



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO FIN DE GRADO

Facultad de Derecho

La Coruña

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

Autora: Beatriz Rodríguez Vázquez

Tutor: Prof. D. José Ron Romero

Firma del tutor:

ÍNDICE

I. Introducción.....4

II. Análisis de las siguientes cuestiones.....5

1.- Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Romelia, Tatiana, Pietro, Zulaika, Alberto y Santiago por los hechos relacionados con el ejercicio de la prostitución por parte de las ocho mujeres rumanas.

1.1. Fundamentos de Hecho.....5

1.2. Fundamentos Jurídicos.....6

1.3. Concursos.....13

1.4. Conclusión.....17

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

2.1 Fundamentos de Hecho.....20

2.2 Fundamentos Jurídicos.....20

2.3 Conclusión.....24

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

3.1 Fundamentos de Hecho.....26

3.2 Fundamentos Jurídicos.....26

3.3 Concursos.....32

3.4 Conclusión.....32

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

4.1 Fundamentos de Hecho.....35

4.2 Fundamentos Jurídicos.....35

4.3 Conclusión.....37

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

5.1. Fundamentos de Hecho.....	39
5.2. Fundamentos Jurídicos.....	39
5.3. Conclusión.....	40

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

6.1. Fundamentos de Hecho.....	41
6.2. Fundamentos Jurídicos.....	41
6.3 Conclusión.....	43

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

7.1 Fundamentos de Hecho.....	45
7.2 Fundamentos Jurídicos.....	45
7.3 Conclusión.....	47

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

8.1 Órgano encargado de la investigación y del posterior proceso.....	48
8.2 Detención en Rumanía de Romelia.....	48
8.3 Medidas cautelares contra la sociedad.....	50
8.4 Intervención de las comunicaciones de la sociedad.....	52
8.5 Investigación de las cuentas gibraltareñas.....	54
8.6 Representación de la sociedad.....	55

III. Abreviaturas, bibliografía, jurisprudencia y legislación.....57

I. Introducción

En el presente trabajo vamos a analizar el caso propuesto “Tráfico de drogas, prostitución coactiva y delito societario” siguiendo la estructura: Fundamentos de hecho, Fundamentos jurídicos y Conclusión, con el fin de pormenorizar con mayor precisión los aspectos fundamentales de cada uno de los dictámenes.

Así, en Fundamentos de hecho se tratarán aquellos sucesos narrados en el caso que sean fundamentales en el dictamen que se está estudiando de forma particular. En Fundamentos jurídicos se abordará la normativa vigente, jurisprudencia y manifestaciones doctrinales al respecto. Por último, en Conclusión se expondrá aquella opinión alcanzada después de lo expuesto.

II. Análisis de las siguientes cuestiones

1.- Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Romelia, Tatiana, Pietro, Zulaika, Alberto y Santiago por los hechos relacionados con el ejercicio de la prostitución por parte de las ocho mujeres rumanas.

1.1. Fundamentos de Hecho

- I. El día 13 de mayo de 2014 comparece en dependencias policiales María D., ciudadana rumana, declarando que:
En 2010, encontrándose en Rumanía, una amiga suya llamada Romelia le ofreció trabajar limpiando un restaurante en España propiedad de una su tía Tatiana.
- II. Habiendo aceptado el trabajo, Romelia le compró un billete de autobús, llegando el 29 de marzo de 2010 a Coruña, en cuya estación de autobuses fue recogida por Tatiana, quien la llevó a un club llamado Plenilunio.
- III. Una vez en dicho club, Tatiana le informó de que realmente había sido trasladada desde Rumanía para ejercer la prostitución y que empezaría a trabajar esa misma noche para saldar la deuda contraída.
- IV. Tatiana le facilitó ropa de trabajo y le dio instrucciones sobre cómo llevarlo a cabo, insistiéndole, entre otras cosas, en que si algún cliente demandaba servicios sin utilización de preservativo, ella debía aceptar. El horario de trabajo sería de 17:30 a 04:00 y durante ese tiempo no podía abandonar la sala del local, salvo para subir con clientes a las habitaciones. Asimismo, María debía pernoctar en el local, prohibiéndole Tatiana salir del local fuera del horario de trabajo sin ir acompañada de Pietro, quien ejercía las funciones de camarero en el local.
- V. En cuanto a las ganancias, el primer servicio sexual que realizase cada noche sería al 100% para los responsables del club y el resto de servicios serían al 50% entre el club y ella.
- VI. Durante los más de cuatro años desde su llegada a España, María se sometió a las condiciones marcadas por Tatiana, explicando que las copas a las que las invitaban los clientes eran abonadas por éstos a Pietro. En cuanto a los servicios sexuales, los clientes los abonaban a la recepcionista, Zulaika, quien al finalizar la noche le entregaba todo el dinero a Tatiana.
- VII. Sólo una noche realizó María más de un servicio, pero, no le hizo entrega a aquélla del 50%, sino que Tatiana se lo quedó, “para ir reduciendo la deuda” que María había contraído al ser trasladada a Coruña.

- VIII. Este día 13 de mayo de 2014, María pidió a Tatiana dinero y poder salir para comprar algunas piezas de lencería que le había pedido un cliente. Tatiana accedió, pero diciéndole que sólo podría ir si lo hacía acompañada de Pietro.
- IX. Pietro acompañó a María. Una vez allí, el hombre le dijo que fuese comprando, que él iba a hacer un par de recados y que volvería en media hora. Fue ése el momento que María aprovechó para contarle su situación a las dependientas del local, llamando éstas a la policía.
- X. Las fuerzas policiales se trasladan a Plenilunio y detienen a Tatiana, Zulaika y Pietro, comprobando, además, que en el local hay otras siete mujeres, todas de nacionalidad rumana, incluyendo Nicoara, de 17 años de edad. Los tres afirman desconocer su minoría de edad, si bien Zulaika, en la oficina que servía de recepción, tenía retenidos los pasaportes de todas las mujeres, incluyendo el de Nicoara, en el que consta su fecha de nacimiento.
- XI. En la oficina que utilizaba Tatiana hay una especie de libro registrando la entrada de las mujeres al local, constando que todas ellas, a excepción de María (marzo de 2010), han llegado de Rumanía entre 2012 y 2014.
- XII. Tatiana sostiene que las mujeres eran en todo momento conscientes de que venían a España a ejercer la prostitución y de que tenían que abonar con su trabajo el viaje desde Rumanía, que corría a cargo de la sociedad que gestiona el local (Na&Ma S. L.), añadiendo que ella se limita a cumplir instrucciones de sus jefes, los socios Alberto M. y Santiago N. Lo mismo indican tanto Pietro, quien alega ser un simple camarero, como Zulaika, quien dice que su función era exclusivamente la de controlar la entrada de hombres al local y guardar en depósito el dinero pagado por estos.

1.2. Fundamentos Jurídicos

1.2.1 Delito de Prostitución Coactiva

En España, la prostitución es una actividad libre, pudiendo ser ejercida por personas mayores de edad para ganarse la vida. El delito surge cuando, una tercera persona determina, haciendo uso de una de las conductas que recoge el tipo básico del Art. 188 de la Ley Orgánica 10/1995, 23 noviembre, del Código Penal (en adelante CP o Código Penal), a otra al ejercicio de tal actividad, entendiendo nuestro Código Penal que en estos supuestos no existe un consentimiento emitido libremente.

La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) nº 1047/2005 (RJ 5292/2005), de fecha 15 de septiembre de 2005, FJº 2, declara al hilo de esto que:

"El ejercicio de la prostitución no merece ningún reproche penal cuando es decidido libremente por la persona que la práctica y así encuentra su medio de vida. El límite que marca el ámbito de lo penal es la existencia por parte de

terceras personas de comportamientos engañosos, coactivos o amenazantes sobre quien ejerce la prostitución en beneficio de aquéllas”.

Lo definitivo para que se produzca el tipo básico es la dominación de una persona sobre otra, a la que coacciona para ejercer la actividad de prostitución.

Tanto es así que el TS en gran parte de su línea jurisprudencial¹ afirma que:

"En cuanto al delito relativo a la prostitución del Art. 181.1 CP debemos recordar que la realidad criminológica que constantemente nos pone ante el fenómeno de la explotación de la prostitución ajena, ha obligado a todos los Estados civilizados, incluso mediante Convenios Internacionales puesto que el fenómeno traspasa fácilmente las fronteras de cada nación, a salir al paso y reprimir penalmente una actividad en la que el afán de lucro lleva a convertir en mercancía a la persona, con absoluto desconocimiento de su dignidad, desconociendo o quebrantando, si es preciso, su libertad con especial incidencia en la dimensión sexual de la misma. Esta libertad se tutela frente a determinadas actividades relacionadas con la prostitución, con mayor o menor intensidad, según sea mayor o menor de edad o incapaz la persona en riesgo de prostituirse o ya prostituida”.

Por su parte el delito de prostitución coactiva se recoge en el Código Penal de la siguiente forma:

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

El bien jurídico protegido es la libertad sexual, partiendo de la base de la libre determinación de una persona para decidir sobre su sexualidad, así lo ha indicado el TS en su sentencia de 5 de diciembre de 2005:

“La regulación de los delitos relativos a la prostitución en el nuevo Código Penal se realizó desde la perspectiva de que el bien jurídico que debe ser tratado no es la moralidad pública ni la honestidad como tal, sino la voluntad sexual entendida en sentido amplio”.

Para que se produzca el tipo, y nos hallemos ante la conducta del Art.188 CP se tienen que producir una serie de requisitos², pues el modo comisivo consiste en cualquier actividad que determine a tal sujeto pasivo a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. No basta con que haya una relación de contenido sexual con una persona prostituida, sino que es preciso que la conducta del sujeto activo mueva la voluntad del

¹ En este sentido las sentencias (SSTS): 1425/2005 (RJ 2006\1878), 452/2013(RJ 2013\6423) y 17/2014

² RIUS DIEGO, J.F, Capítulo “Reflexiones al Art.188 CP”, Casos Prácticos para inspector de policía, Tecnos

sujeto pasivo para que éste se inicie en esa actividad o se le refuerce esa voluntad para continuar en la que ya venía desempeñando. A grandes rasgos esos requisitos serían:³

- a) Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad. Se castiga no toda forma de prostitución, sino aquella que degrada la libertad y la dignidad de la persona prostituida.

En el caso que nos ocupa, María y las demás mujeres que se encuentran en su situación (Asumiremos que el resto de mujeres se encuentran en una situación análoga, pues no se indica lo contrario, y que han sido víctimas de un tratamiento similar) son engañadas con la finalidad de que vengan a España y una vez aquí ser sometidas a la prostitución, pues valiéndose de su amistad con María, Romelia la engaña diciéndole que trabajara de limpiadora. Una vez en A Coruña, Tatiana la recoge y le pone al corriente de la realidad, deshaciendo el engaño e informándole de las normas que ha de seguir.

Además también se produce una situación de intimidación, ya que no pueden salir del local sino son acompañadas de Pietro y deben pernoctar en el mismo. Así mismo se aprecia situación de vulnerabilidad y de necesidad pues siendo de procedencia rumana se presume la falta de dominio en el idioma y; al hallarse en un país desconocido, sin empleo ni lugar de residencia se ven relegadas a una posición de desventaja. Cabe mencionar que son privadas de su pasaporte, lo que es considerado por el TS como motivo para apreciar la vulnerabilidad.

- b) Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución.
- c) La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo.

Tatiana es consciente de que María está allí como consecuencia de un engaño, y es ella quien informa del funcionamiento del club, del reparto de ganancias y de las condiciones que debe cumplir. Pietro y Zulaika se presumen conocedores también. Es más, Zulaika se encarga de guardar el dinero que cobran a los clientes. El local pertenece a Alberto y Santiago, dueños de una sociedad, que financian el traslado de las chicas a La Coruña y que son los que reciben los beneficios de la explotación sexual a la que son sometidas.

- d) La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad.

La entrega del dinero se hace después de cada servicio y es algo mecánico. Además es una obligación impuesta para saldar la supuesta deuda contraída por el viaje a España.

³ La STS de 13 de noviembre de 2008, con respecto a los elementos determinantes del tipo.

El sujeto pasivo es la persona que comercia con su cuerpo para realizar una actividad de contenido sexual a cambio de dinero u otro bien de carácter económico, pero que no lo hace libremente, sino coaccionado. Puede ser cualquiera, hombre o mujer, heterosexual u homosexual, menor o mayor de edad.

De lo expuesto se deduce que sujeto activo puede ser cualquiera. Ordinariamente será un tercero ajeno que para lucrarse de la prostitución de otro, el ánimo de lucro no es elemento del tipo⁴, realiza la actividad de influencia en la voluntad del sujeto pasivo a la que acabamos de referirnos. Puede cometer el delito también el que paga por el servicio sexual, siempre que tal pago influya en la voluntad del prostituido en la forma ya dicha.

Por último, la conducta del sujeto activo ha de actuar con alguno de los medios comisivos siguientes: violencia; intimidación; engaño; abuso de una situación de superioridad; abuso de una situación de necesidad; abuso de una situación de vulnerabilidad.⁵

Tipos cualificados

Art.188.2. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años.

Art.188.4. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.*
- b) Cuando el culpable pertenezca a una organización o grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.*

⁴ STS nº 126/2010 (RJ 2010\2350) FJ 3º, que recuerda que "... la doctrina también se viene pronunciando en el sentido de que la explotación lucrativa punible que prevé el art. 188.1 del C. Penal, realizada con el consentimiento de la víctima, ha de interpretarse con criterios restrictivos. De modo que no debe entenderse que sea suficiente para aplicación del tipo penal la mera obtención de un lucro por parte del que regenta el club o local, sino que ha de exigirse a mayores que se trate de una explotación directa y principal de la prostitución ajena en la que se trasluzca una relación de subordinación de la prostituta con respecto al empresario o empleador. Ello entendemos que impone por tanto la exigencia de una relación de dependencia de cierta intensidad en la que se vea limitada la autonomía prestacional de la persona que ejerce la prostitución".

⁵ STS nº 450/2009, de 22 de abril, considera necesarios los siguientes aspectos en el FJ 6º: " a) Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad. Así se desprende de una elemental consideración de carácter sistemático. Ese inciso cierra un precepto en el que se castiga, no toda forma de prostitución, sino aquella que degrada la libertad y la dignidad de la persona prostituida, en atención a las circunstancias que precisa el art. 188.1 del CP".

Concurren todos los elementos característicos que vertebran una organización criminal: “estructura más o menos organizada, empleo de medios importantes, pluralidad de personas, distribución de tareas o reparto de funciones, coordinación y estabilidad suficiente para la efectividad del resultado, que persiste aunque pueda cambiar algún elemento personal”.⁶

c) *Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.*

Se informa a María, y se entiende que al resto de víctimas, de que las relaciones sexuales serán sin preservativo, lo que supone un gran peligro contra su salud, pues puede conllevar a contraer numerosas enfermedades de transmisión sexual que pusieran en riesgo su vida.

Art.188.5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.

Con este último apartado del art. 188, se abren las puertas al concurso real de delitos con los actos concretos contra la libertad sexual.

1.2.2 Delito de Trata de Blancas

La inclusión en el Código Penal de la trata de blancas como delito autónomo se recoge en el Art. 177 Bis. Debemos recordar que la trata de personas, sea cuál sea su finalidad de explotación, no ha sido siempre perseguida penalmente de la misma forma en España. Antes de la reforma, no había en el CP ningún delito específico de trata de personas, sino una difusa regulación que confundía la trata con los límites del delito de tráfico de personas (Art. 318 bis CP), con el delito de inmigración clandestina de trabajadores (Art. 313.1 CP) y con el proxenetismo (Art. 188 CP).

Con la reforma, se distingue la trata de personas y el tráfico ilegal de personas (motivo XII ⁷preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 que reforma el Código Penal). Se hace una regulación atendiendo a los elementos que estableció el Protocolo Palermo (Convención de la ONU contra Delincuencia organizada transnacional)⁸ para determinar si hay delito de trata. España pasa así a introducir supuestos anteriormente no contemplados.

Se amplía la protección hacia las víctimas, en especial las víctimas nacionales o con nacionalidad europea, por otra parte, se elimina la necesidad del consentimiento de la víctima, se crean modalidades agravadas, tanto las que tienen a ver con la víctima

⁶ STS de 4 de Marzo 2015 (RJ 995/2015) FJ 5º apartado 3

⁷ Motivo XII del Preámbulo de la Ley 5/2010, de 22 de junio: *El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos.*

⁸ GARCÍA ARÁN, M., “Trata de personas y explotación sexual”, pág. 15 a 20, Comares, 2006.

(grave peligro, minoría de edad o especial vulnerabilidad) así como si el autor del delito es funcionarios públicos o pertenecen a organizaciones que se dediquen a la trata como actividad; además, cabe mencionar que las personas jurídicas serán penalmente responsables y que se exonera a las víctimas de trata de responsabilidad por aquellos delitos que hayan podido cometer durante el tiempo que se extienda la situación de trata.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹ había suplido mediante el Art. 188.1 CP situaciones que la normativa actual identifica como trata de personas con finalidad de explotación sexual, encuadrada en el Art. 177 bis CP. En el caso a tratar, la situación de la víctima llamada María, al ser anterior a la reforma, tiene que resolverse atendiendo a esa línea jurisprudencial. Con todo esto, resulta preciso e importante matizar que la trata de personas y la prostitución son dos figuras separadas y que se puede dar la primera sin que necesariamente se dé la segunda.

El Art. 177 bis CP nos indica que¹⁰:

- a. *Es menester que haya una acción, entendida como comportamiento cuyo objetivo será la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción y alojamiento de personas.*

En el marco de las acciones que integran la conducta típica, nos encontramos con un tipo abierto, que recoge todas las conductas durante el proceso de la trata, desde la captación en el lugar de origen, hasta el acogimiento, recibimiento y alojamiento en el lugar de destino, pasando por el transporte y el traslado. El sentido que puede otorgarse a la mayor parte de conductas típicas no plantea sustanciales problemas interpretativos. Los únicos términos que quizá convendría explicar mínimamente son la captación, reclutación de personas, y el traslado.

La captación requiere algo más que la mera oferta de cualquier tipo de trabajo, servicio de traslado o actividad apetecible a las víctimas de la trata, exigiéndose algún tipo de resultado intermedio, esto es, el cierre de alguna suerte de acuerdo o contrato que al menos aparentemente obligue al tratado. En cuanto al traslado, puede ser considerado un sinónimo de transporte, en el sentido del desplazamiento de un lugar a otro. Sin embargo, puede buscársele un sentido que, forzando un tanto la interpretación, pudiera servir para que el legislador español no incumpla las obligaciones internacionales contraídas en materia de Trata, concibiendo el traslado como el traspaso de control sobre una persona, por medio de la venta, el alquiler o la permuta, por ejemplo.

Dicho entendimiento del término sería adecuado, de un lado porque la Decisión Marco de Consejo Europeo 2011/36/UE, entre las conductas típicas de la trata que no se hallan incorporadas al Código Penal, incluye el “intercambio” o el “traspaso de control” sobre la persona. El Convenio de Varsovia, aun sin referirse específicamente a ese tipo de conductas, sí las incorpora a la Trata cuando, entre los medios, se refiere a la oferta o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga

⁹ STS nº. 350/2008, de 17 de Junio de 2008, STS núm. 450/2008, de 03 de Julio de 2008, ambas ilustrativas del tratamiento de los hechos y su encuadramiento en el tipo.

¹⁰MARTOS NUÑEZ, J.A., “El delito de trata de seres humanos: Análisis del Art. 177 BIS del Código Penal” pág. 102 y ss., Revista de la USC “Estudios Penales y Criminológicos”, vol. XXXII (2012). ISSN 1137-7550: 97-130

autoridad sobre otra con fines de explotación, de modo semejante lo hace el Protocolo de Palermo en su Art. 3.

- b. *En segundo lugar, es preciso que se haya, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleado violencia, intimidación o engaño, o abusado de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera.*

La violencia comprende cualquier tipo de uso de la fuerza o coacción y, en su caso, el rapto; la intimidación abarca la amenaza. Tanto una como otra deben ser idóneas para vencer la resistencia del sujeto en orden a ser sometido a conductas posteriores de explotación. El engaño comprende el fraude y requiere el uso de conductas capaces de crear un error en el sujeto pasivo, de tal modo que determine su sometimiento a los fines a los que se orienta el delito de trata. Es la forma más común, tanto para la finalidad de explotación laboral como para la de carácter sexual.

El abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad, comprende tanto las situaciones de prevalimiento del sujeto activo con la víctima, como la inferioridad de la víctima generada por una pluralidad de causas. Es necesario al hilo de esto, hacer una especificación sobre la retirada de los pasaportes de las víctimas como acto de intimidación o simplemente como garantía para que se le pague al tratante la deuda (no pactada y totalmente impuesta). Esta situación de retirada del pasaporte practicada por los tratantes hacia las víctimas, implica vulnerabilidad en un grado alto.

Es destacable, también, el tratamiento que los tribunales hacen relativo al supuesto consentimiento o conformidad de la víctima, esto es, el hecho de que ésta conociera previamente y aceptara que con su llegada al territorio español procedería a ejercer la prostitución puede ser el punto que considera el tribunal como absolutorio del delito de prostitución forzada, recogido en el Art. 188.1 CP, aunque cabe tener en cuenta que actualmente mediante el Art. 177 bis CP, el consentimiento de la víctima hacia una situación de trata es irrelevante si ha mediado engaño, violencia, intimidación, amenazas, se de una situación especialmente vulnerable de la víctima o que ésta sea menor de edad a la hora de conseguir dicha conformidad, así lo establece el TS que como muy bien apunta “*las víctimas aun y haber consentido ir a España a ejercer la prostitución no habían consensuado esa deuda ni que se practique, en ellas, violencia*”¹¹.

- c. *Finalmente, la acción y los medios empleados deben tener como finalidad la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad, la explotación sexual, incluida la pornografía, o la extracción de sus órganos corporales.*

No es necesario que se realicen efectivamente, ya que, nos encontramos ante un delito de consumación anticipada y por tanto no es necesario el resultado. En la hipótesis de la explotación sexual efectivamente realizada, el Art. 177 bis entrará en concurso, básicamente, con la prostitución coactiva del Art. 188 CP y, eventualmente, con el Art. 189 CP referido a espectáculos exhibicionistas o pornográficos de menores.

¹¹ STS nº. 196/2011, de 23 marzo FJ 2º

Tipos cualificados

Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero del Art. 177

Bis, cuando:

1. Se produzca alguna de las siguientes situaciones.

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

b) la víctima sea menor de edad

Nicoara es menor de edad, tal como consta en su pasaporte, requisado por Tatiana y custodiado por Zulaika, por lo que se entiende que eran conocedoras de este hecho.

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

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

2. Condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público del sujeto activo.

3. La pertenencia a una organización o asociación dedicada a la trata de seres humanos.

Nos remitimos a lo dicho en lo expuesto con referencia a la prostitución coactiva.

1.3 Concursos

1.3.1 Delito de trata de blancas y delito de prostitución coactiva (Art. 177 bis y 188 CP)

Los Arts.188.1 CP y 177 bis CP son perfectamente compatibles, ya que cada uno de ellos protege a distintos bienes jurídicos, por una parte, la libertad sexual, por otro, la dignidad del ser humano y sus derechos como tal. Se aprecia individualmente con respecto a cada víctima, de modo que hay un delito por cada una¹², y entre ambos tipos delictivos, el del Art. 177 bis y el Art.188 un concurso medial, línea concursal que sigue el TS en su amplia jurisprudencia sobre el tema¹³.

¹² STS nº.7875/2004 FJ 6º: “El vigente Código penal, en su artículo 74 al igual que el artículo 69 bis del CP derogado, excluían la posibilidad de aplicar la figura del delito continuado a aquellos casos en los que la conducta delictiva constituye una ofensa a bienes jurídicos eminentemente personales, por considerarlos la ley tan importantes que cualquier atentado contra los mismos ha de considerarse una sola infracción independiente, sin que quepa la acumulación de varios de tales atentados para ser pensados como un solo delito de carácter continuado, pese a que todos ellos infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales”

¹³ SSTS nº 9481/2014 y nº 1503/2015, por ejemplo.

1.3.2 Delito de prostitución coactiva y delito de inmigración clandestina (Art. 188 y 318CP)

Se estima que no procede la condena en base al artículo 318 bis CP porque no concurre un delito contra los extranjeros, puesto que las víctimas pertenecen y son ciudadanas de la Unión Europea desde que se produjo la adhesión a la misma por parte de Rumanía en el año 2007¹⁴. El propio TS establece que:

“No puede sostenerse la existencia de un tráfico ilegal o de una inmigración clandestina de ciudadanos extranjeros cuando estos mismos ciudadanos tienen derecho a entrar en el territorio por cuyas fronteras acceden. Tal conclusión no se altera por el hecho de que existan o hayan existido restricciones administrativas, no a la libre entrada, sino a la libre incorporación en el mercado de trabajo. El carácter ilegal o la naturaleza clandestina de los flujos migratorios representa un elemento normativo del tipo, cuyo alcance no puede ser precisado de espaldas al entramado normativo que define y desarrolla los términos del estatus de ciudadano europeo y los límites de los derechos de libre circulación y residencia. De ahí que, con independencia de la fecha en que tales hechos fueron cometidos, la sobrevenida desaparición del bien jurídico tutelado respecto de aquellos ciudadanos que se han convertido en europeos de pleno derecho, obliga a la estimación del motivo”

Por tanto no podremos apreciar en lo referente a María, un concurso de delitos entre estos dos tipos, por ser ella una ciudadana rumana y por tanto ciudadana de la Unión Europea, pues desde el momento en el que Rumanía es anexionada a la UE, se eliminan las fronteras y hay libre circulación, no entrando en España por tanto de manera ilegal. Cabe recordar que entra de una manera común, en bus, teniendo un billete válido y sin realizar ninguna conducta delictiva. El TS se ha pronunciado fijando que la entrada de rumanos con finalidad de prostitución no encaja en el Art.318 CP¹⁵.

1.3.3. Delito de prostitución coactiva y detención ilegal

La cuestión relativa a la posibilidad de apreciar un delito de detención ilegal juntamente con un delito de determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, ha sido resuelta en otras ocasiones por la Sala de lo Penal del TS. Así, por ejemplo, en la STS nº 1092/2004, de 1 de octubre, con cita de la STS 2205/2002, se decía que:

“La determinación al ejercicio de la prostitución mediante violencia o intimidación, o incluso aprovechando una situación de superioridad del autor o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, implica una cierta restricción de la libertad ambulatoria en cuanto que la persona que se ve determinada a actuar

¹⁴ Tomando de referencia la STS nº. 450/2008, de 03 de Julio.

¹⁵ Acuerdo de pleno TS, Sala de lo Penal de 29/05/2007

de esa forma no puede abandonar el lugar donde ejerce la prostitución mientras se dedica a su ejercicio efectivo”.

Sin embargo, solamente se debe apreciar un delito de detención ilegal autónomo, no incluido en el anterior por aplicación del principio de especialidad, 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 ambulatoria ínsita a la coacción psíquica ejercitada para el mantenimiento en la actividad de prostitución"*¹⁶.

El TS afirma que se va más allá cuando:

“De no haberse producido un encierro o detención como tal, concurren circunstancias que impiden a la víctima ir a donde quiera, cuando quiera y en las circunstancias que quiera, entendiéndose que tal situación se produce si ha habido retirada de pasaporte, se desconoce el idioma de forma absoluta, se carece de dinero propio, de persona conocida en el país o se vive en una situación de temor provocado por el o los sujetos activos, yendo siempre acompañada a todo lugar, lo que impide escapar”.

La jurisprudencia del TS observa en reiteradas ocasiones un concurso real entre ambos delitos (SSTS 127/2008 y 8542/2012), aunque quizá sea técnicamente más correcta la aplicación de un concurso medial.

1.3.4. Delito de organización criminal

El Art.570 Bis CP establece que:

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

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que

¹⁶ STS 651/2010 (RJ 3891/2010), de 24 de Junio, FJ 3º, *“privación que sería propia de la dinámica del delito de determinación coactiva a la prostitución, en cuanto se encerraba a éstas en las habitaciones, privándolas así de libertad para moverse del lugar. Su condena pues por este delito no infringe, como se sostiene, el principio non bis in ídem”.*

de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

2. *Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:*

a) esté formada por un elevado número de personas.

b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.

c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

3. *Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.*

El Art.570 Ter por su parte puntualiza:

1. *Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados:*

a) Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.

Surge aquí la cuestión de si la agravación contemplada en los distintos tipos ya tratados, es compatible con la penalidad que el legislador establece para las organizaciones y grupos criminales, esto es, si al integrante o partícipe de una de estas organizaciones o grupos le debe ser impuesta la pena establecida en los Arts. 570 bis o 570 ter CP y además la pena correspondiente al tipo cometido con la agravación contemplada.

Cuando nos hallamos ante hechos delictivos que encajan en dos tipos penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuricidad del suceso, se produce un concurso de normas. Así, si el culpable de un determinado hecho delictivo pertenece a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique solo a la realización, por ejemplo de delitos de trata de seres humanos como en este caso (Art. 177 bis), el concurso de normas deberá ser resuelto conforme al criterio de la absorción o consunción previsto en el Art. 8.3 CP, en cuanto el precepto penal más amplio consume a otro más simple¹⁷.

La organización criminal se caracterizaría por la agrupación de más de dos personas, la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada. Aunque lo fundamental sería la estabilidad y el reparto de tareas. Se entenderá como grupo estructurado el que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos

¹⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Comentarios a la reforma penal de 2010”, pág.503 a 520, Valencia, 2010.

graves o delitos tipificados con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. No aquel grupo formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada¹⁸.

1.4 Conclusión

Nos hallamos ante un delito de trata de blancas en concurso medial con un delito de prostitución coactiva, teniendo en cuenta siempre que una de las chicas es menor de edad y que otra de ellas, María fue captada cuando el delito de Trata por lo que con respecto a ella solo se aplica lo referido a prostitución coactiva. El local perteneciente a la sociedad NA&MA.S.L., propiedad de Alberto y Santiago, es el centro neurálgico de toda una trama de Trata de seres humanos cuya finalidad es la captación de mujeres en Rumania, siendo la encargada de realizar el engaño a las chicas Romelia, para coaccionarlas a prostituirse una vez llegadas a España en el local gestionado por Tatiana, Zulaika y Pietro.

Aquí todas se encuentran en una situación de reclusión, donde su voluntad se ve totalmente doblegada por la intimidación a la que son sometidas. Muy ejemplificador de esto último es el hecho de que sus pasaportes les son retirados, hay barrotes en las ventanas y deben ser acompañadas por Pietro en todo momento. Además como bien ha apuntado el TS, el hecho de no conocer la lengua española supone un reflejo de la vulnerabilidad de estas mujeres. Existe también un delito de privación de libertad, pues por lo ya expuesto en los fundamentos jurídicos, el TS aprecia su concurrencia cuando aun no habiendo encierro como tal existe una situación tal que impide al sujeto ir a donde quiera, cuando quiera. El caso que nos ocupa sin duda entra dentro de esto, ya que todas están sometidas a una fuerte vigilancia y no cuentan con recursos para irse, pues desconocen el idioma, no conocen a nadie en España, no tienen dinero propio, etc.

Tatiana gestiona las ganancias de las chicas, que después entrega a Alberto y Santiago. Estos últimos actúan a través de la sociedad, pero realmente nos encontramos ante una red delictiva perfectamente perfilada. Estamos ante un supuesto de autoría mediata, utilizando la sociedad y las personas que trabajan para ella con el fin de delinquir y obtener beneficios. La autoría mediata en derecho penal es una forma de autoría caracterizada por la comisión de un delito a través de otra persona, física o jurídica. La figura de la autoría mediata busca ampliar el concepto de autor basado tradicionalmente en la ejecución de propia mano del tipo. De lo dispuesto en el art. 28 CP se entiende que también puede ser autor de un delito quien no ha tomado parte en la ejecución del mismo. Es necesario que concurra:

- El instrumento o "autor inmediato" que es quien realiza la acción ejecutiva.
- El autor mediato que posee el dominio del hecho.
- Dominio de la voluntad o relación de subordinación.

¹⁸ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Nueva York de 15 de noviembre de 2000, firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

- El instrumento actúa sin libertad o sin conocimiento.

En este caso el dominio de la voluntad se obtiene a través de los llamados aparatos organizados de poder, en los que la preponderante posición que ocupan en ellos uno o varios sujetos los convierte en autores mediatos de los delitos que ejecutan sus miembros, el caso de Santiago y Alberto, dueños de la sociedad. *“Esta forma de autoría mediata es independiente de la forma de la coacción y del error; su fundamento se encuentra en la fungibilidad de los miembros de la organización criminal, que llevaban a cabo la ejecución de las ordenes; éstos son meros instrumentos de los que se encuentran en la cúpula del aparato cuando les ordena la comisión de un delito”*¹⁹.

Al hilo de todo esto, nos encontramos ante una organización criminal donde todos tienen una tarea concertada y coordinada. Todos son conscientes de la actividad desarrollada, así pues Romelia es el punto de enlace en Rumanía encargada de captar mujeres, Tatiana regenta el local, Pietro vigila, Zulaika custodia los pasaportes, etc...

Por todo, desde mi punto de vista:

-Romelia debe ser imputada por un delito de trata de blancas en grado de autora (su acción es fundamental para captar a las chicas y entra dentro del tipo, además por su relación familiar con Tatiana se puede presumir que está al tanto del destino de las chicas) por cada chica que haya engañado en Rumania para que viajara a La Coruña (Exceptuando a María, pues cuando ella fue engañada no existía este delito) con agravante por minoría de edad en el caso de Nicoara y perteneciente a organización criminal. Como pena accesoria inhabilitación especial para ejercer el derecho a sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

-Tatiana debería responder como imputada por un delito de trata de blancas en grado de autora por cada chica (salvo María) con agravante por minoría en el caso de Nicoara. Así mismo es autora, aplicándose concurso real con el delito de trata, de un delito de prostitución coactiva por cada una de las chicas con agravante por menor de edad en el caso de Nicoara. En concurso real con estos delitos, es autora de un delito de detención ilegal por cada una de las chicas y de pertenencia a organización criminal. Como pena accesoria inhabilitación especial para ejercer el derecho a sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

-Zulaika debería ser imputada por un delito de prostitución coactiva en grado de coautora, pues es ella la encargada de retirar y custodiar los pasaportes y vigilar a las chicas. También custodia el dinero. Se le imputa también, en concurso real, un delito de detención ilegal en grado de cómplice y de pertenencia a organización criminal. Como pena accesoria inhabilitación especial para ejercer el derecho a sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

-Pietro debería ser imputado por un delito de prostitución coactiva en grado de coautor, pues vigila a las chicas, actividad fundamental para que estas no escapen y que tiene relevancia a la hora de doblegar su voluntad. También custodia el dinero. Se le imputa también, en concurso real, un delito de detención ilegal en grado de cómplice y de pertenencia a organización criminal. Como pena accesoria

¹⁹ MÁRQUEZ CÁRDENAS, A.E., *“Autoría mediata en Derecho penal, formas de instrumentalización”*.

inhabilitación especial para ejercer el derecho a sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

-Alberto y Santiago conforme a las reglas de la autoría mediata, serían responsables en grado de autores por un delito de trata de blancas por cada chica (salvo María) con agravante por minoría en el caso de Nicoara. Así mismo, aplicándose concurso real con el delito de trata, de un delito de prostitución coactiva por cada una de las chicas con agravante por menor de edad en el caso de Nicoara. En concurso real con estos delitos, autores de un delito de organización criminal. Como pena accesoria inhabilitación especial para el desempeño de actividades empresariales.

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

2.1 Fundamentos de Hecho

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

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

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

2.2 Fundamentos Jurídicos

2.2.1 Delitos de Tráfico de Drogas y Tráfico de Sustancias Nocivas

El Art. 368 CP, cuyo bien jurídico protegido es la salud pública, establece que “*Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o las posean con aquellos fines, serán castigados con la pena de prisión de tres a seis años y multa de tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, si se trata de sustancias o productos que causen grave daño a la salud y de prisión de uno a tres años y multa de tanto al duplo en los demás casos*”. En su segundo párrafo añade que «*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los arts.369 bis y 370*».

La conducta típica del Art. 368 del Código Penal, se centra en las actividades de promoción, favorecimiento o facilitación a tercero del consumo ilegal de drogas (STS 154/2004 de 13 de febrero). En concreto los comportamientos aparecen vertebrados,

pudiendo distinguirse: Un número de acciones que estarían más vinculadas al comercio o tráfico y otro grupo donde aparecerían comportamientos facilitadores del consumo que se podrían entender como actos relacionados con el tráfico de modo indirecto.

Se incluye dentro de estos actos favorecedores, el transporte, la donación, la indicación de lugares o personas que trafican. Cerrándose el tipo con la referencia a la mera posesión cuando se busquen los citados fines. Es uno de los delitos de mayor aplicación práctica, por lo que la jurisprudencia sobre esta materia es muy extensa. No es ley penal en blanco sino una norma completa, limitándose los Convenios Internacionales a la clasificación científica de las sustancias objeto de las conductas (STS 223/1997 de 7 de julio).

Es esa segunda agrupación donde podríamos encajar la conducta de Pietro, ya que tiene la llave del armario y es el que realmente custodia y compra el Nitrito de Amilo, conocido vulgarmente como Popper. Por otro lado la finalidad es comercializarlo en el local. También reconoce haber vendido Ketamina, haberla consumido él y facilitársela a alguna de las chicas. Todas estas conductas se recogen en el tipo.

Con respecto a Zulaika y Tatiana, de la primera no podemos decir que haya tenido una actividad incluida en el Art.368 CP, si bien es cierto que podría tener conocimiento de las actividades de Pietro, no se considera, a mi juicio, lo suficientemente acreditado que haya colaborado o facilitado la actividad. Caso distinto es el de Tatiana, que es la que se encarga de gestionar el local, y seguramente sea consciente de que Pietro adquiere y comercializa con Popper (el sitio en el que lo guarda es un armario del local cuyas llaves probablemente le haya dado Tatiana, o al menos ella tiene conocimiento de que lo guarda allí) y por otro lado, si la Ketamina se recibió como pago por un servicio sexual, Tatiana tiene que ser conocedora de que en vez de dinero el cliente paga con droga, y es precisamente ella quien lo puede autorizar.

Tatiana podría ser considerada autora o cooperadora necesaria, siendo a mi juicio más acertada esta última consideración pues cooperador necesario es aquel que interviene con una aportación determinante para que se realice el tipo²⁰, siendo consciente de la realización del mismo pero desde una posición secundaria, y al dejarle a Pietro usar un armarito para tener la droga, aceptar un pago de un cliente, etc... está adoptando una conducta relevante y esencial para la comisión del delito en el local.

El CP diferencia a la hora de establecer la penalidad entre sustancias que causan grave daño a la salud y aquellas otras que no causan ese grave daño. Aquí nos encontramos con dos sustancias diferentes, por un lado el Nitrito de amilo, conocido como Popper vulgarmente (cabe recordar que hay muchas clases de Popper y no todos están considerados droga), y por otro lado con Hidrocloruro de Ketamina.

Nuestro sistema penal no ofrece un concepto jurídico de droga y sigue un criterio enumerativo por remisión a los Convenios Internacionales suscritos por España y publicados en el Boletín Oficial del Estado, utilizando el sistema de listas o la

²⁰ MUÑOZ CONDE, F. “*Derecho Penal Parte General*”, cap. 27, 6ª ed., 2004, Tirant lo Blanch

determinación por Orden Ministerial del Departamento de Sanidad y Consumo que califica una concreta sustancia de psicotrópica o estupefaciente²¹.

La Ketamina no produce ningún problema pues fue incluida el 21 de Octubre de 2010 en la Lista IV de sustancias fiscalizadas en España después de que la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas exhortó a los Estados miembros a que consideraran la posibilidad de fiscalizar el uso de la Ketamina²². Con respecto a la cantidad de 7g, ya en su STS 1118/2012 el TS condena por cantidad menor, por lo que no nos encontramos ante cantidades consideradas de autoconsumo. No obstante Pietro ya deja claro que lo ofrece a las chicas y que en alguna ocasión lo ha vendido, así que no se aprecian dudas.

Problemas mayores presenta el Nitrito de Amilo, ya que no todas las sustancias conocidas bajo el nombre de Popper son consideradas drogas y tampoco está clara la cantidad tóxica en un adulto, aunque normalmente se considera que en frascos de 10-30 ml (STS 129/2013). En el caso que nos ocupa se expone que son 17 frascos los hallados, pero no su cantidad. En España, el ámbito legal administrativo, los “Poppers” al tener entre sus ingredientes sustancias farmacológicamente activas, son, por principio, medicamentos o tienen, por definición, la consideración de medicamentos, por lo que estarían sometidos al control de los mismos²³.

Actualmente, ningún producto que cuente con Nitrito de Amilo en su composición forma parte de ningún medicamento autorizado en España, y por tanto no cuenta con la preceptiva autorización de comercialización expedida por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios tras la evaluación de su seguridad, calidad y eficacia²⁴, por lo que su presencia en el mercado como medicamento se reputa clandestina²⁵.

En el ámbito legal penal, el Popper tiene la consideración de sustancias nocivas para la salud, si bien en el caso concreto habría que realizar un estudio para determinar hasta qué punto causa un daño grave, podemos afirmar que su elaboración o comercio sin las preceptivas autorizaciones sanitarias al respecto, conformarían un ilícito administrativo contra la salud pública, abriendo las puertas al delito de tipo genérico del Art. 359 del CP. Pietro adquiere esta sustancia a través de internet y una vez la obtiene se encarga de venderla a aquellos clientes que se la demanden, lo que podría constituir un delito de tráfico de sustancias nocivas.

Por tanto, si se aplica el precepto anteriormente citado, se castigaría a *“El que, sin hallarse debidamente autorizado, elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o los despache o suministre, o comercie con ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para profesión o industria por tiempo de seis meses a dos años”*.

²¹ STS 378/2006, de 31 de marzo

²² El 49º período de sesiones de la ONU celebrado en marzo de 2006 aprobó la resolución 49/6 en referencia a la fiscalización de la Ketamina.

²³ Ley 29/2006 de Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos.

²⁴ Art.9 Ley 29/2006, de 26 de julio.

²⁵ Según lo dispuesto en el artículo 95.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

2.2.2 Agravantes del delito de Tráfico de Drogas

En el segundo párrafo del Art.368 se establece que *«No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los Arts.369 bis y 370»*.

Por su parte el Art.369.1.3ª) *«Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos»*

El fundamento de esta agravación es el mayor grado de reproche de esta conducta, que permite una mayor difusión de la droga al facilitar el acceso a la misma. La jurisprudencia justifica la agravación que el uso del local supone, *“por el desvío utilizado del establecimiento, cuya permisión de apertura se ciñe a fines de utilidad o esparcimiento público, y por el fraudulento e ilícito aprovechamiento de las posibilidades propiciadas por el marco aparente de legalidad”*. El subtipo agravado sólo debe operar cuando los actos de tráfico de drogas realizadas en el establecimiento abierto al público por el regente o empleado del mismo, revelen una cierta dedicación y pluralidad y no deberá apreciarse cuando sólo estemos ante un acto aislado de poca entidad.

Autores son sólo el responsable o empleados del establecimiento, pudiendo ser cómplice quien envía a otro a comprar droga al local, facilitándole la dirección de aquél y la persona empleada en el mismo por la que debía preguntar para adquirirla. Se exige la constancia de la finalidad de tráfico en él y se excluyen los supuestos en que el local es mero depósito transitorio de la sustancia o no se aprovechan las facilidades proporcionadas por el establecimiento aunque se produzca en el interior un acto de tráfico, o varios ocasionales (en esta línea la STS 111/2004, de 29 de enero).

En el asunto que nos ocupa, Pietro es quien adquiere la droga y se entiende que Tatiana es conocedora, pues es quién gestiona el local y probablemente la que le facilitó el depósito y guarda de la misma. Con respecto a Zuleika, no se aprecian detalles claros que la impliquen con esta actividad y si bien puede que sea conocedora del hecho, no participa activamente ni es de vital importancia para el desarrollo del tipo. Por otro lado, y como el TS exige, no se trata de una actividad ocasional, pues Pietro afirma haber ofrecido a las chicas siempre que ellas quisieran y también a los clientes.

El Art. 369 bis expone “Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.

A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero.

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

- *Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*
- *Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.*

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

Como ya he referido, se imputa un delito de Organización criminal y por tanto habrá que atender a lo recogido en el Art.369 bis ahora citado en el momento de fijar las penas.

2.3 Conclusión

Nos encontramos ante un delito contra la salud pública recogido en el Art. 368 CP que castiga la promoción, favorecimiento, facilitación del consumo ilegal de drogas, la donación, posesión...Es, como vemos, un tipo penal abierto. Pietro y Tatiana son los principales responsables de esta conducta delictiva, pues uno no podría custodiar ni vender en el local la droga sin el consentimiento de la segunda. Conducta que supone además una agravante por venta en local abierto al público, por la mayor accesividad que conlleva y la mayor puesta en riesgo de la salud pública. El caso de Zulaika, a mi juicio, no debería castigarse porque su participación en estos hechos concretos, no es relevante, desde mi punto de vista.

Hay que diferenciar entre el Hidrocloruro de Ketamina y el Popper de Nitrito de Amilo. El primero no presenta problemas, pues es considerado droga en virtud de la Lista IV de Sustancias fiscalizadas en España y el propio Pietro reconoce su consumo y el ofrecimiento a las chicas. El Nitrito de Amilo no está fiscalizado pero al ser una sustancia que en origen integra medicamentos, y no habiendo ninguno de estas características autorizado en nuestro país, y por tanto sin la preceptiva autorización administrativa sanitaria, creo que es lógico considerarla sustancia nociva y castigarla en virtud de la conducta del Art.359 CP.

-Pietro debe ser imputado como autor por un delito contra la salud pública (Art.359) en concurso real con un delito de tráfico de drogas con agravante por realizarse en un local y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y de conformidad con el Art. 372 del CP, inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de hostelería

-Tatiana, por su parte, debería ser imputada como autora²⁶, al ser determinante su conocimiento de los hechos y conformidad con los mismos, cosa que supone una aportación importante para la realización del tipo, de un delito contra la salud pública (Art.359) en concurso real con un delito de tráfico de drogas con agravante por distribución en un local y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y de conformidad con el Art. 372 del CP, inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de hostelería

²⁶ En el ámbito concreto del delito contra la salud pública de tráfico de drogas, se subraya en la referida sentencia de TS, Sala Segunda, 115/2010, la dificultad de apreciar la complicidad como forma de participación en el delito de tráfico de drogas, *“habida cuenta de la amplitud con la que se describe el tipo en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor, de forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendida en ninguna de las modalidades de conducta descritas, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del “favorecimiento del favorecedor” (STS núm. 643/2002, de 17 de abril), con la que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian de forma muy secundaria (STS núm. 93/2005, de 31 de enero)”*.

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

3.1. Fundamentos de Hecho

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

3.2. Fundamentos Jurídicos

3.2.1. Delito contra la Hacienda Pública

El Art.305 CP establece el delito por defraudación a hacienda en su apartado primero: *“El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.*

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

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

El bien jurídico protegido, según la doctrina mayoritaria, tiene naturaleza articulada sobre la protección de la Hacienda Pública²⁷; el objeto sería patrimonial pero desde la óptica de los intereses públicos, en su faceta de recaudación patrimonial.

El sujeto activo sería la persona que está obligada al pago del tributo y que elude el pago u obtiene beneficios o devoluciones fiscales indebidamente. Sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria, pertenece a la categoría de los delitos especiales propios, pero no cualquier deudor tributario puede realizar el tipo recogido en el Art.305 CP, cada contribuyente es autor potencial del mismo tan solo respecto a la específica obligación con el Estado, no de otras. Se debe realizar la acción u omisión sobre sus propios tributos²⁸.

Al hilo de esto, la realización del tipo penal puede ser por acción u omisión. En el caso que nos ocupa nos encontramos ante una conducta activa, pues se trata de comunicaciones falsas en la declaración tributaria, ocultación parcial de actividades que generan ingresos, etc... La obligación en el pago es la sociedad Na&Ma. S.L., por tanto de debe atender a lo dispuesto en el Art. 310 CP²⁹ con respecto a las penas que se pueden imponer a la persona jurídica. Además, en relación a lo expuesto, el Art.31 Bis.1 del CP dispone que *“En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”*. A esta responsabilidad de la persona jurídica se suma la de los

²⁷ MARTINEZ-BUJÁN PEREZ, C., *”Derecho penal económico”*, Tirant lo Blanch, 2002 y VIVES ANTÓN, T.S. (coordinador), *“Comentarios al Código Penal de 1995”*, pág. 1464, Tirant lo Blanch, 1996

²⁸ STS 25 noviembre de 1990

²⁹ *“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrán las siguientes penas:*

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

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

c) Multa de seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el artículo 310.

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

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

responsables o administradores de la misma, es acumulativa, no se sustituye una por la otra³⁰.

De este modo, se puede imputar un delito de defraudación tributaria a una sociedad, cuando éste se realice, en todo caso y como no podría ser de otro modo, por alguna persona física, siempre y cuando dicha figura delictiva se cometa en su provecho, lo cual puede ser factible si la cuota defraudada se utiliza en las actividades propias de la entidad o bien la misma se transfiere al patrimonio de los socios³¹. Además la responsabilidad penal puede derivar de las actuaciones del administrador cuando éste tenga la condición de gestor independiente (un abogado o un asesor fiscal)³² porque no resulta imprescindible que dicho sujeto se encuentre vinculado a la empresa a través de un contrato laboral o mercantil, siendo suficiente con que el trabajador actúe por cuenta de esta última y en su provecho. Por tanto responderá también Xaime, que obra como asesor jurídico de la sociedad, y además, con posterioridad, les dice como canalizar esos beneficios hacia cuentas en Gibraltar.

Se exige que la cantidad alcanzada sea de 120.000 Euros, cantidad que se alcanza en todos los ejercicios salvo en el último. En su apartado segundo a) el Art.305 establece que: *Si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. No obstante lo anterior, en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en el apartado 1”*.

Atenuantes

Se prevén determinados supuestos de atenuación de la responsabilidad que atañen, en exclusiva, a las personas jurídicas y entre los que destacan la confesión de la infracción, en nuestro caso, del delito fiscal, a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de normas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse bajo la cobertura de aquéllas³³.

³⁰ Así se ha declarado en el apartado VII de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio

³¹ ADAME MARTÍNEZ, F.: “Autoría y otras formas de participación en el delito fiscal. La responsabilidad penal de administradores y asesores fiscales”, Comares, Granada, 2009

³² CARRERAS MANERO, O., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus implicaciones en el delito de defraudación tributaria” Crónica Tributaria nº. 143/2012

³³ “Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

Agravantes

El Art.305 bis CP impone de forma específica que:

El delito contra la Hacienda Pública será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- a) *Que la cuantía de la cuota defraudada exceda de seiscientos mil euros.*
- b) *Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal.*
- c) *Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito.*

2. A los supuestos descritos en el presente artículo les serán de aplicación todas las restantes previsiones contenidas en el artículo 305.

En estos casos, además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años.

3.2. Delito de Blanqueo de capital

En una primera aproximación se puede definir el Blanqueo atendiendo a sus elementos³⁴:

- Como proceso: Conjunto de actuaciones, fases o etapas por las que los bienes de origen ilícito pasan a tener una apariencia de legalidad.
- Proceso de ocultación: Mayoritariamente se acepta que el objetivo principal es ocultar algo, disfrazar el verdadero origen ilegal.
- Objeto de ocultación: Hay que determinar lo que se oculta, si el origen ilícito del bien, tanto el bien como el origen, etc...
- Apariencia de legitimidad de los bienes blanqueados: Lo que se pretende es conseguir bienes con apariencia de legalidad.

Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.

La regularización por el obligado tributario de su situación tributaria impedirá que se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria". Art.305.4 CP

³⁴ BLANCO CORDERO, I., "El delito de blanqueo de capitales" pág.91 a 92, Aranzadi, 2002

El delito de blanqueo de capitales se regula en el Art.301.1 CP:

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

En su apartado segundo establece:

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

El Art. 301.1 CP hace recaer la acción típica sobre los bienes, tanto muebles como inmuebles, materiales e inmateriales, derechos o valores y créditos. Esta acepción se enmarca dentro de la prevista en el Convenio de la ONU contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 19 de diciembre de 1988 y la Directiva 91/308/CEE, sobre prevención de la utilización del sistema financiero en el blanqueo de capitales³⁵. Es en el grupo de conductas de este apartado primero donde nos tenemos que situar con respecto a nuestro caso, teniendo que haber un previo delito consumado, en este caso el de defraudación de hacienda.

Podemos deducir de lo expuesto que los responsables serán los socios de Na&Ma.S.L., Alberto y Santiago y responsable como inductor Xaime, que es el que da la idea para cometer el ilícito penal y el que tiene los conocimientos adecuados para asesorarles sobre la comisión del mismo, además en virtud de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales, también se considera sujeto obligado a informar de irregularidades y no lo hace³⁶. Buscan disimular o enmascarar las actividades

³⁵ Art. 1 del Convenio de Viena, letra q): “por “bienes” se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”.

³⁶ Art.2.1ñ) de la Ley 10/2010 de prevención de Blanqueo de capitales “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

delictivas previas de defraudación de Hacienda³⁷ y el beneficio económico obtenido. Como se puede observar en el caso, facturan falsamente como comidas del Principito, parte de los beneficios derivados de la prostitución para darle apariencia de legalidad.

El Art.301.4 CP abre las puertas a castigar las conductas de blanqueo de capitales total o parcialmente cometidas en el extranjero. El blanqueo es un fenómeno transnacional, que se desarrolla más allá de los límites nacionales, a veces a propósito, con el fin de buscar una mayor opacidad e impedir el descubrimiento. Ocurre con las cuentas que hay en Gibraltar, que suponen una mayor traba al descubrimiento del ilícito. Gibraltar no es un paraíso fiscal desde 2009, año en el que se le permitió abandonar la lista de territorios considerados paraíso fiscal a cambio de firmar múltiples acuerdos relacionados con la transmisión de información bancaria, no obstante con España no existe ninguno concreto en esta materia por depender el mismo del reconocimiento por parte de España de la soberanía del Peñón.

Con respecto a la prueba del blanqueo el TS a lo largo de su jurisprudencia dice que para acreditar su comisión habrá que tener en cuenta:

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

Además con respecto a la continuidad delictiva el TS sea pronunciado en su STS 1238/2013 estableciendo que el delito de blanqueo de capitales:

“El delito de que tratamos, aun siendo de tracto continuado, no puede conceptuarse como un delito continuado. Señalando esta sentencia que la utilización en plural del término “actos” nos obliga a considerar que una pluralidad de ellos queda abarcada en el propio tipo penal (...) En definitiva, actividades plurales que nos obligan a que tengamos forzosamente que considerar integrados en esta figura criminal, como delito único la pluralidad de conductas homogéneas, que, de otro modo, habrían de constituir un delito continuado, esto constituye un solo delito aunque esté integrado por varias acciones.”

Por tanto no cabe entender un delito continuado si seguimos la doctrina del TS.

fideicomisos, sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria”.

³⁷ STS 801/2008 (RJ 2008/6963) de 26 de noviembre “*se expresa que la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria del mismo, constituye una conducta defraudatoria en tanto en cuanto implica una infracción del deber mediante una actuación de ocultación de la realidad en que el deber se basa o se origina. Situación perfectamente aplicable al caso que ahora examinamos”.* (F. J. 2º)

Agravantes

El Art. 302 CP: *“En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones”*

El Art.303 CP: *“Si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión y oficio, (...) por autoridad o agente de la misma. A tal efecto se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes”*.

3.3. Concursos

3.3.1 Concurso real entre el delito de defraudación a Hacienda y Blanqueo de capitales

En el caso del delito de Blanqueo de capitales se exige la existencia de un delito previo³⁸, que es lo que habilita a los bienes para ser blanqueados. Es mayoritaria la opinión de que la exigencia de delito previo es requisito del tipo, y quedarían abarcados como objeto todos los bienes con origen en un hecho típico y antijurídico.

En relación al delito contra la Hacienda Pública ya comentado, dice el TS³⁹ que: *“según la definición de blanqueo de capitales de la Ley 10/2010, el contribuyente defraudador, por el mero hecho de serlo cometería, al mismo tiempo y por los mismos hechos dos delitos, uno el de defraudación y otro el de blanqueo porque posee bienes que tienen origen en tal actividad”*. Por su parte Falcón y Tella: *“el blanqueo por el propio autor del delito fiscal sólo será posible cuando con él se pretenda ‘ocultar o encubrir el origen delictivo del dinero’*”.

De manera que los delitos contra la Hacienda Pública se considerarían delitos previos del blanqueo de capitales, por lo que el defraudador fiscal puede ser condenado por delito contra la Hacienda Pública y Blanqueo de capitales simultáneamente en el mismo proceso⁴⁰: *“El delito contra la Hacienda Pública sí que es un delito precedente del blanqueo y que, por tanto, si durante la investigación penal se puede identificar razonablemente la parte de los bienes del patrimonio del defraudador que constituyen la cuota defraudada, podrá haber delito de blanqueo”*.

3.4. Conclusión

Se aprecia la existencia de un delito de Defraudación de la Hacienda Pública recogido en el Art.310CP en concurso real con un delito de Blanqueo de Capitales, regulado en el

³⁸ BLANCO CORDERO, I., *“El delito de blanqueo de capitales”* pág. 251 a 279, Aranzadi,2002

³⁹ SSTS 449/2006, de 17 de abril y 1239/2001, de 28 de julio

⁴⁰ STS de 5 de diciembre de 2012

Art.301 CP. Con respecto a esto, cabe decir que con respecto a la suma defraudada se necesita alcanzar la cantidad de 120.000 Euros, por debajo de esa cantidad se cometerá una infracción administrativa, no obstante, y aunque esta cantidad no se alcanza en el último ejercicio, el propio CP establece que el delito será perseguible desde el primer momento en el que se alcanza esa suma, si se trata de una organización criminal. A mi juicio, estamos ante un verdadero entramado empresarial dedicado a delinquir y a blanquear los beneficios obtenidos con la actividad ilícita.

El obligado al pago es la persona jurídica, pero el Art.31bis CP abre las puertas para exigir responsabilidad a los responsables o administradores de la misma, así como a aquel gestor o asesor independiente, haya o no contrato, que se encargue de orientar a dicha persona jurídica. Este es el caso de Alberto y Santiago, los socios, que ostentan el control de la sociedad, y de Xaime. Diferente es el caso de Tatiana, desde mi punto de vista ella solo se encargaba de entregar los beneficios en mano a los socios, y si bien ella recibía una retribución, no se aprecia que haya ánimo de defraudar, es una mera intermediaria que da el dinero a los responsables del negocio, pero una vez entregado desconoce el destino de las ganancias. Con respecto a los diferentes Ejercicios:

Ejercicio fiscal año 2009 (156.000 euros)

Aplicaríamos la L.O. 15/2003, que reforma el CP, vigente desde el 1 de octubre de 2004. No se aprecia prescripción pues en 2009 el delito contra la Hacienda Pública se castigaba con pena de prisión de 1 a 4 años, y por tanto, su plazo de prescripción es de 5. Debemos entender que sin otros datos más concretos, no hay prescripción ya que los hechos son instruidos en 2014.

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

Ejercicio fiscal año 2010 (161.000 euros)

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

Ejercicio fiscal año 2011 (170.000 euros)

Alberto y Santiago son autores cada uno de ellos de un delito contra La Hacienda Pública, recogido y tipificado en el artículo 305.1º CP, pero con arreglo a la reforma introducida en el CP por la L.O. 5/2010. Siendo la pena ahora prevista de 1 a 5 años de prisión y multa del tanto al séxtuplo de la cuantía con accesoria de inhabilitación de sufragio pasivo con inhabilitación especial de sufragio pasivo.

Ejercicio fiscal año 2012 (125.000 euros)

Mismas penas que en el ejercicio anterior

Ejercicio fiscal año 2013 (119.000 euros)

Se aplica la reforma introducida por la L.O. 7/2012 de 27 de diciembre, en vigor desde el 17 de enero de 2013. Como la cuota tributaria defraudada es inferior a la de 120.000 euros, no existiría delito contra la Hacienda Pública, o delito fiscal, pero sí que es posible apreciar una sanción administrativa.

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

Por tanto:

-Alberto y Santiago deben responder por un delito de defraudación a Hacienda en los términos anteriormente expuestos y en concurso real con un delito de blanqueo de capitales, con las agravantes recogidas en el Arts. 302 y 303 CP con pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de actividad empresarial.

-Xaime responderá como inductor de un delito de blanqueo de capitales con pena accesoria de inhabilitación absoluta para ejercer su profesión.

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

4.1. Fundamentos de Hecho

- I. La investigación se dirigió a la sociedad Na&Ma S. L., propietaria del local. Dicha sociedad, con domicilio social en C/Real, 21, (A Coruña) se constituyó como tal sociedad limitada con fecha 1 de febrero de 2008 y fue inscrita en el Registro Mercantil de dicha ciudad con fecha 3 de febrero del mismo año.
- II. La citada entidad cuenta desde su nacimiento con dos socios, Santiago N, quien es titular del 51% de las participaciones en que se divide el capital social y Alberto M., titular del 49% de las participaciones.
- III. En los estatutos de dicha sociedad se hizo constar como objeto social la “gestión de locales de ocio”, contando con dos establecimientos abiertos al público, el mencionado Plenilunio y un restaurante llamado Luna del Principito.
- IV. La gran mayoría del dinero proveniente de Plenilunio no era declarado a la Hacienda Pública: Tatiana lo llevaba en metálico una vez al mes a la sede de Na&Ma S. L.
- V. La gran mayoría del dinero proveniente de Plenilunio no era declarado a la Hacienda Pública: Tatiana lo llevaba en metálico una vez al mes a la sede de Na&Ma S. L.

4.2. Fundamentos Jurídicos

La responsabilidad de la persona jurídica no es directa, ya que se necesita de una persona física intermedia, aunque la persona jurídica responderá aunque la persona física: no haya sido individualizada, no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella, esté exenta de responsabilidad por falta de culpabilidad, haya fallecido, se haya sustraído a la acción de la justicia...por lo que en verdad la responsabilidad de la persona jurídica es independiente de la de la persona física, no es necesario que se castigue a esta para poder imputarle la responsabilidad derivada de un ilícito a la persona jurídica. Además la responsabilidad de las personas jurídicas no es general, existen determinados delitos tasados para los que se contempla, es un numerus clausus⁴¹.

⁴¹ Tráfico ilegal de órganos (Art. 156 bis.3 CP), Trata de seres humanos (Art. 177 bis.7 CP), Tráfico y posesión de pornografía infantil (Art. 189 bis CP), Acceso ilícito a datos o programas informáticos (Art. 197.3 CP), Estafas (Art. 251 bis CP), Insolvencias punibles (Art. 261 bis CP), Daños informáticos (Art. 264.4 CP), Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (Art. 288 CP), Receptación y conductas afines (Art. 302.2 CP), Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (Art. 310 bis CP), Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (Art. 318

El Art.31 bis CP establece que: *“Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.*

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

Desde la reforma de 2010 se requiere expresamente para imputar una responsabilidad penal a la persona jurídica que:

- 1) El delito se haya cometido en nombre o por cuenta de las mismas y en todo caso en su provecho por parte de personas con poder de dirección o representación.
- 2) El delito debe ser cometido por un empleado en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en provecho de las personas jurídicas cuando, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas anteriormente, hayan podido realizar los hechos *“por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”*⁴².

La responsabilidad de la persona jurídica no excluye la de la propia persona física, es acumulativa, pudiendo responder ambas personas⁴³. Aun cuando las personas físicas no hayan sido debidamente individualizadas o no se haya podido abrir proceso contra ellas⁴⁴. El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tal y como se contempla en el Art. 31 bis CP, se basa en la culpabilidad de las mismas.

Por un lado, en el caso de personas con poder de representación o directivos se comete el delito en nombre o por cuenta de las mismas y en su provecho, y, por otro lado, en el supuesto de empleados su fundamento reside en que actúen en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en provecho de las personas jurídicas, cuando, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas anteriormente, hayan podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos un control adecuado.

bis.4 CP), Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (Art. 319.4 CP), Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (Art. 327 CP), Depósito de sustancias peligrosas para el medio ambiente (Art. 328.6 CP), Contaminación o exposición a radiaciones ionizantes (Art. 343.3 CP), Delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (Art. 348.3CP) , Tráfico de drogas (Art. 369 bis CP) Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (Art. 399 bis.1CP) , Cohecho (Art. 427.2 CP), Tráfico de influencias (Art. 430 CP), Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (Art. 445.2CP), Organizaciones y grupos criminales (Art.570 quáter.1 CP), Financiación del terrorismo (Art. 576 bis. 3 CP) y Contrabando (Art. 2.6 de la Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio de represión de contrabando.)

⁴² Art.31 bis del CP

⁴³ MIR PUIG, S., *“Derecho Penal, Parte General”*, 9.ª ed. a cargo de Gómez Martín, pág. 202, Barcelona, 2011, y ZULGADIA ESPINAR, J. M., *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas”* pág. 283.

⁴⁴ Art.31Ter CP

Con respecto a las penas que se aplican a las personas jurídicas, el Art.33.7 CP establece siete tipos de penas, consideradas graves:

- a) multa, por cuotas o proporcional,
- b) disolución de la persona jurídica,
- c) suspensión de las actividades,
- d) clausura de los locales y establecimientos,
- e) prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito,
- f) 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,
- g) intervención judicial.

La multa es la pena principal, siendo el resto de carácter potestativo, teniendo el juez que ponderar si son más adecuadas o no en base a las circunstancias que concurran. Por último, mencionar que la responsabilidad penal de la persona jurídica llevará consigo la responsabilidad civil de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.

Exenciones de la responsabilidad

- 1.^a Que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;
- 2.^a Que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;
- 3.^a Que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención;
- 4.^a Que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.⁴⁵

4.3. Conclusión

A raíz de lo expuesto se deduce la responsabilidad de la persona jurídica por el Delito de Trata de blancas y Prostitución coactiva así como por el Delito de Defraudación a la

⁴⁵ Art.31Bis 2 CP

Hacienda Pública y Blanqueo de capitales. Ambos delitos se encuentran dentro de la lista tasada de ilícitos que pueden ser objeto de reproche a la persona jurídica y han sido cometidos, por aquellos que tienen control sobre la misma, en su provecho. Esto quiere decir que no es la persona jurídica la que delinque, siempre se necesita a una persona física, pero que delinque por, para o a través de la misma.

No es necesaria la correlativa condena de la persona física, porque se entiende que la persona jurídica debe tener una responsabilidad propia y autónoma. Tampoco se tendrán en cuenta las atenuantes o agravantes aplicadas en la persona física para graduar la responsabilidad penal de la persona jurídica, pudiendo responder del delito la persona física y la persona jurídica, o únicamente la persona jurídica.

En el caso objeto de análisis, la sociedad Na&Ma. S.L., cuenta con dos locales, en uno de ellos, Plenilunio, se da alojamiento a mujeres procedentes de Rumanía y se las obliga a ejercer la prostitución, estando sometidas a condiciones ínfimas. Esto da lugar a la obtención de grandes beneficios en provecho de la sociedad y sus socios. Posteriormente todos estos beneficios no son declarados a la Hacienda Pública, supone una disminución en el pago de impuestos, lo que también beneficia a la entidad, y son blanqueados utilizando en parte otro de los locales que posee la sociedad, La Luna del Principito, y depositados en cuentas del extranjero.

Por tanto a la sociedad Na&Ma deberá, según mi juicio, imponérsele alguna de las penas previstas en el Art.33.7CP siendo, desde mi punto de vista, acertada la pena de multa, cierre de locales y establecimientos y disolución de la misma.

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

5.1. Fundamentos de Hecho

- I- Preguntada al respecto, Tatiana sostiene que las mujeres eran en todo momento conscientes de que venían a España a ejercer la prostitución y de que tenían que abonar con su trabajo el viaje desde Rumanía, que corría a cargo de la sociedad que gestiona el local (Na&Ma S. L.), añadiendo que ella se limita a cumplir instrucciones de sus jefes, los socios Alberto M. y Santiago N.
- II- Puestos a disposición judicial tanto Pietro como Tatiana y Zulaika, la investigación se dirigió a la sociedad Na&Ma S. L., propietaria del local. Dicha sociedad, con domicilio social en C/Real, 21, (A Coruña) se constituyó como tal sociedad limitada con fecha 1 de febrero de 2008 y fue inscrita en el Registro Mercantil de dicha ciudad con fecha 3 de febrero del mismo año.
- III- La citada entidad cuenta desde su nacimiento con dos socios, Santiago N, quien es titular del 51% de las participaciones en que se divide el capital social y Alberto M., titular del 49% de las participaciones. En los estatutos de dicha sociedad se hizo constar como objeto social la “gestión de locales de ocio”, contando con dos establecimientos abiertos al público, el mencionado Plenilunio y un restaurante llamado Luna del Principito.

5.2. Fundamentos Jurídicos

La Ley General de Sociedades establece en su Art.56 los motivos de nulidad.

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

a) Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal.

b) Por la incapacidad de todos los socios fundadores.

c) Por no expresarse en la escritura de constitución las aportaciones de los socios.

d) Por no expresarse en los estatutos la denominación de la sociedad.

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

f) Por no expresarse en los estatutos la cifra del capital social y las aportaciones de los socios.

g) Por no haberse desembolsado íntegramente el capital social, en las sociedades de responsabilidad limitada; y por no haberse realizado el desembolso mínimo exigido por la ley, en las sociedades anónimas.

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

La sociedad a estudiar, Na&Ma, se registra con un objeto social de gestión de locales de ocio, cuando su verdadera actividad es la Trata de seres humanos con finalidad de explotación sexual y la prostitución coactiva, así como la defraudación a Hacienda y blanqueo de capitales. No obstante la actividad con la que se registran, aunque sea falsa o al menos no única, no es ilícita. Por tanto el registro es válido.

5.3. Conclusión

Por lo expuesto, cabe matizar que si bien la verdadera actividad que subyace es ilícita y está castigada penalmente, aquella con la que se registra la sociedad es totalmente legal y se encuentra dentro del marco perfilado por la normativa, no pudiendo ser considerada nula la sociedad.

El objeto social comprende la actividad o actividades a las que la sociedad se va a dedicar, estando aquellas que no se recojan en los estatutos fuera de su alcance, ya que la Dirección General de Registros y del Notariado no admite que se desarrollen actividades no contempladas en su objeto social.

Al constituir muchas de las actividades a las que se dedican delitos responderán penalmente por ellos, pero la sociedad existe y en ningún caso procede aquí su nulidad, porque el objeto con el que la han registrado también se realiza. Además considerarla nula tendría consecuencias en el ámbito de la responsabilidad penal graves, ya que si nunca ha existido no se le puede imputar nada.

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

6.1. Fundamentos de hecho

- I. Registro como Marca de “Pequeñas Sumisas Ardientes” para la clase 43.

6.2. Fundamentos Jurídicos

6.2.1. Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (LM).

El Art. 4 de la Ley de Marcas establece que:

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

2. Tales signos podrán, en particular, ser:

a) 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.

No obstante se presentan una serie de limitaciones al registro en los Arts.5 y 6, 7, 8, 9. Son las prohibiciones absolutas y las relativas:

-Absolutas:

- a) Los que no puedan constituir marca por no ser conformes al Art. 4.1 de la presente Ley.
- b) Los que carezcan de carácter distintivo.
- c) Los que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que puedan servir en el comercio para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino,

el valor, la procedencia geográfica, la época de obtención del producto o de la prestación del servicio u otras características del producto o del servicio.

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

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

f) Los que sean contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres.

g) Los que puedan inducir al público a error, por ejemplo sobre la naturaleza, la calidad o la procedencia geográfica del producto o servicio.

h) Los que aplicados a identificar vinos o bebidas espirituosas contengan o consistan en indicaciones de procedencia geográfica que identifiquen vinos o bebidas espirituosas que no tengan esa procedencia, incluso cuando se indique el verdadero origen del producto o se utilice la indicación geográfica traducida o acompañada de expresiones tales como «clase», «tipo», «estilo», «imitación» u otras análogas.

i) Los que reproduzcan o imiten el escudo, la bandera, las condecoraciones y otros emblemas de España, sus Comunidades Autónomas, sus municipios, provincias u otras entidades locales, a menos que medie la debida autorización.

j) Los que no hayan sido autorizados por las autoridades competentes y deban ser denegados en virtud del artículo 6 ter del Convenio de París.

k) Los que incluyan insignias, emblemas o escudos distintos de los contemplados en el artículo 6 ter del Convenio de París y que sean de interés público, salvo que su registro sea autorizado por la autoridad competente.

Lo dispuesto en las letras b), c) y d) del apartado 1 no se aplicará cuando la marca haya adquirido, para los productos o servicios para los cuales se solicite el registro, un carácter distintivo como consecuencia del uso que se hubiera hecho de la misma. Podrá ser registrada como marca la conjunción de varios signos de los mencionados en las letras b), c) y d) del apartado 1, siempre que dicha conjunción tenga la distintividad requerida por el apartado 1 del Art. 4 de la presente Ley.

-Relativas:

a) Marcas anteriores

b) Nombres comerciales anteriores

c) Marcas y nombres comerciales notorios y renombrados registrados

d) Otros derechos anteriores

e) Marcas de agentes o representantes

6.2.2 Clasificación de Niza 10ª Edición 2014 (última actualización 12/05/2015)

La Clasificación de Niza es una clasificación de los productos y servicios para el registro de las marcas de fábrica o de comercio y las marcas de servicios. El solicitante español debe indicar la clase o clases para la que solicita la marca, en el momento de la solicitud. La utilización de la Clasificación de Niza permite la presentación de solicitudes haciendo referencia a un solo sistema de clasificación y la que la preparación de solicitudes se simplifique. La clase 43 es la que nos ocupa y se refiere a:

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

-Esta clase comprende en particular:

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

-Esta clase no comprende en particular:

1. Los servicios de alquiler de bienes inmuebles, tales como casas, apartamentos, etc., para la ocupación permanente (cl. 36).
2. Los servicios de organización de viajes prestados por agencias de turismo (cl. 39).
3. Los servicios de conservación de alimentos y bebidas (cl. 40).
4. Los servicios de discotecas (cl. 41).
5. Los servicios de internados (cl. 41).
6. Los servicios de casas de reposo y convalecencia (cl. 44).

6.3. Conclusión

Por todo lo expuesto se puede observar con respecto a la inscripción de “Pequeñas Sumisas Ardientes” que en cuanto a la actividad para la que se registra, la clase 43, no se incumple la Clasificación de Niza, ya que si la inscripción de la Marca se refiere a la oferta de alimentos y bebidas para el consumo por personas o establecimientos cumple con los requisitos. Cosa distinta es con respecto al nombre elegido.

Aparentemente cumple los requisitos formales expuestos en el Art.4 de la Ley de Marcas, pero al analizar las dos clases de prohibiciones nos encontramos con que el

Art.5.1.f) establece que no se procederá a la inscripción si es contraria a “*la Ley, la moral y el orden público*”⁴⁶. Es evidente la dificultad a la hora de determinar cuándo una expresión es contraria a las buenas costumbres, pues son conceptos evolutivos, que dependen del momento histórico en el que nos encontremos y del territorio geográfico en el que lo apliquemos. El enjuiciamiento se ve afectado por un alto grado de subjetividad.

La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo señala que el examen del carácter contrario al orden público o a las buenas costumbres de un signo debe realizarse:

“Tomando en cuenta la percepción de ese signo por parte del público destinatario en la Unión o en una parte de la Unión, pudiendo consistir esa parte en un concreto Estado miembro”⁴⁷.

Con respecto al público pertinente hay que considerar que el consumidor sería aquella persona razonable, con umbrales medios de sensibilidad y tolerancia, conocedor de las normas de moral pública generalmente reconocidas en España⁴⁸. Además “Pequeñas Sumisas Ardientes” como marca incluye un elemento que, de manera objetiva, podría observarse como contrario a la moral y a las buenas costumbres.

En primer lugar, la utilización de estos tres adjetivos es posible que remita a una idea equivocada y, en segundo lugar, la mera mención del contexto comercial en el que se insertaría puede poner en cuestión el fin o actividad para el que se registra, confundiendo y dando lugar a que pensemos que se trata de un local de alterne o prostíbulo. De este modo, si tras realizar este examen, concluimos que un consumidor percibirá que “Pequeñas Sumisas Ardientes” es ofensivo o contrario a las buenas costumbres, debería denegarse el registro del mismo como marca.

Por último, no hay que olvidar que el código de la Cámara de Comercio Internacional en materia de Marketing (aunque no vinculante para las empresas españolas), sí contempla el supuesto según el cual la publicidad deberá ser decente (Art. 2), en el sentido de que “*el mensaje comercial no debe contener declaraciones o presentaciones visuales o de audio que ofendan los estándares de decencia que prevalezcan en el país y cultura donde se difunda*”, pudiendo llegar a la conclusión de que el nombre elegido podría ser relacionado automáticamente con actividades contrarias a la moral y orden público o, cuanto menos, indecentes dentro de las normas de conducta vigentes en nuestra sociedad.

A la hora de examinar la petición de registro, el encargado tendrá que analizar este punto y efectivamente dictaminar si es contrario o no a la Ley, moral y orden público, existiendo un alto grado de discrecionalidad.

⁴⁶ Correlativo al Art. 7, apartado 1, letra f), del Reglamento nº 207/2009 sobre la Marca

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de 20 de septiembre de 2011, Couture Tech/OAMI (Representación del escudo soviético), T-232/10, Rec. p. II-0000, apartado 50.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de 5 de octubre de 2011, PAKI Logistics/OAMI (PAKI), T-526/09, aún no publicada en la Recopilación, apartado 12

7. 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.

7.1. Fundamentos de Hecho

- I. Un local competidor dedicado a similar “género de comercio” ejerce acciones de competencia desleal contra Na&Ma, S.L.
- II. En los estatutos de dicha sociedad se hizo constar como objeto social la “gestión de locales de ocio”, contando con dos establecimientos abiertos al público, el mencionado Plenilunio y un restaurante llamado Luna del Principito.
- III. La gran mayoría del dinero proveniente de Plenilunio no era declarado a la Hacienda Pública
- IV. Cumple puntualmente con sus obligaciones fiscales.

7.2. Fundamentos Jurídicos

7.2.1. Ley 27/2014, de 27 de Noviembre, de Impuestos sobre Sociedades

En su Art.7.1.a) dispone que:

1. Serán contribuyentes del Impuesto, cuando tengan su residencia en territorio español:

a) Las personas jurídicas, excluidas las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil.

7.2.2. Ley 3/1991, de 30 de Enero, de Competencia Desleal (LCD)

En su Art.4 establece:

1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo

destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:

- a) La selección de una oferta u oferente.*
- b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.*
- c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.*
- d) La conservación del bien o servicio.*
- e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.*

Igualmente, a los efectos de esta ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.

2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio.

3. Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá, sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal.

Posteriormente en los Arts. 5 a 18 se hace una catalogación de las diferentes prácticas consideradas desleales. La que nos interesa en relación a la causa que nos ocupa es la recogida en el Art.15, la competencia desleal por infracción de ley:

1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.

2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

3. Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería.

“Dos son las infracciones tipificadas en el artículo 15 de la Ley 3/1991. En ambas el comportamiento desleal presupone la infracción de normas jurídicas, en un sentido material”. En el apartado 15.2 tienen por objeto la regulación de actividad

concurrential, la que está destinada a cumplir la función de ordenar el mercado y la conducta competitiva de los que operan en él. Pero en el supuesto del 15.1 “*no integran el ordenamiento concurrential, razón por la que legislador - que no pretende sancionar como desleal toda clase de violación normativa - exige que la infracción genere en beneficio del infractor una ventaja competitiva, de la que, por ello mismo, no disfrutarán quienes hubieran optado por cumplir el mandato legal por aquel desatendido*”⁴⁹.

De lo expuesto por el TS en su jurisprudencia⁵⁰, podemos deducir que nos encontramos ante el supuesto recogido en el Art.15.1 LCD, pero se exige que genere beneficio al infractor y que obtenga una ventaja competitiva.

7.2. Conclusión

La infracción del Art.15.1 LCD impone necesariamente que la inobservancia de la ley, en este caso el incumplimiento de obligaciones fiscales y administrativas (Incumplimiento del impuesto de Sociedades), suponga una efectiva ventaja en el ámbito de la competencia. El quebrantamiento de la normativa no constituye una conducta desleal por sí sola, se necesita el prevalimiento real y no potencial derivado de dicha infracción, que suponga un provecho frente a los competidores y que haya nexo entre la desobediencia de pagar impuestos y la ventaja alcanzada.

La carga de la prueba es del denunciante, que debe demostrar que además de infringir las obligaciones tributarias, dicha infracción permite una mejor posición competitiva en el mercado, pues la ventaja concurrential no se presume ni automáticamente se produce. Si se logra demostrar que el no pago de impuestos desemboca en una posición más ventajosa para NA&MA, S.L. será posible castigar a dicha empresa por competencia desleal.

La empresa que se dedica a su mismo “género de negocio” podrá inicial las acciones recogidas en el Art.32 LCD:

1. *Acción declarativa de deslealtad.*
2. *Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.*
3. *Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.*
4. *Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.*
5. *Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.*
6. *Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.*

⁴⁹ STS de 16 de Febrero de 2011.

⁵⁰ SSTTS nº 512/2005, de 24 de junio, nº 1348/2006, de 29 de diciembre y nº 311/2007, de 23 de marzo.

8. Respuestas

8.1. Órgano encargado de la investigación y del posterior proceso.

La investigación de los delitos enjuiciados por los Juzgados de lo Penal o por la Audiencias Provinciales es competencia de los Juzgados de Instrucción (o de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer cuando se trate de delitos de violencia de género) y de los Juzgados Centrales de Instrucción cuando se trate de alguno de los delitos cuya competencia está atribuida a la Audiencia Nacional.

En este caso el enjuiciamiento corre a cargo de la Audiencia Provincial pues se imputan delitos cuya pena privativa de libertad está por encima de los cinco años (Art.14 Ley enjuiciamiento Criminal o LeCrim)⁵¹. La instrucción será del Juzgado de Instrucción de La Coruña.

8.2. Detención en Rumanía de Romelia

La Orden europea de detención y entrega (Euro-Orden) es la medida de mayor interés recientemente adoptada en el marco de los países miembros de la Unión Europea⁵². Supone cauce alternativo a la extradición que minimiza los problemas de la extradición y hace más fácil el procedimiento de entrega de personas por parte de un Estado a otro Estado miembro⁵³. Este instrumento fue inicialmente anunciado por la Decisión de 13 de junio de 2002 del Consejo de Ministros de Justicia e Interior, y en España ha sido aprobado de manera definitiva por la Ley 3/2003, de 14 de marzo⁵⁴. No obstante esta norma ha sido derogada en Diciembre de 2014 y sustituida por la Ley 23/2014 de 20 Noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea⁵⁵.

⁵¹ Fuera de los casos que expresa y limitadamente atribuyen la Constitución y las leyes a Jueces y Tribunales determinados, serán competentes:

1. *Para el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, el Juez de Instrucción (...)*
2. *Para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido (...)*
3. *Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos (...) pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido (...)*
4. *Para el conocimiento y fallo de las causas en los demás casos la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido (...).*

⁵² Decisión marco 2002/584/JAI, de 13 de junio

⁵³ Tras el Acuerdo de Schengen los ciudadanos de los países miembros de la UE pueden circular por estos libremente, la Euroorden supone una herramienta más eficaz, para perseguirlos y detenerlos, con menos requisitos procesales.

⁵⁴ B.O.E. núm. 65, de 17 de marzo.

⁵⁵ BOE núm. 282, de 21/11/2014.

Por su parte la LOPJ en sus Arts.276⁵⁶ a 278 regula la cooperación internacional entre Tribunales de distintos Estados

Se entiende por instrumento de reconocimiento mutuo 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 y entrega es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad o medida de internamiento en centro de menores” (Art. 34).

La orden europea puede emitirse con dos finalidades: Proceder al ejercicio de acciones penales cuando los hechos estén castigados con pena no inferior a doce meses o con cumplimiento de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo o, para el cumplimiento de una condena, en los términos anteriores, no inferior a cuatro meses. Tanto en un supuesto como en otro tiene que haber litispendencia penal, no cabe Euro-Orden sin existencia de proceso penal incoado formalmente.

Con carácter previo a la emisión de una orden europea de detención y entrega, el Juez competente podrá solicitar autorización al Estado en el que se encuentre la persona reclamada con el fin de tomarle declaración a través de la solicitud de auxilio judicial⁵⁷. Después comunicará la orden de detención europea directamente a la autoridad judicial de ejecución (Estado receptor), previo traslado al Ministerio Fiscal y a la acusación. Se prevé la colaboración con el Sistema de Información Schengen (SIS) y con Interpol. Si la autoridad del Estado miembro de ejecución no es conocida, la Red Judicial Europea prestará su asistencia al Estado miembro de emisión. Una vez oída la persona afectada, en un plazo de 60 días posteriores a la detención, la autoridad de ejecución determinará si hace efectiva la Euro-Orden y notificará a la autoridad de emisión.

La orden de detención y entrega, redactada en la lengua oficial propia del Estado al que se solicita su ejecución o en aquella otra que éste haya aceptado, tiene que observar los siguientes contenidos:

- a) *La identidad y nacionalidad de la persona reclamada.*
- b) *El nombre, la dirección, el número de teléfono y de fax y la dirección de correo electrónico de la autoridad judicial de emisión.*
- c) *La indicación de la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva.*

⁵⁶ “Las peticiones de cooperación internacional serán elevadas por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia al Ministerio de Justicia, el cual las hará llegar a las Autoridades competentes del Estado requerido, bien por la vía consular o diplomática o bien directamente si así lo prevén los Tratados internacionales”. Art.276 LOPJ.

⁵⁷ Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000.

- d) *La naturaleza y tipificación legal del delito.*
- e) *Una descripción de las circunstancias en que se cometió el delito, incluidos el momento, el lugar y el grado de participación en el mismo de la persona reclamada.*
- f) *La pena dictada, si hay una sentencia firme, o bien, la escala de penas que establece la legislación para ese delito.*
- g) *Si es posible, otras consecuencias del delito.*

De esto deducimos que se puede pedir la detención de Romelia en Rumanía para ser juzgada y condenada en España.

8.3. Medidas cautelares contra la sociedad

Podemos diferenciar entre medidas cautelares personales y reales (Estas últimas propias del proceso civil, pero como consecuencia de las responsabilidades que puede derivar de un proceso penal, también forman parte de este ámbito).

El Art.554 quater de la LeCrim, en relación con el Art.33.7 CP, es el precepto base sobre medidas cautelares personales de aplicación a las personas jurídicas. Los Arts. 589 a 614 regulan las medidas cautelares reales. Es necesaria para su adopción la confluencia de “fumus boni iuris”⁵⁸, “periculum in mora” y proporcionalidad, de no ser así estaríamos ante medidas que atentarían contra la presunción de inocencia.

-Medidas cautelares personales

Se prevén tres medidas cautelares en el Art.544 LeCrim que restringen los derechos y la actuación de la persona jurídica con el fin de asegurar la efectividad de la eventual sentencia condenatoria y evitar que la persona jurídica siga actuando de forma penalmente reprochable⁵⁹. Estas medidas son la suspensión de actividades; la clausura de sus locales y establecimientos y la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores. En el caso de la prostitución, corrupción de menores, exhibicionismo y provocación sexual existe un tipo específico de clausura de locales.

⁵⁸ En el proceso penal, “fumus commissi delicti”, que exige la concurrencia de un hecho que presente los caracteres de un delito, siendo este uno de los que integran el listado numerus clausus que pueden dar lugar a responsabilidad penal de la persona jurídica, y la existencia de motivos bastantes para creer responsable del mismo a esa persona.

⁵⁹ Así señala PUJADAS TORTOSA, V., “Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso” pág.85 y ss., Madrid, 2008: “Todas ellas se asientan en un juicio de peligrosidad sobre un individuo, pero el objeto de protección y, por tanto, el referente final del juicio de peligrosidad es distinto: diríase que la potencialidad para materializar un riesgo de frustración procesal justifica adoptar medidas cautelares penales, la disposición del sujeto para atentar contra bienes jurídicos protegidos, fundamenta la adopción de las medidas”

1. Suspensión de actividades

Se adopta por la necesidad de prevenir la continuación de la actividad delictiva y de sus efectos, cuando haya indicios racionales de peligro de delito comisible por persona jurídica de proseguir aquella⁶⁰. Con respecto a si se refiere a alguna actividad o a toda actividad, debemos concluir que se refiere a toda actividad de forma general, pues sino el legislador habría especificado.

Para que se acuerde se pueden tener en cuenta las consecuencias económicas y sociales del cese de la actividad y los efectos para los trabajadores, sobre todo si la actividad lícita supera a la ilícita. Se excluyen por tanto las empresas “tapadera”, con actividad lícita pero que enmascaran el fin delictivo que persiguen, supuesto ante el que nos hayamos en este caso.

Nada se dice sobre la duración máxima de la suspensión cautelar. Es el Juez el que teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso fije el tiempo. En todo caso ha de tomarse como referencia el máximo de 5 años⁶¹.

2. Clausura de locales y establecimientos

El CP en su Art.33.7d) establece la pena de clausura de locales y establecimientos por un máximo de 5 años, con las limitaciones del Art. 66 CP, pero con respecto a delitos de prostitución, corrupción de menores, exhibicionismo y provocación sexual, el Art. 194 CP permite adoptar la clausura definitiva o temporal por 5 años directamente. Esta medida recae sobre los elementos patrimoniales de la persona jurídica, cerrando los locales que posee. Se intenta evitar una futura actividad delictiva al privarle del lugar físico a través del cual desarrolla su actividad. Se pueden clausurar algunos o todos los locales y establecimientos, según la relación que guarden con los hechos penalmente relevantes.

3. Intervención judicial

El Art.33.7 g) prevé la intervención judicial que tiene un fin asegurativo y conservativo, ya que pretende restaurar el orden jurídico lesionado y, neutralizar la actividad y las consecuencias negativas de la acción presuntamente delictiva en los intereses particulares de los afectados. La duración máxima será de 5 años, aunque en principio no superará los 2.

El auto en el que el juez adopte esta medida deberá especificar quien se hará cargo de la intervención y en qué plazos presentará informes. El interventor tendrá acceso a toda la información para el desempeño de sus funciones. La medida puede extenderse a la totalidad de la organización o limitarse a algunas secciones o unidades de negocio. Se podrá modificar la intervención en cualquier momento o suspenderse, previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal, si se estima que ya no es necesaria la medida.

⁶⁰ VELASCO NÚÑEZ, E., “Medidas cautelares sobre la persona jurídica delinciente”, apartado IX, Diario la Ley, nº 8169 de 14 de Octubre 2013.

⁶¹ Es el previsto para la correlativa pena, si bien para la imposición de la pena por un plazo superior a dos años será preciso que se cumpla alguna de las circunstancias del Art.66Bis.2ºCP: “que la PJ sea reincidente o que se use para cometer ilícitos penales”.

El presupuesto específico de esta medida es salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores, y si por tanto, la prioridad es poner fin a la continuidad delictiva estando estos intereses sociales en riesgo, se deberá adoptar esta medida en primer lugar y no las anteriores. No tiene por tanto mucho sentido en el caso que nos ocupa ya que estamos ante una empresa instrumental, donde la actividad ilícita es la predominante⁶².

-Medidas cautelares reales

1. La fianza

Con motivo de la responsabilidad civil que puede derivar del proceso penal por los daños y perjuicios causados, se permite la utilización de medidas cautelares reales para asegurar la satisfacción de la misma. El órgano jurisdiccional competente, mediante auto, determinará la cantidad de la fianza, que no podrá ser inferior al total del importe calculado más la tercera parte más del todo (Art. 589 LECrim.).

La fianza puede ser:

- Personal pignoraticia
- Hipotecaria
- Bancaria (se permite en la práctica de acuerdo con el artículo 784.5 LECrim)

2. El embargo

Supone la caución provisional y anticipada de bienes del imputado acordada por el órgano jurisdiccional en caso de que la fianza no se prestara. El embargo, por tanto, tiene en el proceso penal una naturaleza subsidiaria. Se adopta en el mismo auto en el que se acuerda prestar fianza (Art. 598 LECrim) de forma que, si en el día siguiente de la notificación del auto no se prestase la fianza, se procederá materialmente al embargo de los bienes, requiriéndole al procesado que señale los suficientes para cubrir la cantidad establecida.

Conviene tener en cuenta que la fianza y el embargo podrán ser reducidos y ampliados en función del aumento o disminución de las posibles responsabilidades pecuniarias del imputado.

8.4. Intervención de comunicaciones de la sociedad

El Art.579 establece que:

⁶² NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, Revista Xurídica Galega, 2009, nº63

1. 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. Asimismo, 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.

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

La intervención de las comunicaciones telefónicas es una de las diligencias de investigación que más puede afectar a los derechos fundamentales, por la limitación que supone de los mismos su adopción, ejecución y aportación al acto del juicio oral. La doctrina jurisprudencial sobre las intervenciones telefónicas se construye sobre la base de la naturaleza de derecho fundamental del secreto de las comunicaciones (Art. 18.3 CE), sin perjuicio de que pueda afectar a otros derechos y libertades que deban también ser cuidados. La protección constitucional abarca todos “*los medios de comunicación conocidos, los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro, no teniendo limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse*”⁶³.

No obstante en nuestra CE no se reconoce de forma expresa que dichos derechos fundamentales rijan para las personas jurídicas, ha sido el TC el encargado de reconocer dicha posibilidad, siempre que puedan ser, por su naturaleza, ejercitados por la misma (STC nº 64/1988 de 12 de Abril). La jurisprudencia del TS ha seguido en el caso de las investigaciones telefónicas una línea en coherencia con el TC, reconociendo el derecho a la privacidad pero con limitaciones, pudiendo extenderse la investigación a las personas físicas y jurídicas (STS de 31 de Octubre de 1994, FJº 11).

Tomando de referencia la Circular 1/2013, de 11 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre “*Pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónica*” la intervención en las comunicaciones puede definirse como una diligencia de investigación, acordada por la autoridad judicial en fase de instrucción, ejecutada bajo el control y supervisión del órgano jurisdiccional competente y acordada con el objeto bien de captar el contenido de las comunicaciones del

⁶³ SSTS nº 248/2012, de 12 de abril, 446/2012, de 5 de junio, 492/2012, de 14 de junio, 635/2012, de 17 de julio y 644/2012, de 18 de julio.

sospechoso o de otros aspectos del 'iter' comunicador, con el fin inmediato de investigar un delito, sus circunstancias y autores y/o bien con el fin de aportar al juicio oral materiales probatorios.

Los requisitos que se deben cumplir para llevar a cabo una intervención de comunicaciones son⁶⁴:

1º) La exclusividad jurisdiccional, en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Con la excepción de que haya autorización de uno de los interlocutores.

2º) La finalidad exclusivamente probatoria de las interceptaciones para establecer la existencia de delito y el descubrimiento de las personas responsables del mismo.

3º) La excepcionalidad de la medida, que sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones.

4º) La proporcionalidad de la medida, que implica que sólo habrá de adoptarse en el caso de delitos graves.

5º) La limitación temporal de la utilización de la medida.

6º) La especialidad del hecho delictivo que se investigue, pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos.

7º) La existencia previa de indicios de la comisión de delito y no meras sospechas o conjeturas.

8º) La existencia previa de un procedimiento de investigación penal, aunque cabe que la intervención de las telecomunicaciones sea la que ponga en marcha el procedimiento.

9º) La motivación suficiente de la resolución judicial acordando la intervención telefónica.

10º) La exigencia de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención.

Si se cumplen por tanto estos requisitos se pueden intervenir las comunicaciones de la sociedad y las pruebas obtenidas a través de dicha intervención serán lícitas. Como existen indicios de delitos graves, a mi parecer, es una medida proporcional y el juez, motivadamente, podrá adoptarla.

8.5. Investigación de las cuentas gibraltareñas

De nuevo, como en el caso de la posible extradición de una persona que se encuentra en un Estado de la UE diferente al que está investigando los hechos, debemos situarnos en el marco del auxilio internacional, que consiste en la cooperación entre países para realizar actuaciones jurisdiccionales fuera del respectivo territorio (Arts.276 a 278 LOPJ).

⁶⁴ Circular 1/2013 sobre "Pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónica" pág. 19.

En el ámbito penal, el auxilio judicial comprende, en primer lugar, procesos de extradición y, en segundo lugar, las llamadas comisiones rogatorias, para realizar cualquier acto dentro del marco de la instrucción del proceso penal⁶⁵. Es a través de estas comisiones rogatorias como se puede lograr el acceso a las cuentas gibraltareñas. Las peticiones de cooperación internacional serán elevadas por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia al Ministerio de Justicia, el cual las hará llegar a las Autoridades competentes del Estado requerido, bien por la vía consular o diplomática o bien directamente si así lo prevén los Tratados internacionales.

El Art. 3.1 Convenio Asistencia Judicial en Materia penal de 1959 ya definía las comisiones rogatorias como los actos de auxilio judicial dirigidos, bien a “realizar actuaciones de instrucción”, bien a “transmitir piezas probatorias, expedientes o documentos”. Esta definición se ve complementada por la memoria explicativa del convenio, en la que se señala que la comisión rogatoria en el sentido del mencionado precepto es “el encargo dado por la autoridad judicial de un país a una autoridad judicial extranjera para que practique en su lugar una o más diligencias concretas”.

En el caso concreto de Gibraltar “Las órdenes europeas de detención y entrega provenientes o dirigidas a la colonia británica de Gibraltar se regirán por lo dispuesto en el Régimen acordado sobre autoridades de Gibraltar en el contexto de los instrumentos de la Unión Europea y de la Comunidad Europea y Tratados Conexos, contenido en el documento del Consejo 7998/00 JAI 45 MI 73, de 19 de abril de 2000”⁶⁶.

Se establece así que las comunicaciones o las decisiones que vayan a notificarse, tomadas por las autoridades de Gibraltar o dirigidas a éstas, serán transmitidas por la autoridad del Reino Unido (The United Kingdom Government/Gibraltar Liaison Unit for EU Affairs of the Foreign and Commonwealth Office del Reino Unido), con sede en Londres, que el gobierno quiera nombrar⁶⁷, acompañadas por una nota de cobertura. Por tanto antes de dirigir cualquier petición a Gibraltar será necesario comunicárselo a Reino Unido que después lo remitirá a Gibraltar.

No obstante en materia de transparencia e información bancaria, Gibraltar no tiene ningún acuerdo específico con España, por negarse esta última a reconocer su soberanía.

8.6. Representación de la sociedad en juicio

El Código Penal establece en el Art.31 la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta recaerá en el administrador de hecho o de derecho o aquel que actúe en nombre y representación legal o voluntaria de la misma. No es necesario que se reúnan las cualidades o que concurren en él las condiciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

⁶⁵ Ley 23/2014 de 20 de Noviembre de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

⁶⁶ Disposición adicional primera Ley 23/2014 de Reconocimiento Mutuo de resoluciones en la Unión Europea.

⁶⁷ Art.3 del “Acuerdo España - Reino Unido sobre Régimen acordado relativo a las autoridades de Gibraltar en el contexto de los instrumentos de la UE y de la CE y tratados conexos”.

El precepto determina la responsabilidad no sólo para los administradores de derecho, es decir, el nombrado mediante la junta e inscrito en el Registro Mercantil, sino también para los administradores de hecho, aquellas persona que a pesar de no estar legitimadas para actuar como tal por no haber sido nombrada por el órgano social correspondiente ni figurar inscrito su cargo en el Registro Mercantil, adopta la apariencia jurídica de administrador formal ante tercero⁶⁸.

Cosa diferente es la representación de la persona jurídica en el proceso penal. La LeCrim en su Art. 119 otorga a la persona jurídica el status de imputado y le reconoce los mismos derechos que a un imputado persona física⁶⁹. La citación se realizará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad para que proceda a la designación de un representante, que no tiene por qué coincidir con el representante legal, así como un abogado y procurador para el procedimiento.

El sujeto designado la representará en todos los actos del proceso pero la designación del procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con él todos los actos de comunicación posteriores, incluidos los de carácter personal. Si no se nombra un representante la sustanciación del proceso no se paraliza, porque se hará a través del abogado y procurador.

La persona específicamente designada, durante todo el proceso va a ser a efectos prácticos la persona jurídica. Comparecerá como imputada en la forma descrita en el Art.775 LeCrim, acompañado de abogado y procurador, con la particularidad de que si incomparece se entenderá que se acoge al derecho a no declarar. También si no puede asistir a las diligencias de investigación o prueba anticipada, estas se desarrollarán en presencia del abogado designado (Art.120).

Podemos concluir que los socios de NA&MA.S.L podrán designar a un representante de la persona jurídica, abogado y procurador. Si no pudiera nombrar abogado y procurador se nombrarán de oficio. En caso de no nombrar un representante, se hará a través del abogado y procurador designados.

⁶⁸ “La Administración de sociedades de capital por personas jurídicas. Régimen jurídico y responsabilidad”. Monografías Aranzadi, (nº 2014/5095)

⁶⁹ GASCON INCHAUSTI, F., “Repercusiones sobre el Proceso Penal de la LO 5/2010, de Reforma del Código Penal”, ed. Aranzadi, 2010.

III. Abreviaturas, bibliografía y legislación

Abreviaturas

Art – Artículo.

CE - Constitución Española.

CP - Código Penal.

FJ – Fundamento Jurídico.

LECrIm- Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LCD - Ley de Competencia Desleal.

LM- Ley de Marcas.

LO - Ley Orgánica.

LOPJ - Ley Orgánica del Poder Judicial.

ONU - Organización de las Naciones Unidas.

OMS - Organización Mundial de la Salud.

RD - Real Decreto.

STS - Sentencia del Tribunal Supremo.

TC - Tribunal Constitucional.

TS - Tribunal Supremo.

Bibliografía

ADAME MARTÍNEZ, F. “*Autoría y otras formas de participación en el delito fiscal. La responsabilidad penal de administradores y asesores fiscales*”, Comares, 2009

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J/ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “*Comentarios a la reforma penal de 2010*”, Valencia, 2010

BLANCO CORDERO, I., “*El delito de blanqueo de capitales*”, Aranzadi, 2002

CARRERAS MANERO, O., “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus implicaciones en el delito de defraudación tributaria*” *Crónica Tributaria* Nº. 143/2012

GARCÍA ARÁN, M., “*Trata de personas y explotación sexual*”, Comares, 2000

GASCON INCHAUSTI, F., “*Repercusiones sobre el Proceso Penal de la LO 5/2010, de Reforma del Código Penal*”, ed. Aranzadi, 2010

MÁRQUEZ CÁRDENAS, A.E., “*Autoría mediata en Derecho penal, formas de instrumentalización*”

- MARTINEZ-BUJÁN PEREZ, C., “*Derecho penal económico*”, Tirant lo Blanch, 2010
- MARTOS NUÑEZ, J.A., “*El delito de trata de seres humanos: Análisis del Art. 177 BIS del Código Penal*”, Revista de la USC “Estudios Penales y Criminológicos”, vol. XXXII (2012). ISSN 1137-7550: 97-130
- MUÑOZ CONDE, F. “*Derecho Penal Parte General*”, 6ª ed, Tirant lo Blanch, 2010
- NIETO MARTÍN, A., “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*”, Revista Xurídica Galega, 2009, nº63
- PUJADAS TORTOSA, V., “*Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*”, Madrid, 2008
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE núm. 260
- RIUS DIEGO, J.F, Capítulo “*Reflexiones al Art.188 CP*”, Casos Prácticos para inspector de policía, Tecnos
- VELASCO NÚÑEZ, E., “*Medidas cautelares sobre la persona jurídica delinciente*”, Diario la Ley, nº8169 de 14 de Octubre 2013, apartado IX
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “*Prostitución: ¿hacia la legalización?*”. Tirant lo Blanch
- VIVES ANTÓN, T.S. (coordinador), “*Comentarios al Código Penal de 1995*”, Tirant lo Blanch, 1996

Jurisprudencia

- STS nº 1047/2005 (RJ 5292/2005), de 15 de septiembre
- SSTS: 1425/2005 (RJ 2006\1878) y 452/2013(RJ 2013\6423)
- STS nº 126/2010 (RJ 2010\2350)
- STS nº 129/2015 (RJ 995/2015), de 4 de Marzo
- STS nº 651/2010 (RJ 3891/2010), de 24 de Junio
- STS nº 801/2008 (RJ 2008/6963) de 26 de noviembre
- Sentencia del Tribunal Europeo de 20 de septiembre de 2011, Couture Tech/OAMI (Representación del escudo soviético), T-232/10, Rec. p. II-0000, apartado 50.
- Sentencia del Tribunal Europeo de 5 de octubre de 2011, PAKI Logistics/OAMI (PAKI), T-526/09, aún no publicada en la Recopilación, apartado 12

Legislación

Circular 1/2013 sobre "*Pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones*"

Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000.

Convenio de Viena contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 1988

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Nueva York de 15 de noviembre de 2000

Directiva 91/308/CEE, sobre prevención de la utilización del sistema financiero en el blanqueo de capitales

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, BOE nº. 10

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, BOE nº. 102

Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, BOE nº.294

Ley 10/2010 de Prevención de blanqueo de capitales, BOE nº.103

Ley 23/2014 de 20 de Noviembre de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, BOE nº. 282

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE nº.157

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE nº 281

