtenerse con el exhorto”*.

Sin embargo, esta posibilidad se ve truncada por el apartado 2 del mismo art. 187, que establece que lo dispuesto en el apartado primero sobre el exhorto europeo para la obtención de pruebas, ha de entenderse sin perjuicio de una serie de excepciones. Concretamente, la letra c) de este apartado segundo establece que *“el exhorto europeo de obtención de pruebas no podrá emitirse para solicitar a la autoridad de ejecución: ... c) Que obtenga información en tiempo real mediante intervención de comunicaciones, vigilancia o control de cuentas bancarias”*.

### **G. Representación en juicio de la sociedad.**

En relación a la articulación de la representación en juicio de la sociedad, en primer lugar, tenemos que ver el ámbito del poder de representación de las sociedades en la Ley de Sociedades de Capital. Nos interesa el contenido del art. 233, sobre atribución del poder general de representación de la sociedad, antes de proceder a ver cuál debe ser la representación en juicio. Este precepto establece que *“la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos”*.

Para la atribución de este poder de representación, el apartado segundo establece una serie de reglas:

- Si se trata de un administrador único, el poder le corresponde a él de forma necesaria.
- Si se trata de varios administradores solidarios, le corresponde el poder a cada uno de ellos, *“sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno”*.
- En la Sociedad de responsabilidad limitada, si son más de dos administradores conjuntos, el poder se ejerce mancomunadamente al menos por dos de ellos, en la forma que determinen los estatutos; en caso de ser Anónima, se ejerce mancomunadamente.
- Si existe consejo de administración, le corresponde a éste actuando colegiadamente.

En el marco de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el art. 199 de la misma establece que en

los casos en que se haya de proceder a la imputación de una persona jurídica, como lo es en este caso la Sociedad Na&Ma en virtud de la comisión de los delitos que se le atribuyen, en el apartado V de esta exposición, “*se practicará con ésta la comparecencia prevista en el art. 775, con una serie de particularidades*”.

Con la referencia al art. 775 LeCrim, se refiere el legislador a que en la primera comparecencia se siguen una serie de diligencias:

- El Juez informa al acusado de los hechos que se le imputan.
- El Secretario le informa previamente de los derechos que le asisten y se le requiere la designación de un domicilio en España a efectos de notificaciones, o alguna persona que las reciba en su nombre.
- Se le permite entrevistarse con su abogado tanto antes como después de prestar declaración.

Las particularidades que se establecen en el caso de la representación de las personas jurídicas son las siguientes, que establece el mismo art. 199LeCrim:

- α) La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como Abogado y Procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado.
- β) La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañada del Abogado de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el Abogado de la entidad.
- γ) El Juez informará al representante de la persona jurídica imputada o, en su caso, al Abogado, de los hechos que se imputan a ésta. Esta información se facilitará por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querrela presentada.
- δ) La designación del Procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con el Procurador designado todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que esta Ley asigna carácter personal. Si el Procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada.

A la luz de lo que establece este precepto, la representación de Na&Ma deberá articularse mediante la designación de un representante, Abogado y Procurador, y, en caso de que no se designen, en caso de Abogado y Procurador, serán asignados de oficio y, en el caso del representante, si no ha sido designado, se sustanciará el procedimiento con Abogado y Procurador.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV. Coordinación: APARICIO, M.L. “*Lecciones de Derecho Mercantil*”, Volumen I, THOMSOM REUTERS, - Lección 10, “*Derecho de la Competencia*”, pág. 307.
- AA-VV, Coordinación ORTELLS RAMOS, M. “*Introducción al Derecho Procesal*”, 2011, Thomsom Reuters.
- Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por ley orgánica número 5/2010, Fiscalía General del Estado, 2010, págs. 32-33. URL: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/A3B90400537BFDE605257C1300576187/\\$FILE/L2V4bGlicmlzL2R0bC9kM18xL2FwYWNoZV9tZWRpYS81NDUwOQ==.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A3B90400537BFDE605257C1300576187/$FILE/L2V4bGlicmlzL2R0bC9kM18xL2FwYWNoZV9tZWRpYS81NDUwOQ==.pdf)
- Circular 2/2011, Fiscalía General del Estado sobre “la reforma del CP por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las Organizaciones y Grupos Criminales” . URL (versión PDF) : <http://www.sip-an.es/descargas/legislacion/penal/penal18.pdf> , (consultado por última vez a 30 de mayo de 2015).
- LÓPEZ CERVILLA , J. M. , Estudios “Tráfico ilícito de personas. La reforma del art. 318 bis del CP (I)”, pág. 20 URL:<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344080446?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content>. (última consulta: 3 junio 2015).
- LUZÓN CÁNOVAS, M. , “La tipificación penal de la Organización y el Grupo Criminal ”, 7 de julio de 2011, URL:[http://www.elderecho.com/penal/tipificacion-organizacion-criminal-Problemas-concursales\\_11\\_283555005.html](http://www.elderecho.com/penal/tipificacion-organizacion-criminal-Problemas-concursales_11_283555005.html) – fecha de consulta 13/05/2015-.
- LUZÓN CUESTA, J.M. “*Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial*” , Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- Noticias Jurídicas. Análisis de Normas Jurídicas. Legislación mencionada a lo largo de la exposición.
- Página Web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, del Gobierno. Consulta de los Tratados Vigentes ratificados por España sobre la normativa de Drogas, sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes.
- Westlaw, Aranzadi. Análisis de Jurisprudencia
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: Análisis del nuevo art. 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, AFDUDC, 14, 2010, 819-865. URL (PDF):

<http://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/46637/017383.pdf?sequence=1>