



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO
***CASO N° 4: TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE
BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO***

Autor:

Alejandro Zulueta Sánchez

Tutor:

Juan Ferreiro Galguera

ÍNDICE DE CONTENIDO

Bloque I – Calificación penal

Cuestión 1 – Dictamen sobre prostitución y trata de seres humanos

FJ 1º – Sobre la trata de seres humanos.....	p. 1
FJ 2º – Calificación de los hechos relacionados con el traslado de María.....	p. 5
FJ 3º – Sobre la prostitución coactiva.....	p. 6
FJ 4º – Sobre la prostitución coactiva de la chica menor de edad.....	p. 9
FJ 5º – Otros delitos relacionados con los hechos aquí tratados.....	p. 10
FJ 6º – Concursos existentes entre los diferentes delitos cometidos.....	p. 11

Cuestión 2 – Dictamen sobre sustancias

FJ 1º – Del delito del art. 368 CP sobre tráfico de drogas.....	p. 13
FJ 2º – Del delito de amilo y el tipo genérico del art. 359 CP del delito contra la salud.....	p. 18
FJ 3º – Sobre el consumo de las sustancias aquí tratadas.....	p. 20

Cuestión 3 – Dictamen sobre responsabilidad penal económica de las personas físicas

FJ 1º – Delito contra la Hacienda Pública.....	p. 21
FJ 2º – Delito de blanqueo de capitales.....	p. 24
FJ 3º – Sobre las facturas falseadas.....	p. 26

Cuestión 4 – Dictamen sobre responsabilidad penal y tributaria de la persona jurídica

FJ 1º – Responsabilidad penal de la persona jurídica.....	p. 28
FJ 2º – Imputación de delitos cometidos por personas físicas relacionadas.....	p. 30
FJ 3º – Responsabilidad tributaria.....	p. 32

Cuestión adicional – Existencia de organización criminal.....	p. 34
---	-------

Bloque II – Análisis de cuestiones de Derecho Mercantil

Cuestión 5 – Dictamen sobre la nulidad de la sociedad

FJ 1º – Sobre la constitución de la sociedad.....	p. 36
FJ 2º – Sobre la nulidad social.....	p. 36

Cuestión 6 – Dictamen sobre el registro de marca

FJ 1º – Concepto de marca y registro.....	p. 38
FJ 2º – Prohibiciones relativas.....	p. 38
FJ 3º – Prohibiciones absolutas.....	p. 39
FJ 4º – Carácter descriptivo del signo.....	p. 39
FJ 5º – Contravención de la Ley, el orden público o las buenas costumbres.....	p. 40

Cuestión 7 – Dictamen sobre competencia desleal

FJ Único.....	p. 42
---------------	-------

Bloque III – Análisis de cuestiones de Derecho Procesal

Cuestión 8.1 – Órganos jurisdiccionales competentes para investigar y enjuiciar.....	p. 44
Cuestión 8.2 – Detención Romelia en Rumanía.....	p. 45
Cuestión 8.3 – Medidas preventivas contra la sociedad.....	p. 46
Cuestión 8.4 – Intervención de las comunicaciones de la sociedad.....	p. 47
Cuestión 8.5 – Investigación de la cuenta en Gibraltar.....	p. 49
Cuestión 8.6 – Representación judicial de la sociedad.....	p. 50

Bloque IV – Conclusiones generales

Conclusión del Bloque I.....	p. 52
Conclusión del Bloque II.....	p. 53
Conclusión del Bloque III.....	p. 53

BLOQUE I

CALIFICACIÓN PENAL

En el que se resuelve:

Cuestión 1 – Dictamen sobre prostitución y trata de seres humanos

Cuestión 2 – Dictamen sobre sustancias

Cuestión 3 – Dictamen sobre responsabilidad penal económica de las personas físicas

Cuestión 4 – Dictamen sobre responsabilidad penal y tributaria de la persona jurídica

CUESTIÓN 1

DICTAMEN SOBRE PROSTITUCIÓN Y TRATA DE SERES HUMANOS

En la que se calificará penalmente los hechos relacionados con la llegada de las chicas a España y su ejercicio de la prostitución.

I.1.1 – Hechos relevantes:

I.1.1.1 – Romelia ofrece a María un trabajo en España como limpiadora en un restaurante, el cual era supuestamente propiedad de Tatiana. María acepta la oferta y el 29 de marzo de 2010 viaja a Coruña por medio de un billete de autobús pagado por Romelia, yendo Tatiana a recogerla a la estación.

I.1.1.2 – Tatiana lleva a María al club Plenilunio, en el que aquélla le informa que el propósito real de su viaje es ejercer la prostitución, así como la obligación de saldar la deuda contraída por dicho viaje. Asimismo, se le dan instrucciones sobre cómo debe hacer el trabajo, prohibiéndole incluso utilizar preservativo si algún cliente así lo demanda; por otra parte, se le explica que debe trabajar diez horas y media al día, sin poder salir del local durante ese periodo. Adicionalmente, se le comunica que debe vivir en el club, el cual tiene prohibido abandonar en ningún momento si no es acompañada por Pietro, un camarero del mismo. Como supuesta contraprestación, recibirá el 50% de lo que gane a partir del segundo servicio de cada noche, siendo la otra parte para los responsables del club.

I.1.1.3 – Durante los cuatro años siguientes María vivió en las condiciones descritas en el punto anterior, junto con otras siete mujeres rumanas que fueron llegando al club entre 2012 y 2014, entre las que se encuentra Nicoara, una menor de 17 años de edad. En este periodo de tiempo, María realizó en una única ocasión un segundo servicio por noche, si bien a contrario de lo que se le dijo nunca percibió el 50% de lo abonado. Por otra parte, las copas a las que los clientes invitaban a las chicas eran abonadas a Pietro, mientras que los servicios sexuales eran abonados a la recepcionista llamada Zulaika, la cual le entregaba todo lo percibido a Tatiana al final de cada noche; además, era Zulaika quien, en la oficina de recepción, guardaba los pasaportes de todas las chicas que se prostituían en el local. Por otra parte, una vez al mes Tatiana llevaba las ganancias no declaradas del club a la sede de la sociedad propietaria, llamada Na&Ma SL, en la que los dos socios que la forman, Santiago y Alberto, recibían y se quedaban el dinero, con excepción de un 10% que permitían quedarse a Tatiana como recompensa.

I.1.1.4 – El día 13 de mayo de 2014 se permite salir a María del local, acompañada por Pietro, para comprar lencería en el centro de la ciudad y, en el momento que éste la deja sola en la tienda, aquélla aprovecha para contar su situación y pedir ayuda a las dependientas, que llaman a la policía. Ese mismo día, tras la declaración de María, la policía registra el local y detiene a Tatiana, Pietro y Zulaika, que afirman que las mujeres llegaron a España voluntariamente y a sabiendas de que iban a ejercer la prostitución, así como que supuestamente eran libres de abandonar el local cuando quisieran, siendo la regla de ir siempre acompañadas una medida para su propia seguridad; no obstante lo anterior, se constata que todas las ventanas tienen rejas, si bien Tatiana afirma que su función es evitar robos en el local. Por su parte, Pietro afirma ser solo un camarero del club y Zulaika alega que su función consiste en controlar la entrada de hombres al local y guardar el dinero que éstos pagan por los servicios sexuales.

I.1.2 – Fundamentos Jurídicos:

I.1.2.1 – Sobre la trata de seres humanos: El delito del art. 177 *bis* de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP) es introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 para tipificar la trata de seres humanos, conducta en la cual se abusa de una situación de superioridad por una parte y necesidad por la otra para traficar con seres humanos. Es conveniente distinguir este delito del tipificado en el art. 318 *bis* CP, referido a la inmigración clandestina, el cual fue introducido por primera vez en nuestro Código por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Así, por medio de la reforma de 2010 se vino a dar el tratamiento necesariamente diferenciado a dos situaciones diferenciadas: el art. 318 *bis* CP atañe a la inmigración clandestina o tráfico ilegal de inmigrantes, mientras que el art. 177 *bis* CP tiene como objetivo castigar situaciones en las que por medio de algún tipo de abuso o engaño (elementos típicos que veremos en detalle más adelante) se trafica con personas, transportándolas a lugares diferentes de aquél de su origen con el fin de explotarlas en régimen de esclavitud. En consecuencia, vemos que mientras que el art. 318 *bis* CP se centra en defender la potestad del Estado para controlar el acceso a sus fronteras, pues como veremos en su momento requiere el acceso ilícito al territorio nacional, el art. 177 *bis* CP busca defender a la vez dos bienes jurídicos distintos del anterior: la integridad moral o dignidad y la libertad de las víctimas¹, que en este segundo caso no exige siquiera que sean extranjeros², a diferencia del primer delito mencionado.

Así, establece el art. 177.1 *bis* CP que "[s]erá castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera" de las tres finalidades citadas en el mismo precepto: esclavitud, incluida la mendicidad en condiciones similares, explotación sexual y pornografía y extracción de órganos corporales. En consecuencia, del citado precepto podemos extraer los diferentes elementos típicos del delito, que pasamos a analizar a continuación.

Respecto al sujeto pasivo, éste puede ser, como ya se dijo, cualquier persona tanto nacional como extranjera y, aunque el precepto habla en singular, razona MUÑOZ CONDE que "*sigue existiendo un solo delito aunque la trata recaiga sobre varias personas, en la medida en que la conducta se refiera globalmente a varias personas al mismo tiempo y se realice con la misma unidad de propósito y como forma de una misma operación*"³; esto último nos permite extrapolar la obvia conclusión de que, en consecuencia, concurrirá un delito de trata por cada operación que conste cronológica y logísticamente diferenciada, lo que refiriéndonos al caso que nos ocupa nos permite deducir, *a priori*, que podríamos estar hablando de hasta siete⁴ delitos de trata de seres humanos, dando por hecho que cada chica fue captada y transportada de forma individual, como sucede en el único caso cuyos detalles nos constan pormenorizadamente: el de María.

Por su parte, la conducta típica consiste como vemos en el texto legal en captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar, debiendo utilizar para ello ciertas formas de atentado a la libertad: violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de necesidad o superioridad. En este punto debe destacarse que, como se dijo al principio de este dictamen, el delito del art. 177 *bis* CP fue introducido por los apartados trigésimo noveno y cuadragésimo del artículo único de la LO 5/2010, entrando en vigor el 23 de diciembre de 2010 en virtud de la disposición final séptima de la propia Ley Orgánica; en consecuencia, debe tenerse presente que cuando se realizaron las posibles conductas típicas de este delito en relación con María, lo cual sucede en la fecha del 29 de marzo de 2010 y quizás los días anteriores en que pudo producirse la captación, tales conductas no estaban aún tipificadas como delito de trata de seres

1 MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant lo Blanch, 2010. p. 207

2 MARTOS NUÑEZ, J.A. *El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal*. *Estudios Penales y Criminológicos*. Diciembre 2012, vol. XXXII. Servicio de Publicaciones de Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela p. 103.

3 MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal... op cit.* p. 208

4 Como se verá más adelante, el caso de María no es susceptible de ser tipificado en virtud del art. 177 *bis* CP, pues éste no entraría en vigor hasta meses después de que ella fuera captada y transportada.

humanos, por lo que no sería aplicable el art. 177 *bis* CP a los hechos acaecidos a principios de 2010, cuando María fue traída a España para ejercer la prostitución, debido a que la retroactividad en el ámbito sancionador se limita en nuestro ordenamiento, tanto en instancia judicial como administrativa, a los casos en que beneficie al sancionado, como se aprecia en la STC 99/2000 y SSTS de 31 de enero y 3 de diciembre de 2007, entre otras muchas.

En relación con las otras siete mujeres rumanas, el caso no ofrece información sobre cómo llegaron a España ni sobre quién participó en los hechos, limitándose solo a aclarar que llegaron al club entre 2012 y 2014. No obstante, dejando al margen el *quantum* probatorio que sería necesario en un juicio para enervar la presunción de inocencia, procederemos aquí a presumir ciertos hechos por medio de relación y comparación lógica, con el único fin de poder realizar el análisis penal de unos hechos respecto de los cuales el caso no ofrece información.

Así, si se aplicó el mismo *modus operandi* respecto de todas las chicas y por parte de las mismas personas, se podría apreciar con respecto a Romelia (o quien llevara a cabo conductas idénticas a ella) el delito del art. 177 *bis* CP por la captación, término que la RAE define como "[a]traer a alguien, ganar la voluntad o el afecto de alguien", lo que sucede cuando ésta ofrece un supuesto trabajo de limpiadora en España, siendo el viaje pagado por la propia Romelia. En vista de que, como decimos, es la propia Romelia quien paga el billete con un dinero que luego es reclamado por la sociedad propietaria del club, podemos deducir que existe concierto entre ellos y que Romelia conoce el verdadero destino que tendrán las chicas al llegar a España, máxime si se probase que fue ella misma quien se encargó de captar a todas las víctimas. El hecho de que Romelia haga el ofrecimiento de un trabajo de limpiadora sabiendo que en realidad se trata de una operación de trata de seres humanos y prostitución coactiva, partiendo de la base de que las destinatarias de la oferta no hubieran aceptado el viaje sabiendo éste último, constituye un claro engaño típico⁵ para este delito y, en consecuencia, ello la convierte como captadora en coautora de hasta siete delitos del art. 177 *bis* CP, como podemos ver avalado por las SAP de Madrid 12635/2014 y las SSTS 487/2014 o 970/2014, por citar algunas de las más recientes.

Como ya vimos anteriormente, la concurrencia de varios delitos depende de la existencia de varias operaciones de captación y transporte, por lo que para determinar la cantidad exacta de delitos a computarse por concurso real y cuántos serían consumidos en concurso aparente habría que estar a hechos concretos que no se mencionan en el caso: **Romelia** solo sería autora de los delitos de trata en los que se transportase a chicas que ella captó y, además, solo sería **autora de un delito por cada operación de transporte**, aunque en ella se desplazaran varias chicas, todo ello basándonos en la opinión doctrinal de MUÑOZ CONDE y la jurisprudencia en la STS 53/2014 o, referida al delito de inmigración ilegal, la STS 951/2009.

Respecto a Tatiana, de los hechos relatados podemos deducir que se trata de la encargada del club, al ser ella el enlace entre los socios propietarios y el personal del negocio. Acerca de su participación en el presunto delito de trata de seres humanos, es ella quien lleva a María (y por lo tanto cabe deducir que también a las demás chicas) desde la estación al club, por lo que podemos apreciar que es coautora del delito del art. 177 *bis* CP por recibir a las chicas que han sido engañadas, manteniendo tal engaño hasta que llegan al club, momento en que se lleva a cabo el fin típico del delito: la prostitución coactiva, pasando del engaño a la intimidación como medio de mantenerlas en dicho fin.

De lo anterior, el hecho de que sea Tatiana quien las espera en la estación hace evidente que es quien las recibe, a lo que se suma el hecho de que regenta el local donde son explotadas las chicas, por lo que puede considerársele (entre otros) como una destinataria personal de las víctimas de la trata, toda vez que recibe directamente de los socios un 10% del dinero ganado por las chicas en el club; podemos observar casos similares con idéntica calificación en las SAN 436/2015, SSTS 17/2014 o 1171/2009. Por otra parte, siempre presumiendo que los hechos referidos a María se repitieron de forma idéntica en las demás ocasiones, podemos apreciar que se mantiene en engaño iniciado por Romelia, no revelándose la verdad hasta llegar al club, del cual ya no les es posible salir a las chicas debido a medidas como la retirada de sus pasaportes, barrotes en las ventanas y la vigilancia de Pietro, como se desprende de lo relatado en los hechos.

5 MARTOS NUÑEZ, J.A. *El delito de trata de seres humanos...* op cit p. 105.

Aunque sería necesario referirnos a hechos más concretos que desconocemos, puede deducirse la concurrencia de una cierta *vis compulsiva* hacia las chicas si se atiende a ciertos hechos: a todas las chicas se les quita su pasaporte, los cuales eran retenidos en la oficina de recepción, lo que las privaba del único documento oficial de identificación del que podían disponer en España; se les prohíbe salir del local si no es bajo la vigilancia de Pietro, un empleado del club y previo permiso de Tatiana, como vemos relatado en el caso, siendo el hecho de que las ventanas tengan barrotes una prueba y un añadido a la coactividad de dicha prohibición; por último, en conexión con todo lo anterior y como mayor indicativo de que existía una constante intimidación, vemos que en el primer momento en que nos consta que una chica no está encerrada en el club ni vigilada por personal del mismo, su primera acción indiscutiblemente voluntaria y no influenciada es pedir ayuda a la policía, lo que deja casi nulo margen de razonabilidad a la idea de que su adhesión a las normas impuestas por Tatiana nace de su propia voluntad y, al no darse una adhesión voluntaria, no cabe otra deducción que apreciar que efectivamente existe una injerencia externa en su voluntad causada por el ambiente intimidatorio propiciado por la propia Tatiana y los demás trabajadores del club, lo que constituiría intimidación necesaria⁶ para hacer típica la conducta antes descrita, pues es apta para vencer la resistencia de las víctimas a realizar los fines del delito a los que luego nos referiremos.

Respecto a la cuantificación de delitos imputables a **Tatiana** ex art. 177 *bis* CP, una vez más serían necesarios más datos de los que nos ofrece el caso, **pudiendo imputarle la autoría de un delito de trata de seres humanos por cada operación en la que tomó parte** en los mismos términos que los ya descritos para Romelia, si bien en el caso de Tatiana se hace casi seguro el hecho de que participó en la llegada y traslado de todas las chicas, dada su posición central en la trama de trata de seres humanos, pues mientras Romelia podría ser una captadora entre varias, quizás incluso solo respecto de María, de quien era amiga, la conexión de Tatiana con el club nos lleva a descartar que hubiese alguna operación de las aquí referidas en las que no tomara parte.

Pasando ahora a la participación de Pietro y Zulaika en el posible delito de trata de seres humanos, procede apreciar que sus funciones en el club pueden constituir, como veremos, participación en el delito de prostitución coactiva, pero no puede considerarse que tomasen parte o siquiera ayudasen en las labores de captación, transporte, traslado, acogimiento, recepción o alojamiento de las víctimas, al no constar nada en tal sentido en los hechos relatados. Sobre el hecho de que Pietro hiciese en ocasiones las funciones de vigilante de las víctimas en sus salidas a la ciudad, no puede ello considerarse conectado con el delito de trata de seres humanos sino con el conexo delito de prostitución coactiva, que será analizado más adelante. Así, sin perjuicio de la participación de **Pietro y Zulaika** en otros hechos delictivos, **no procede imputarles ningún delito de trata de seres humanos** ante la falta en ellos de conductas típicas.

Sobre la imputación del delito del art. 177 *bis* CP a Alberto y Santiago, debe atenderse a su condición no de socios, sino de administradores de la sociedad Na&Ma SL⁷; dicha condición de administradores nos consta en conexión con los hechos relatados por el caso, en virtud de los cuales son ambos socios quienes están en las oficinas de la sede, reciben el dinero y permiten a Tatiana quedarse con una parte. Concretamente, la condición de administrador podría venir dada por los estatutos de la sociedad o bien encontrarnos ante una situación de administrador o administradores de hecho, en la que una o más personas no constan como administradores en los estatutos o su cargo ha expirado⁸, pero en cualquier caso ejercen *de facto* las funciones de administradores sociales, actuando con autoridad e independencia en la dirección de la empresa, requisito esencial exigido por la jurisprudencia para apreciar la condición de administrador de hecho, como se plasma en las SSTS 55/2008, 240/2009, 721/2012, entre otras muchas. Al igual que en anteriores ocasiones, ante la insuficiencia de detalles aportados por el texto del caso, nos basaremos en el hecho de que se menciona a ambos en las labores de gestión de la sociedad para presumir, a efectos del análisis, la condición de administrador de ambos.

6 *Ibidem* p. 105.

7 ROBLES MARTÍN-LOMBARDA A. *La limitación estatutaria de la responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad*. *Revista de Derecho Mercantil* N° 248/2003. Universidad Carlos III. p. 17

8 *Vid.* en este sentido SSTS 240/2009, 123/2010 o 59/2014, entre otras.

De este modo, cabe resaltar que las víctimas del delito de trata de seres humanos viajaban con billetes pagados con fondos de la sociedad administrada por Alberto y Santiago, así como el hecho de que dichas víctimas eran alojadas en un local de su propiedad, en el que además se les obligaba a ejercer la prostitución para beneficio de ambos socios y aparentemente por orden suya. De este modo, sin necesidad de entrar a valorar la participación mediata de los socios en la recepción y en el transporte de las víctimas aportando la financiación, **puede considerarse a Alberto y a Santiago coautores del delito de trata de seres humanos** por la conducta típica de alojamiento, al aportar uno de sus inmuebles con el fin de hospedar o aposentar a las chicas, lo que encaja con la definición dada por la RAE al término "alojar", así como el hecho de que aparentemente eran quienes daban las órdenes a Tatiana, que respondía ante ellos directamente; puede apreciarse tal interpretación del alojamiento típico a efectos del art. 177 *bis* CP en las SSTs 17/2014 y 951/2009.

Habiendo analizado individualmente las conductas de cada uno de los partícipes, procede ahora el análisis del tipo subjetivo del propio delito, es decir, la concurrencia de la explotación sexual como fin establecido en el art. 177.1.b) *bis* CP para considerar típicas las conductas ya descritas. Así, la prostitución coactiva que ejercen todas las víctimas supone la concurrencia de explotación sexual, de la que se lucran (directa o indirectamente) los antes calificados como autores. En consecuencia, dada la reiteración del procedimiento en que una chica es engañada para venir desde Rumanía y termina ejerciendo la prostitución sin que se le permita desistir, podemos afirmar que en todas las ocasiones antes descritas y respecto de todos los partícipes existía la intención de obtener beneficio económico de la explotación sexual de las mujeres a las que captaban, transportaban, trasladaban, acogían o recibían, por lo que en todos los casos ya analizados en este fundamento jurídico cabe apreciar la concurrencia del elemento subjetivo típico, el cual, sin perjuicio de que no necesite verse consumado⁹ para que se cometa el propio delito, sí fue consumado en todos los casos aquí analizados, pues como se desprende de los hechos todas las chicas llegaron a ejercer la prostitución.

No obstante lo anterior, debe hacerse mención individualizada del caso de Nicoara, por ser ésta menor de edad, en cuyo caso establece el art. 177.2 *bis* CP que "[a]un cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación"¹⁰; por lo tanto, vemos que el Código elimina la necesidad de que concurra engaño, violencia o intimidación cuando la víctima que se pretende explotar es menor¹⁰. De este modo, en el caso de Nicoara es irrelevante que se diera la concurrencia efectiva del ya analizado engaño o de la intimidación, pues su sola minoría de edad, unida a la evidente intención de explotarla sexualmente, basta para que deba apreciarse la concurrencia del delito del art. 177 *bis* CP.

Por último, en el mismo sentido **debe tenerse presente el párrafo cuarto del art. 177 *bis* CP, que contempla en su apartado c), como tipo cualificado del delito, el hecho de que la víctima sea menor de edad, circunstancia que concurre con respecto de Nicoara** y que en consecuencia agravaría la pena de todos los coautores. En este punto, debe desecharse como posible error de tipo la alegación de los partícipes acerca de que desconocían la minoría de edad de la chica, pues en poder de Zulaika obraba el pasaporte de aquélla, en el que constaba la minoría de edad; además, aunque no se mencione en el caso es fácilmente presumible que la chica lo dijera en algún momento de su cautiverio, especialmente cuando se ve forzada a ejercer la prostitución. Por otra parte, el hecho de que hubiese convivencia durante meses o incluso puede que años, dependiendo de cuándo hubiese llegado Nicoara al club, unido al hecho de que los coautores tuvieran acceso a su pasaporte, hace que el pretendido error fuera extremadamente salvable, hasta el punto de considerar extremadamente improbable que efectivamente desconociesen la edad de la chica, la cual no tenía motivo alguno para mentir u ocultarla.

9 MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal... op cit.* p. 209, MARTOS NUÑEZ, J.A. *El delito de trata de seres humanos... op cit* p. 111

10 SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R. *Manual de Derecho Penal; Parte Especial, Tomo II.* Aranzadi, 2011. p. 150

I.1.2.2 – Calificación de los hechos relacionados con el traslado de María: Como se dijo en el fundamento anterior, el caso de María no puede ser calificado conforme al art. 177 *bis* CP debido a que éste no estaba en vigor cuando se cometieron los hechos y ello implica la no retroactividad de la norma sancionadora conforme al principio de legalidad que rige nuestro sistema penal *ex art.* 25 CE¹¹. Por lo tanto, debe analizarse aquí si los hechos descritos constituyen un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 *bis* CP, teniendo presente la redacción vigente a principios de 2010, por ser ésta la norma aplicada por aquél entonces a los casos en que una mujer era engañada para venir a España con una promesa de un trabajo legal y luego era obligada a ejercer la prostitución¹².

De este modo, podemos referirnos, entre muchas, a las SSTS 1238/2009, 1171/2009 o 951/2009, para ver cómo en situaciones similares a la de María, con la salvedad de que las citadas sentencias se refieren a chicas de Paraguay y Nigeria, se aplica un delito del art. 318 *bis* CP ante los hechos consistentes en la captación de mujeres para traerlas a España engañadas con el fin de que ejerzan la prostitución de forma coactiva. Para más detalle, podemos citar el FJ 4º de la SAP de Zamora 18/2009, el cual expone elocuentemente lo siguiente: "*[e]s claro que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería contenida en los arts. 25 y ss de la Ley de Extranjería. Con carácter general, el art. 25 de la Ley de Extranjería regula los requisitos para la entrada en territorio español, estableciendo que el extranjero que pretenda entrar en España deberá acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.*

Pues bien tanto por la doctrina como por la jurisprudencia se considera que por tráfico ilegal debe entenderse cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración; por ello el tráfico ilegal no es sólo el clandestino sino también el que, siendo en principio y aparentemente lícito, se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada como turista pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Mayo de 2007 ya indicó que la clandestinidad 7 a que se refiere el tipo penal no concurre exclusivamente en los supuestos de entrada en territorio español por lugar distinto a los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que queda colmada también mediante cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser, lo que incluye la utilización de fórmulas autorizadas del ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones (SSTS 1059/2005, de 28 de septiembre; 1465/2005, de 22 de noviembre ; 994/2005, de 30 de mayo y 651/2006, de 5 de junio).

Por último, la doctrina considera que, aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no es necesario que la actividad afecte a más de una persona para ser típica. No obstante, se estimará un solo ilícito aunque afecta a varios sujetos pasivos (STS 28/09/05)".

En consecuencia, se desprende del fragmento citado que es un elemento esencial del delito la existencia de una entrada ilegal, es decir, inmigración clandestina en el sentido de burlar o evitar controles establecidos por el Estado. Así, refiriéndonos al caso que nos ocupa, vemos que María se limita a coger un autobús para entrar en España, sin tener que cruzar ningún tipo de aduana en virtud de la libertad de tránsito que corresponde a la relación entre España y Rumanía en el contexto de la UE. Por lo tanto, en este punto es necesario analizar la relevancia del hecho de que María fuese captada y transportada desde Rumanía, con el fin de dilucidar si a estos efectos se considera una inmigrante ilegal, pues ésta figura es el sujeto penalmente relevante del art. 318 *bis* CP que, como ya dijimos, exige la concurrencia de una situación susceptible de ser calificada como inmigración clandestina, a diferencia del actual art. 177 *bis* CP, que no exige un contexto de internacionalidad.

¹¹ *Íbidem* 149

¹² VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant lo Blanch, 2010. p. 576

Respecto a lo anterior, es pertinente aquí citar el FJ 6º de la STS de 12 de febrero de 2008 que expone que "[e]n efecto, con fecha 25 de abril de 2005 se firmó en Luxemburgo el Tratado de adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea. Este Tratado fue ratificado por España mediante Instrumento de Ratificación del Tratado de 26 de mayo de 2006, publicado en el BOE nº 17, de 19 de enero de 2007, y entró en vigor el día 1 de enero de 2007, conforme a lo dispuesto en su art. 4. Por consiguiente, a partir de esa fecha de 1 de enero de 2007, los nacionales de Rumanía y Bulgaria pasaron a tener la consideración de ciudadanos de la Unión Europea. Condición esta, la de ciudadano de la Unión Europea que, como es bien sabido implica el reconocimiento del derecho a la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros.

(...) [E]l Consejo de Ministros de España aprobó el día 22 de diciembre de 2006 un Acuerdo por el que se establecía un periodo transitorio para la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena de ambos países, que se fijó, en principio, en dos años a partir del día 1 de enero de 2007 (aunque con la puntualización de que si la evolución del mercado de trabajo lo permitiera, podría reducirse esa duración), no estableciéndose ninguna medida de similar entidad respecto de la libertad de circulación y residencia. De este modo, el régimen jurídico de esta concreta libertad de circulación y residencia ha pasado a ser para los ciudadanos rumanos y búlgaros el regulado con carácter general en el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, sobre Entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE de 28 de febrero de 2007), en cuyo artículo 3 se establece que "las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste", siendo digno de destacarse que la Disposición Transitoria Tercera de esta norma reglamentaria contiene un régimen especial de carácter transitorio referido a los trabajadores por cuenta ajena nacionales de Estados miembros de la Unión Europea a los que se apliquen medidas transitorias para regular su acceso al mercado de trabajo español, pero ese régimen transitorio se proyecta únicamente sobre el acceso al mercado de trabajo y no afecta al resto de las libertades, y así se resalta en la referida Disposición Transitoria, donde se puntualiza que las medidas transitorias que regulen su situación como trabajadores por cuenta ajena "en ningún caso supondrán menoscabo alguno del resto de derechos contemplados en tanto que ciudadanos de la Unión Europea".

(...) Justamente porque los nacionales rumanos y búlgaros tienen la consideración de ciudadanos europeos, no les es de aplicación la Ley Orgánica 4/2000, al menos en cuanto al régimen sancionador aquí concernido, por aplicación de lo dispuesto en su artículo 1.3, a cuyo tenor "los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables".

En consecuencia con lo anterior, vemos que al no ser aplicable a los ciudadanos rumanos la LO 4/2000, no puede considerarse que se infringiese ésta respecto de la entrada en España de María y, por consiguiente, no existió en este caso inmigración clandestina, por lo que no es aplicable el art. 318 bis CP, interpretación ésta que coincide con casos idénticos tratados por la jurisprudencia en la STS de 15 de octubre de 2007 o en la STS 823/2007, entre otras. Por lo tanto y **en conclusión, los hechos referentes a la introducción de María en el país no pueden considerarse penalmente relevantes.**

1.1.2.3 – Sobre la prostitución coactiva: Siguiendo a la unanimidad de la doctrina¹³, puede apreciarse que en nuestro sistema penal el comportamiento de la persona que se prostituye es atípico, limitándose a castigar conductas de determinación, aprovechamiento o favorecimiento de la prostitución ajena; en este sentido y respecto al caso que nos ocupa, el art. 188.1 CP castiga al que "determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella". A lo anterior, nuestra mejor jurisprudencia añade que a efectos del citado precepto, se entiende por prostitución el mantenimiento de relaciones sexuales inicialmente libres por precio o equivalente, siempre y cuando exista una mínima habitualidad (SSTS 1238/2009, 809/2006 y 724/2000).

13 MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal... op cit.* p. 261, SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.) *et al. Manual de Derecho Penal... op cit.* p. 181, VIVES ANTÓN, T. *et al. Derecho Penal... op cit.* p. 292, CORCOY BIDASOLO, M. (dir.). *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia, Tomo I.* Tirant lo Blanch, 2011. p. 254

Respecto a la conducta entendida por determinación a la prostitución, señala ORTS BERENGUER que ésta consiste en llevar a una o más personas concretas a prostituirse, por medio de cualquiera de las formas indicadas en el precepto antes citado, siempre limitando seriamente su capacidad de decisión, su libertad en suma o aprovechando el escaso margen que para ejercerla tiene el sujeto pasivo (en este sentido, SSTS de 26 de enero y de 5 de octubre de 1998 y 7 de abril de 1999), a lo que añade el autor que, aunque sea lo más habitual, de la dicción literal del artículo no puede extraerse que sea imprescindible un móvil económico directo, bastando para cometerse el delito que se sepa que se va a realizar la actividad y se desee que ello se haga, siendo irrelevante el destino de los eventuales beneficios¹⁴.

Sobre los modos comisivos mencionados en el art. 188.1 CP, son varios los relevantes en conexión con los hechos descritos en el caso; así, debe destacarse en primer lugar que es ampliamente aceptado por la jurisprudencia el criterio conforme al cual constituye engaño típico para este delito la falsa oferta de trabajo para venir a España con el viaje pagado, solo para encontrarse la víctima al llegar que el mencionado trabajo no existe y que además debe ejercer la prostitución para saldar la deuda contraída con sus captores (*vid.* en este sentido entre otras muchas las SSTS 17/2014, 152/2008, 53/2014 o 1029/2012, estas dos últimas a *sensu contrario*). Es abundante en nuestra jurisprudencia el análisis penal del *modus operandi* descrito en el caso, conforme al cual se enlaza el engaño para traer a la víctima a España por medio de la promesa de un trabajo legal con la posterior imposición del pago de una deuda por medio de la prostitución, situación que se mantiene por medio de la intimidación y el abuso de situación de vulnerabilidad de la víctima, por lo que procede analizar a continuación estos otros dos modos comisivos, al hallarse ambos presentes en los hechos aquí tratados.

La intimidación es básicamente la *vis compulsiva* mediante la cual se obliga a la víctima a ejercer la prostitución, tratándose habitualmente no de amenazas concretas y manifiestas, sino de un ambiente de control y hostilidad latente, en el que la víctima es sometida a vigilancia por sus captores sin que ello requiera en todos los casos, como veremos en detalle más adelante, una total privación de su libertad; así, el control y coacción relevantes en sentido estricto para la apreciación del delito del art. 188.1 CP son los dirigidos a que la víctima ejerza la prostitución y se mantenga en ella, sin que para ello obste la posibilidad de ausentarse temporal o esporádicamente del lugar donde se lleva a cabo tal actividad, pero sí impidiendo que ésta se abandone de forma permanente (*vid.* sobre la intimidación típica a efectos del art. 188.1 CP las SSTS 823/2007, 594/2006 o 17/2014).

Pasando a analizar ahora el abuso de situación de vulnerabilidad de la víctima, *a priori* puede partirse de la definición dada por la doctrina, para la que a grandes rasgos se trata de "*una fórmula un tanto abierta e indefinida, pero que supone en definitiva el hallarse en una posición que no permite oponer resistencia a las maniobras conminatorias del sujeto activo*"¹⁵. Así, este modo comisivo abarca un amplísimo elenco de hechos difícilmente relacionables más allá del hecho de que generalmente se aprovecha de algún modo la condición de extranjera de la víctima y la deuda que contrae para entrar en el país. De este modo, podemos acudir a la jurisprudencia para encontrar ciertos hechos presentes en el caso y notoriamente recurrentes en muchos otros, como es la retención del pasaporte de la víctima por el sujeto activo (SAP de Córdoba de 6 de julio de 2001 o SAP de Asturias de 14 de junio de 2001) o la exigencia del pago de la deuda como medio para determinar a la víctima a prostituirse, privándola del bien jurídico protegido por el art. 188.1 CP, que es su libertad sexual (SAP Oviedo 287/2014).

De este modo, conectando lo hasta aquí expuesto con los hechos reflejados en el caso¹⁶, podemos proceder a relacionar los elementos típicos analizados con las conductas que se observan en él. Así, comenzando por Romelia nos remitiremos aquí al razonamiento que nos llevó a considerarla autora del delito de trata de seres humanos por la modalidad comisiva de captación, puesto que los hechos constitutivos del engaño típico de ésta son los mismos a efectos de apreciar concurrente la modalidad comisiva de engaño tipo del art. 188.1 CP y, en consecuencia, **puede considerarse autora a Romelia también de un delito de prostitución coactiva aquí analizado**¹⁷ por cada chica que enviase a España mediante la falsa promesa de un trabajo legal (SAN 436/2015, SSTS 17/2014 y 1171/2009).

14 VIVES ANTÓN, T. *et al. Derecho Penal... op cit.* p. 294

15 SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.) *et al. Manual de Derecho Penal... op cit.* p. 181

16 Dejando al margen el caso de Nicoara, que será tratado individualmente debido a su condición de menor de edad.

17 El concurso entre los diferentes delitos cometidos por cada sujeto será analizado en un fundamento jurídico aparte.

Sobre la encargada del club, Tatiana, debe destacarse que, aparte de participar en la última fase del engaño al ir a recoger a las chicas a la estación, era quien de forma expresa y activa determinaba a éstas a ejercer la prostitución, pues era quien les comunicaba que era la forma de la que, obligatoriamente, debían saldar la deuda que habían contraído, lo que claramente encaja con el modo comisivo de abuso de situación de vulnerabilidad antes descrito al atentarse de tal modo contra la libertad sexual de las víctimas. Paralelamente, a pesar de la falta de detalles fácticos en el caso, puede inferirse que Tatiana ejercía una cierta intimidación sobre las chicas, pues es ella quien les prohíbe salir del local y, para poder hacerlo de forma excepcional, deben pedirle permiso; tal situación de autoridad no puede venir dada sino por el miedo de las chicas a eventuales represalias contra ellas por parte de Tatiana, que de los mismos hechos deducimos que es quien da las órdenes a Pietro que, como veremos, es el encargado de vigilar a las chicas e impedir que escapen.

A mayores, otro indicio de intimidación lo constituye el hecho de que Tatiana de instrucciones a las chicas acerca de que mantengan relaciones sexuales con desconocidos sin preservativo y éstas obedezcan a pesar del grave riesgo para su salud que esto supone y, toda vez que vemos que en realidad ellas mismas no obtienen beneficio de su propia prostitución, no cabe otra explicación que la de que obedecen por miedo a un mal más cierto e inmediato. Además, tal hecho no solo contribuye a determinar su autoría, la imposición de relaciones sexuales con desconocidos sin protección multiplica el riesgo de contagio de enfermedades potencialmente graves, por lo que este hecho constituye por sí mismo un peligro para la vida y la salud de las chicas, cumpliéndose así lo previsto en el art. 188.4.c) CP, conforme al cual estaríamos ante la circunstancia agravante de puesta en peligro de la vida o salud de la víctima por imprudencia grave del delito de prostitución coactiva, justificada tal modalidad comisiva por el lógico razonamiento de que Tatiana no busca dolosamente tal peligro para las chicas, pero sí concurre un total desprecio por su seguridad manifestado en el impedimento de usar preservativo si ello satisface a los clientes. En **conclusión, Tatiana debe ser considerada autora** en su figura de encargada o madame, como avalan las SSTS 17/2014 y 487/2014 o SAP Valencia 77/2004, correspondiendo dicha autoría a un **delito de prostitución coactiva agravado por puesta en peligro para la vida o salud de la víctima ex art. 188.4.c) CP**¹⁸. Debe aclararse que solo a Tatiana se le aplicará la circunstancia agravante del delito, pues los hechos determinantes de ésta, es decir, el impedir el uso de preservativo, solo parecen imputables a ella al no poder considerarse por los hechos descritos que ningún otro participe los cometiese, apoyase o siquiera conociese.

Más controvertida podría ser la calificación correspondiente a los actos de Pietro, pues se trata de un camarero del club que ocasionalmente realiza la función de acompañar a las chicas en sus salidas. Así, podemos encontrar casos en que el camarero no es imputado (ej. SAP Oviedo 287/2014), mientras que en otros es calificado como cómplice (STS de 26 de noviembre de 1999); en otros casos, se atiende al propio hecho de vigilar y recaudar el dinero ganado por la chica para determinar que existe intimidación (STS 823/2007 y SAP Valencia 77/2004) y, en consecuencia, considerar potencial autor a quien realiza tales conductas. Por consiguiente, procede destacar aquí que, de entre la jurisprudencia antes expuesta, es el caso resuelto por la STS de 26 de noviembre de 1999 el que más se aproxima al que nos ocupa, pues el camarero es considerado cómplice del delito de prostitución coactiva precisamente porque en ocasiones se encargaba de vigilar a las chicas y, en consecuencia, es coherente considerar cómplice a Pietro por motivo análogo, toda vez que no parece procedente considerarlo autor directo de ninguna de las modalidades comisivas, pues no era él quien obligaba a las chicas a prostituirse ni obtenía lucro directo con ello, hasta donde nosotros sabemos.

En el caso de Zulaika cabe destacar que era quien se encargaba de la recepción, de guardar los pasaportes de las chicas y de coger en primer lugar el dinero pagado por los clientes por los servicios sexuales. Así, es determinante el hecho de que guardara los pasaportes, pues este dato implica una colaboración de Zulaika en los hechos principalmente constitutivos de prostitución coactiva, de manera equiparable a la vigilancia realizada por Pietro que, sumado al hecho de que recaudara el dinero, nos permite relacionar la situación de

¹⁸ No obstante lo aquí expuesto, si acudimos a la jurisprudencia, en casos similares al expuesto, que podemos encontrar en sentencias como la SAP de Madrid 327/2014 o la SAP de Palma de Mayorca 20/2014, vemos que se tiende a obviar la circunstancia del impedimento del uso de preservativo, sin perjuicio de que aquí se estime que la calificación penal más adecuada es la del art. 188.4.c) CP.

Zulaika con lo ya tratado por la jurisprudencia en el párrafo anterior, conforme a la cual recaudar el dinero es un hecho ponderante respecto a la participación en el delito y, por consiguiente, igualmente se le puede considerar cómplice del delito de prostitución coactiva.

En conclusión, aunque es admisible que la participación de Zulaika es de menor entidad que la de Pietro, ambos contribuyen a la comisión del delito de prostitución coactiva, si bien su aportación no llega a considerarse determinante hasta el punto de ser cooperación necesaria, pues no realizan una actividad esencial que solo ellos puedan aportar, ni siquiera la labor de vigilancia de Pietro, que no es constante sino solo esporádica, coincidiendo solo con las salidas de las chicas. Así, a la luz de lo aquí expuesto, **tanto Pietro como Zulaika son cómplices de, al menos, ocho delitos de prostitución coactiva del art. 188 CP.**

Acerca de Alberto y Santiago debe atenderse al hecho de que, como administradores y socios de la empresa propietaria del club, son los mayores y más directos beneficiarios de la prostitución de las ocho chicas. Paralelamente, de los hechos descritos se desprende que son ellos quienes dan las órdenes correspondientes para traer a las chicas a España, lo cual podemos deducir del hecho de que el dinero para el viaje viene de su empresa y que Tatiana, que es la encargada del club y quien da las instrucciones a las chicas, responde ante los dos socios y les entrega todos los beneficios obtenidos de la prostitución, siendo éstos quienes deciden darle un 10%. Así, no nos encontraríamos siquiera ante un caso de tercería locativa, la cual consiste en la mera aportación de un lugar para ejercer la prostitución, pues Alberto y Santiago no se limitan a cobrar un alquiler por el local sin tomar parte en lo que sucede en el, sino que recaudan todo lo obtenido por la prostitución de las chicas y, en conexión con este dato y los hechos expuestos en el caso, son los principales interesados en traer y mantener a chicas en la situación de prostitución coactiva. En conclusión, podemos considerar que **existe una autoría mediata¹⁹ de Alberto y Santiago respecto al delito de prostitución coactiva** en los mismos términos que se apreció la autoría de ambos para el delito de trata de seres humanos.

Por último, acerca de la imputación de este delito en relación con todos los partícipes aquí expuestos, debe aclararse que a pesar de la prolongación cronológica de los hechos relacionados con la prostitución coactiva, no cabe continuidad delictiva por ser un delito de estado o permanente, por lo tanto, como afirma la doctrina²⁰ se considera que, respecto de cada chica, se produce un solo delito de prostitución coactiva que se alarga en el tiempo debido a la permanencia de tal coacción, no atendiendo de forma individual a cada servicio sexual.

I.1.2.4 – Sobre la prostitución de la chica menor de edad: Aunque el art. 187.1 CP castiga a la persona que "*induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad*", configurando el delito de favorecimiento de la prostitución de un menor de 18 años²¹, existe también un subtipo agravado de prostitución coactiva del art. 188.2 CP. Por lo tanto, en el presente punto se resolverá cuál es el precepto aplicable a los hechos relacionados con Nicoara, la víctima menor de edad, pues éstos son susceptibles de subsumirse en el delito del art. 188.2 CP de prostitución coactiva agravada por ser la víctima menor y en el del art. 187.1 CP por prostitución de menores. Así, podemos ver que nos encontramos ante un concurso aparente que debe resolverse por el principio de especialidad, *ex art. 8 CP (vid. STS 53/2014, sobre un caso muy parecido, en el que se obliga a una menor a prostituirse)*. En conclusión, **se imputará un delito de prostitución coactiva agravada del art. 188.2 CP a las mismas personas y con el mismo criterio que los otros siete delitos de prostitución coactiva** expuestos en el fundamento jurídico anterior, además de la agravante específica por puesta en peligro de la vida de la víctima que ya habíamos imputado a Tatiana²².

19 Fundamentada en el art. 28.1 CP cuando habla del tipo de autor que comete el delito "*por medio de otro*".

20 CORCOY BIDASOLO, M. (dir.). *Derecho Penal... op cit.* p. 255

21 VIVES ANTÓN, T. *et al. Derecho Penal... op cit.* p. 290, SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.) *et al. Manual de Derecho Penal... op cit.* p. 179

22 Son compatibles en virtud del art. 188.4 CP, pues cuando se refiere a las penas de "*los apartados anteriores*", entre los que se incluye el párrafo segundo del mismo precepto, que contiene el subtipo agravado al que aquí nos referimos.

I.1.2.5 – Otros delitos relacionados con los hechos aquí tratados: En los hechos destacados y en relación con la prostitución de las ocho chicas hay ciertas conductas que pueden ser constitutivas de otros ilícitos penales, las cuales pasaremos aquí a analizar brevemente, especialmente por la incidencia que pueden tener en la cuestión de los concursos entre los diferentes delitos, que se tratará en el fundamento jurídico siguiente.

De este modo, cuando se expusieron las circunstancias por las que se apreciaba el delito de prostitución coactiva, un elemento determinante para ello fue la prohibición de salir del local que se impuso a todas las víctimas durante los años cubiertos por el caso, lo que podría suponer un delito de detención ilegal agravada por la duración superior a 15 días del art. 163.3 CP. La doctrina²³ interpreta que la conducta típica del tipo básico del art. 163.1 CP puede consistir en encerrar o en detener a otra persona con la consiguiente privación de libertad del sujeto pasivo, siendo la diferencia entre una y otra que en la primera se imponen unos límites espaciales de largo, ancho y alto, mientras que la segunda se priva de libertad de movimiento sin recurrir al encierro; para lo anterior normalmente se recurrirá a la violencia o la intimidación, pero la jurisprudencia también ha aceptado como medio comisivo el engaño (STS 1536/2004). Por otra parte, este delito se consume en el momento en que se priva de libertad a la víctima (STC 341/1993) pero, al ser un delito permanente, sigue consumándose hasta que cesa tal situación (SSTS 574/2007 y 1758/2003). Respecto al tipo agravado del art. 163.3 CP por duración superior a los 15 días no requiere mayor explicación por la obviedad de su contenido en relación con el tipo básico, por lo que pasaremos a continuación a relacionar los criterios doctrinales aquí expuestos con los hechos relatados en el caso.

Por consiguiente, podemos apreciar que ante la ya mencionada prohibición de salir del local todas las chicas veían limitada su libertad ambulatoria, entendida ésta como la facultad de fijar con autonomía la propia localización espacial. Respecto a la conducta típica utilizada, aunque las ventanas tuvieran barrotes podemos suponer que, al menos durante el horario de apertura al público, las puertas del local estaban abiertas, no pudiendo hablarse de encierro propiamente dicho, por lo que nos encontraríamos en un caso de detención por medio de la intimidación existente, extremo que ya se ha analizado en puntos anteriores a los que aquí nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

El hecho de que ocasionalmente se les permitiera salir, aunque siempre acompañadas, puede poner en duda si realmente existía tal privación de la libertad ambulatoria, pero si acudimos a la jurisprudencia, encontramos que es habitual en casos como el que ahora nos ocupa que las víctimas puedan abandonar el local, lo que no obsta para apreciar que concurra el delito de detención ilegal si cuando salen lo hacen vigiladas y dichas salidas no implican la libertad para irse y abandonar la situación de encierro (SSTS de 15 de octubre de 2007, de 11 de julio de 2001 y de 17 de septiembre de 2001). A mayores, las dos sentencias citadas del año 2001 inciden en el hecho de que el desconocimiento del idioma por parte de las víctimas supone un añadido para apreciar que carecen de libertad ambulatoria, mientras que la STS de 2007 valora en el mismo sentido la retirada del pasaporte de la víctima por parte de sus captores, circunstancias todas ellas presentes en el caso aquí tratado.

En conclusión, por lo hasta ahora expuesto **debe apreciarse por cada chica un delito de detención ilegal agravado por duración superior a 15 días del art. 163.3 CP** y, en referencia a la imputación y autoría de éstos, por su íntima vinculación con los hechos que constituyen también delito de prostitución coactiva, con excepción de Romelia, nos remitiremos a las mismas valoraciones utilizadas para determinar su autoría, por lo que se consideraría coautores a Tatiana, Santiago y Alberto, mientras que Pietro y Zulaika serían sus cómplices. Por su parte, en este caso no cabe considerar a Romelia autora de este delito, al no contemplar el precepto la modalidad comisiva de engaño; no obstante, es innegable que la conducta de Romelia, determinante para que las chicas lleguen a España y, por ende, al local, constituye un aporte esencial para la comisión del delito que difícilmente podría venir de otra persona pues, de lo que se lee en el caso, Romelia contacta con amigas o conocidas suyas por lo que, en consecuencia, procede considerarla cooperadora necesaria del delito de detención ilegal, entendiendo además que o bien sabía las condiciones en las que vivirían las chicas a un nivel general (de ahí el hecho de que se valiera de engaños) o bien cabía suponerlo hasta el punto de poder apreciar dolo eventual en su conducta.

23 CORCOY BIDASOLO, M. (dir.). *Derecho Penal... op cit.* p. 135 y ss., SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.) *et al.* *Manual de Derecho Penal... op cit.* p. 122, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal... op cit.* p. 152

Por otra parte, los hechos relacionados con el delito de prostitución coactiva podrían suponer por su propia naturaleza un delito de agresión sexual, dado que se emplea la intimidación para que la víctima mantenga relaciones sexuales, existiendo además en el art. 188.5 CP una regla concursal conforme a la cual "[l]as 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". No obstante, lo anterior no puede interpretarse en el sentido de que habrá una agresión o abuso sexual cada vez que la víctima ejerza la prostitución, pues acudiendo a la doctrina²⁴ puede citarse a ORTS BERENGUER cuando razona que "[c]abe pensar que si la violencia, el engaño o el abuso son de carácter genérico, para determinar al sujeto a prostituirse, procede apreciar el delito del artículo 188; en cambio, si la violencia, etc., se aplican de forma particularizada, si se amenaza a la víctima, por ejemplo, para que vaya con una persona determinada y ésta, a sabiendas, tiene acceso carnal con aquélla, podría hablarse de agresión sexual". En **conclusión**, a la luz de lo aquí expuesto, no consta que se produjera ninguna situación de intimidación singularizada para que una de las chicas fuese con algún cliente en contra de su voluntad, fuera de la situación propia de la prostitución coactiva, por lo que **no procede apreciar ningún delito de agresión o abuso sexual**.

I.1.2.6 – Concursos existentes entre los diferentes delitos cometidos: Hasta el momento se han apreciado varios delitos de trata de seres humanos, de prostitución coactiva y detención ilegal, incluyendo entre ellos los subtipos agravados; por otra parte, ya hemos analizado cómo concurren entre sí por concurso real, habiendo un delito por cada chica. Por consiguiente, toca ahora analizar qué tipo de concurso existe no entre los delitos del mismo tipo, sino entre los diferentes delitos: trata de seres humanos con prostitución coactiva y ésta a su vez con detención ilegal.

Comenzando por la **relación entre el delito de trata de seres humanos del art. 177 bis CP y el de prostitución coactiva del art. 188.1 CP**, conviene acudir en primer lugar al párrafo noveno del art. 177 bis CP, que establece la siguiente regla concursal: "[e]n todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación"; por lo tanto, el citado precepto deja claro que no es necesario que se materialice la finalidad típica del delito de trata y, si se materializara, tal delito no será consumido por el primero, produciéndose lo que se considera una penalización autónoma de los actos preparatorios²⁵.

Así, habida cuenta que en este caso se aprecian sendos delitos de trata y de prostitución coactiva, obvia materialización del fin de explotación sexual que exige el art. 177 bis CP (STS 728/2005), podemos acudir, en primer lugar, a la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, que en su punto II.4.2²⁶ establece que nos encontraremos ante un concurso de delitos, del mismo modo que la jurisprudencia, que ofrece la misma interpretación dada a la regla concursal antes citada, en sentido de que se trata de un mandato de apreciar concurso real entre ambos delitos (así, las SSTs 17/2014, 53/2014 y 73/2013, que continúan la línea marcada por los acuerdos de Pleno no jurisdiccionales del TS de 24 de abril de 2007²⁷ y 26 de febrero de 2008²⁸, referidos por aquél entonces al delito de inmigración clandestina con fines de explotación sexual pero aplicables, como vemos, al delito de trata de seres humanos).

Lo anterior es así puesto que de interpretarse dicha regla en un sentido más difuso, como una mera prohibición de que un delito sea consumido por el otro, podríamos entender que nos hallamos ante un concurso ideal si consideramos que hay un solo hecho que atenta contra varios bienes jurídicos protegidos

24 VIVES ANTÓN, T. *et al. Derecho Penal... op cit.* p. 296

25 MAYORDOMO RODRIGO, V. *Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas. Estudios Penales y Criminológicos. Octubre 2011, vol. XXXI.* Servicio de Publicaciones de Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, p. 46

26 Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, de 2 de noviembre de 2011. p. 25

27 Establece el acuerdo lo siguiente: "[l]a concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos del delito del art.188.1 y del previsto en el art.318 bis.2 del Código Penal, debe estimarse concurso de delitos".

28 En la misma línea que el anterior, establece este segundo acuerdo lo siguiente: "[l]a relación entre los arts. 188.1 y 318 bis del CP, en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina a la que sigue, ya en nuestro territorio, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, es la propia del concurso real de delitos (...)".

(la dignidad e integridad moral para la trata²⁹ y la libertad sexual para la prostitución coactiva³⁰) o bien ante un concurso medial, si consideramos que el traslado de las víctimas con fines de explotación es un hecho diferenciado de la propia explotación posterior, entendiéndose por tanto que el delito de trata se comete con el fin de posibilitar el de prostitución coactiva. Por lo tanto, teniendo presente que en la práctica el efecto sobre la pena es el mismo, ya se aprecie un concurso ideal o uno medial (pues en ambos casos se aplicará la mitad superior de la pena más grave), nuestra jurisprudencia ha considerado, en conjunción con la regla concursal ya expuesta, que la forma de abarcar todo el desvalor causado por los **delitos de trata de seres humanos y prostitución coactiva es la apreciación de un concurso real**, aplicando las penas de ambos de forma íntegra.

Por otra parte, pasando al **concurso existente entre los delitos de prostitución coactiva y detención ilegal**, debemos plantearnos en primer lugar si nos encontramos ante hechos diferenciados (por una parte el hecho de que la víctima esté en el local ejerciendo la prostitución en contra de su voluntad y por otra parte el hecho de que en las horas que no la ejerce se le impida salir del local) o ante un solo hecho que se prolonga en el tiempo (entendiendo que es un solo hecho la situación en la que la víctima está retenida en el local y además en esa retención se le obliga a prostituirse en ciertos momentos). Así, en el primer caso nos encontraríamos ante un concurso medial, en el que el delito de detención ilegal se comete para posibilitar o facilitar la comisión del delito de prostitución coactiva, mientras que en el segundo caso nos encontraríamos ante un concurso ideal en el que unos hechos determinados vulneran varios bienes jurídicos protegidos (el derecho a la libertad ambulatoria para la detención ilegal³¹ y la libertad sexual para la prostitución coactiva).

La ya citada **Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011**, en su punto IV.5, establece que habrá un concurso de delitos (es decir, **concurso real**) **entre la prostitución coactiva y la detención ilegal**, cuando ésta última se da en las condiciones que vimos en el fundamento jurídico correspondiente. Asimismo, si acudimos a **la jurisprudencia**, que **opera en la misma línea**, podemos ver que generalmente son apreciados como delitos autónomos (SSTS 1059/2007, 338/2006 o 1461/2005), probablemente con intención punitiva para aumentar la pena impuesta por la comisión de ambos delitos; no obstante, debe tenerse presente que la única regla concursal existente para el delito de prostitución del art. 188 CP se encuentra en su párrafo quinto, el cual solo hace referencia a los delitos de agresiones y abusos sexuales cometidos sobre la víctima. Por consiguiente, **discrepando aquí con la jurisprudencia mayoritaria y la Fiscalía General del Estado, debe considerarse que la solución técnicamente correcta es apreciar un concurso medial** entre ambos delitos (SSTS 174/2007); esto es así porque, si partimos de la base de apreciar hechos diferenciados como hace el TS, no puede pasarse por alto que el delito de detención ilegal tiene como fin poder determinar y mantener a las víctimas en la prostitución, para lo cual es un medio necesario.

Para mayor claridad, es procedente aquí citar la STS 174/2007 cuando expone que "*[p]ara el supuesto de delito medio para la comisión de otro, realmente lo que regula es un concurso real con los efectos en la penalidad del concurso ideal. La fundamentación del tratamiento punitivo radica en la existencia de una unidad de intención delictiva que el legislador trata como de unidad de acción. Pero la voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación concursal medial se producirá cuando la relación sea necesaria, lo que deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del criterio subjetivo, que entre en el ámbito de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes*". En conclusión, procede por lo tanto apreciar que **entre los delitos de prostitución coactiva y detención ilegal aquí apreciados, existe un concurso medial**, si bien añadiendo que su distinción del concurso ideal carece de relevancia práctica puesto que, en ambos casos, se computará la mitad superior del delito más grave, es decir, el de detención ilegal agravado por la duración superior a 15 días del art. 163.3 CP, con una pena máxima de ocho años de prisión, frente a la pena máxima de cuatro años que el art. 188 CP prescribe para el delito de prostitución coactiva.

29 MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal... op cit.* p. 209

30 SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.) *et al. Manual de Derecho Penal... op cit.* p. 181

31 CORCOY BIDASOLO, M. (dir.). *Derecho Penal... op cit.* p. 135

CUESTIÓN 2

DICTAMEN SOBRE SUSTANCIAS

En el que se calificarán penalmente los hechos relacionados con la distribución y consumo de nitrito de isobutilo e hidrocloreuro de ketamina que tuvieron lugar en el club

I.2.1 – Hechos relevantes:

I.2.1.1 – Durante el registro realizado en el local el día 13 de mayo de 2014, la policía encuentra en el club Plenilunio, en un armario del cual solo Pietro tenía la llave, 17 frasquitos de nitrito de amilo, sustancia conocida como *popper*, la cual compra por internet a una tienda polaca para venderla a los clientes del local que lo soliciten. En el mismo armario se encuentra una bolsa con pastillas que suman un total de 7 gramos de hidrocloreuro de ketamina, la cual entregó un cliente como pago por un servicio sexual y era consumida por Pietro y algunas de las chicas en el local sin perjuicio de que, en una ocasión, Pietro vendió una de las pastillas a un cliente.

I.2.2 – Fundamentos jurídicos:

I.2.2.1 – Del delito del art. 368 CP sobre tráfico de drogas: El art. 368 CP castiga a quienes "ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines", configurando así el delito de tráfico de drogas. A pesar de su nombre, vemos que el artículo no solo castiga la venta, sino que abarca casi cualquier actividad relacionada con las drogas y su facilitación a terceros; así, antes de entrar a dilucidar qué conductas comprende el precepto, debe analizarse qué es lo que se entiende a efectos penales por "droga" en relación con el art. 368 CP.

Así, a un nivel teórico-jurídico, caben dos posibles conceptos de "droga": el concepto médico tradicional y el concepto internacional. El concepto médico tradicional lo aporta la Organización Mundial de la salud, en su definición clásica³², que reputa droga toda sustancia cuya introducción en el organismo humano provoca dependencia física (generando síndrome de abstinencia), dependencia psíquica (necesidad o deseo de continuar consumiéndola) y genera tolerancia (necesidad de aumentar la dosis para conseguir los mismos efectos); el problema de este concepto, según la doctrina³³, es que en él encajarían sustancias de consumo habitual y legal en nuestra sociedad, como es el alcohol, el tabaco o la cafeína. Por otra parte, la unanimidad de nuestra jurisprudencia³⁴ se decanta por el concepto internacional, conforme al cual debe acudir a las listas contenidas en los anexos de los diversos convenios internacionales suscritos por España, generalmente el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de Viena, de 21 de febrero de 1971, suscrito por España y trasladado al ámbito de nuestra normativa interna por el Real Decreto 2829/1977, de 6 octubre, por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos, cuyo Anexo I es constantemente actualizado con nuevas sustancias. Por lo tanto, para poder apreciar que se da el objeto típico del delito o, dicho de otra manera, que se trata de una droga ilegal en el contexto del narcotráfico, deberemos acudir a las listas derivadas de los tratados internacionales.

En este punto conviene citar el informe sobre el hidrocloruro de ketamina solicitado al Plan nacional sobre drogas³⁵, el cual expone lo siguiente: "[l]a ketamina está sometida a control y fiscalización de acuerdo con la Orden SAS/2712/2010, de 13 de octubre, por la que se incluye dicha sustancia en el Anexo I del RD 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos. Por tanto, tal sustancia estaría sometida a la referida normativa administrativa, y su elaboración, tráfico, promoción, etc. ilícitos podrían ser constitutivos del delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico ilegal de sustancias psicotrópicas, tipificado en el art. 368 CP, pudiendo también su consumo o posesión en lugares públicos ser constitutivos de una infracción administrativa grave en materia de seguridad ciudadana (art. 25.1 de la LO 1/1992, de 21 de febrero³⁶)". Podemos ver, por ende, que en el caso de la ketamina se cumple el requisito jurisprudencial de la inclusión de la sustancia en los anexos del Convenio de Viena; por su parte, debe aclararse de antemano que el nitrito de amilo, una de las fórmulas del llamado "poppers", no se encuentra en dichas listas, por lo que será tratado aparte en el siguiente fundamento jurídico.

Además de lo anterior, sobre el objeto material de este delito debe distinguirse entre sustancias o productos que causen grave daño a la salud y los demás casos, pues el art. 368 CP contempla penas diferentes para cada uno de los dos casos (lo que coloquialmente se entiende como diferenciación entre drogas "duras" y "blandas"). Como vemos, el Código hace una referencia genérica a dos tipos de sustancias, sin ofrecer más criterio de distinción que el grave daño a la salud, siendo por ello que dicha distinción ha sido realizada por la jurisprudencia, que ha ido situando cada tipo de droga en uno u otro grupo, basándose en los cuatro criterios que los protocolos internacionales emplean para tal calificación: la propia lesividad para la salud, la dependencia que puede crear, el número de fallecimientos causados por intoxicación y el grado de tolerancia que provoca (STS de 25 de octubre de 1999).

32 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Glosario de términos de alcohol y drogas*. Ministerio de Sanidad y Consumo, 2008. p. 33

33 CORCOY BIDASOLO, M. (dir.). *Derecho Penal... op cit.* p. 625, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal... op cit.* p. 672, VIVES ANTÓN, T. *et al. Derecho Penal... op cit.* p. 606

34 *Vid.* STS de 16 de octubre de 1973, una de las más antiguas sentencias que exponen la conveniencia del criterio de acudir a los convenios internacionales.

35 *Vid.* Anexo I, que contiene el texto íntegro del informe.

36 Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana

A modo de ejemplo, la jurisprudencia ha venido considerando como causantes de grave daño a la salud la cocaína, la heroína, el LSD, las anfetaminas y dorgas sintéticas como el MDA, el MDMA, el éxtasis o el cristal de butirolactona, mientras que entre las que no causan grave daño a la salud se aprecia una división en dos grupos: los derivados cannábicos (hachís, kiffi, grifa, marihuana) y los preparados farmacéuticos con principios activos incluidos en los Convenios (Trankimazín, Rohipnol, Orfidal, Halción, Tranxilium o Valium, entre otros)³⁷. En conclusión, para determinar si el hidrocloreto de ketamina es una sustancia considerada como de grave daño a la salud o no, debemos acudir a la jurisprudencia, que en sentencias como las SSTS 892/2013, 84/2014 o 70/2015 dejan claro que se trata de lo primero, es decir, de una sustancia causante de grave daño a la salud, por lo que, de las dos opciones que ofrece el tipo básico, partiremos de la que implica una pena mayor, sin perjuicio de las circunstancias modificativas de la responsabilidad que sean aplicables, las cuales analizaremos en su momento.

Respecto a las modalidades comisivas del delito, el Código Penal hace una difusa referencia a "*actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo*"; como podemos ver, se trata de un precepto prácticamente omnicompreensivo³⁸, habida cuenta que prácticamente cualquier actividad relacionada con la droga puede encuadrarse de algún modo en "favorecer" o "facilitar" su consumo. Así, es comunmente sabido y aceptado que por tráfico se entiende la compraventa, habiendo sido también aceptados por la jurisprudencia otros actos como la permuta (por todas, citaremos las recientes SSTS 104/2015 o 250/2014). No obstante, cuestión distinta puede ser el plantearse si un solo acto de compraventa de droga constituye tráfico de drogas, para lo que podemos acudir a sentencias como la STS 30/2014, entre otras, para constatar que la jurisprudencia considera bastante un solo acto para apreciar concurrente la modalidad comisiva de tráfico.

Una vez aclarado lo anterior, debemos ahora prestar atención a la cantidad de ketamina vendida, puesto que su escasa entidad nos lleva a determinar que podríamos encontrarnos, cuanto menos, ante el subtipo atenuado del delito del art. 368.2 CP. No obstante, más allá de lo anterior, puede haber incluso la duda de si nos encontramos en un caso que se mueve por debajo del concepto de cantidad mínima creado por nuestra jurisprudencia, en virtud del cual se considera atípico un hecho encuadrable en el art. 368 CP por apreciarse que la cantidad de droga es demasiado escasa para atentar contra la salud pública, como bien jurídico protegido por el precepto, como se plasma en la STS 298/2004, que razona que "*el objeto del delito debe de tener un límite cuantitativo y cualitativo mínimo, pues el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de efectos potencia-mente dañinos que sirvan de fundamento a la prohibición penal*".

En consecuencia, en virtud del principio de insignificancia la conducta es atípica cuando la cantidad de droga no baste para producir efectos nocivos para la salud, lo que aplicado de forma más restrictiva a los casos de tráfico de drogas se traduce en exigir una "absoluta nimiedad", de forma que la sustancia ni siquiera sea suficiente para producir efectos psicoactivos, dejando por lo tanto de ser una droga tóxica o estupefaciente y tratándose de un producto inocuo³⁹. Así, en conexión con el caso que nos ocupa, aunque no sabemos qué cantidad de hidrocloreto de ketamina contiene cada pastilla, para lo cual sería necesario conocer el peso de cada una y la pureza de la ketamina, no es descabellado suponer que cada una tiene el tamaño suficiente para producir los efectos psicoactivos propios de la sustancia, motivo por el cual al comprador le basta con adquirir una, pues no resulta lógico que, de ser cada pastilla demasiado pequeña para producir efectos por sí misma, el cliente que quiere consumir la droga compre una cantidad insuficiente para notar los efectos. En conclusión no resulta aplicable, conforme a lo hasta aquí expuesto, la doctrina de la cantidad mínima para considerar atípica la venta, ni por tratarse de un solo acto ni por su escasa cuantía⁴⁰; acerca del subtipo atenuado por escasa entidad del hecho, su posible apreciación será tratada más adelante, junto con la imputación de este delito a Pietro.

37 CORCOY BIDASOLO, M. (dir.). *Derecho Penal... op cit.* p. 626

38 VIVES ANTÓN, T. *et al. Derecho Penal... op cit.* p. 611

39 NAVARRO MASSIP, J. *La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de la exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima. Revista Aranzadi Doctrinal N° 8/2011.* Aranzadi. p. 5

40 *Ibidem.* p. 9

Por su parte, mayor complicación interpretativa presenta la modalidad comisiva de facilitar el consumo pues, como decimos, es un concepto sumamente difuso que podría encuadrar todo tipo de actos que, además, de no ser por la redacción del precepto serían considerados de participación, no autoría⁴¹. Entre esos actos puede encuadrarse la donación⁴², sin perjuicio de que una parte de la doctrina⁴³ considere que se trata de una forma de tráfico y no facilitación del consumo, si bien es una mera discusión doctrinal que carece de relevancia práctica, puesto que sea por una u otra modalidad, no hay discusión acerca de que la donación es un acto típico a estos efectos. Así, de los hechos relatados podemos resaltar en este punto aquéllos en los que Pietro, además de consumirlas él, proporciona de forma gratuita pastillas de ketamina a las prostitutas para que ellas las consuman; por consiguiente, debe aclararse en primer lugar si se trata de un caso de consumo compartido o solo se trata de autoconsumo por un lado y varias donaciones por otro. Nuestra jurisprudencia⁴⁴ ha considerado que, cumplidos ciertos requisitos, el consumo compartido es impune; nuestra doctrina⁴⁵ ha sintetizado dichos requisitos como sigue:

a) Los destinatarios del consumo deben ser consumidores frecuentes, de forma que ello no suponga divulgación o ampliación del consumo de esas sustancias.

b) El consumo debe producirse en lugar cerrado, donde no esté expuesto a la contemplación por terceros.

c) La cantidad debe ser mínima, adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro.

d) El grupo de consumidores debe ser reducido y determinado, que permita considerar que se trata de un acto íntimo sin trascendencia pública.

e) Los consumidores deben estar concretamente identificados por el donante, con el fin de que pueda entenderse que le constan sus condiciones personales en conexión con lo expuesto en el primer punto.

f) Debe tratarse de una previsión de consumo inmediato, de forma que no quepan alteraciones posteriores al destino originario de las sustancias.

Si bien desconocemos si las chicas eran o no consumidoras frecuentes de ketamina, el hecho de que el consumo se produzca en un local abierto al público en presencia de clientes nos lleva a descartar que se trate de un caso de consumo compartido atípico para nuestra jurisprudencia, pues es evidente además que el consumo por parte de las chicas es claramente susceptible de extenderse a los clientes que estén con ellas, lo que contradice el fin con el que el Tribunal Supremo vino elaborando la doctrina aquí tratada. Además, lo que cabe entender del caso no es una situación de consumo en grupo por Pietro y las chicas, sino que más bien que éste consumía la ketamina por su cuenta, como también lo hacían las chicas que, en relación con las circunstancias relatadas en el caso, lo más normal es que en las horas que se producía el consumo (cuando el club estaba abierto y Pietro estaba trabajando como camarero) cada una estuviese con diferentes clientes, siendo difícil pensar que las chicas se juntaban en grupos para consumirla. De este modo, descartando el consumo compartido podemos afirmar que se trata de diferentes casos de donación de droga por parte de Pietro hacia algunas de las chicas.

Por otra parte, es pacífico en la doctrina y la jurisprudencia⁴⁶ el razonamiento conforme al cual varios actos típicos a efectos del art. 368 CP constituyen un solo delito, puesto que ya no solo el artículo habla de "actos" en plural, sino que la elevada pena impuesta por el mismo, unido a que en la práctica dichos actos suelen ser numerosos por cada caso, supondría una pena totalmente desproporcionada respecto del hecho delictivo. Así, aunque nos encontremos en este caso ante múltiples actos de donación e incluso una venta de droga, cabe apreciar, en su caso, un solo delito contra la salud y no varios delitos o uno continuado.

41 SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.) *et al. Manual de Derecho Penal... op cit.* p. 430, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal... op cit.* p. 676

42 VIVES ANTÓN, T. *et al. Derecho Penal... op cit.* p. 610, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal... op cit.* p. 676

43 CORCOY BIDASOLO, M. (dir.). *Derecho Penal... op cit.* p. 626, SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.) *et al. Manual de Derecho Penal... op cit.* p. 430

44 SSTs de 14 de diciembre de 2009, de 10 de marzo de 2010 y 23 de febrero de 2011.

45 SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.) *et al. Manual de Derecho Penal... op cit.* p. 430, sin perjuicio de que puedan encontrarse listas cuyo contenido es casi idéntico en otras obras como los ya citados manuales de CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), MUÑOZ CONDE, F. o MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., entre otros.

46 SSTs de 18 de marzo de 1999 y de 28 de septiembre de 2006, entre otras muchas.

Pasando ahora a la imputación del delito, analizaremos en primer lugar la participación de Pietro en el mismo; por consiguiente, refiriéndonos a los hechos descritos vemos que es Pietro quien entrega materialmente la droga a las chicas y vende la pastilla al cliente, lo que a la luz de todo lo expuesto hasta ahora constituye claramente una actuación típica del art. 368 CP. No obstante lo anterior, debe considerarse si concurre alguno de los tipos agravados o atenuados del tipo básico que, en virtud de los hechos relatados, podrían consistir en alguno o algunos de los siguientes: atenuado por escasa entidad del hecho, agravado por realizarse en establecimiento abierto al público y por sustancia facilitada a menor de edad. Pasaremos a continuación a estudiar cada uno de los subtipos individualmente con el fin de dilucidar si son de aplicación al caso.

Comenzando por el subtipo atenuado por escasa entidad del hecho (art. 368.2 CP), que fue introducido por la LO 5/2010, por petición jurisprudencial (Acuerdo del Pleno del TS de 25 de octubre de 2005), consistente en una rebaja de la pena que puede darse en función de dos criterios con carácter cumulativo⁴⁷: la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales de los intervinientes en el delito. La escasa entidad del hecho debe considerarse, lógicamente, vinculada a la cantidad de droga que es objeto del delito en cuestión, tomando en consideración las dosis de consumo medio (STS de 13 de noviembre de 2014); respecto a las circunstancias personales, se entiende que debe tenerse en consideración hechos tales como que el comprador (o quien recibe la droga) sea consumidor habitual y su facilidad para tener acceso a la misma sustancia, como también hechos referidos a la persona del vendedor, atendiendo a sus circunstancias en un sentido más amplio, buscando aquí las que puedan justificar o hacer en cierto modo excusable la comisión del delito por parte de esta persona (que el mismo sea un adicto, por ejemplo)⁴⁸; lo anterior podemos encontrarlo, además de la ya citada, en las SSTS 336/2012 o 42/2012.

En conclusión, debe tenerse presente que a la única venta de una pastilla de ketamina hay que sumar un número indeterminado de donaciones, siendo éstas últimas las que dificultan la aplicabilidad del subtipo atenuado, pues aunque es cierto que la venta ocasional de una sola pastilla a un cliente podría considerarse hecho de escasa entidad (sin perjuicio de que necesitaríamos saber más detalles sobre las características del comprador, al cual desconocemos), las múltiples y aparentemente habituales donaciones de ketamina a las chicas suponen un notable aumento a la entidad del hecho, no solo porque multiplican el número de receptores y con ello la difusión de la sustancia, sino porque además, teniendo en cuenta su imposibilidad de salir del club, difícilmente podrían éstas adquirir cualquier sustancia psicoactiva sin la participación de Pietro, lo que le hace elemental en el consumo de ketamina por parte de las chicas y, en consecuencia, hace que no pueda considerarse concurrente la circunstancia de escasa entidad del hecho delictivo.

Sobre la utilización de establecimiento abierto al público por sus responsables o empleados del art. 369.1.3^a CP, la jurisprudencia ha establecido que no basta con que el hecho se produzca en un establecimiento abierto al público por el encargado o un empleado del mismo, sino que exige que dicha circunstancia constituya un aporte real a la comisión del delito, es decir, que el negocio aparentemente lícito facilite el negocio ilícito que es el tráfico de droga (SSTS de 13 de septiembre de 2004, de 5 de octubre de 2007 y 24 de junio de 2010). Además, en relación con lo anterior la jurisprudencia también da por hecho que para apreciar esta agravante debe haber una habitualidad en los actos constitutivos de tráfico, pues solo entonces puede el local abierto al público suponer una facilidad para la comisión del delito (SSTS 370/2013, 806/2011, 722/2008 y 928/2007). En conclusión, atendiendo a los hechos no cabe considerar que se den las circunstancias exigidas pues, aunque es cierto que los hechos se producen en un establecimiento abierto al público y por un empleado del mismo, no se da la habitualidad exigida por la jurisprudencia, toda vez que la ketamina se encontraba en poder de Pietro de forma casi fortuita, pues fue recibida de un cliente como pago por un servicio sexual y, en vista de que solo se vendió una y además a petición de un cliente, no procede considerar que la apertura del local al público facilitase especialmente la comisión del delito.

47 CORCOY BIDASOLO, M. (dir.). *Derecho Penal... op cit.* p. 629

48 MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal... op cit.* p. 678

Por último, la agravación correspondiente al hecho de facilitar estas sustancias a un menor de edad contenida en el art. 329.1.4ª CP, sería de aplicación si una de las chicas a las que se le facilitó la ketamina era Nicoara, al tener ésta 17 años⁴⁹; en este caso podemos aclarar que, si bien ya establecimos anteriormente que cabe presumir que la verdadera edad de Nicoara era conocida, podemos añadir que el TS considera que cabe dolo eventual para la apreciación de esta agravante (STS 28 de junio de 2002), por lo que es igualmente aplicable los argumentos expuestos en su momento conforme a los cuales se entiende que la edad de Nicoara pudo ser deducida o fácilmente averiguada, por lo que difícilmente podría alegarse en contra el desconocimiento de este extremo. Sin embargo, debe reincidirse en que el relato del caso no detalla quiénes eran las chicas que le pedían ketamina a Pietro, pues solo se refiere a que eran "algunas" de ellas y, en consecuencia, en principio no hay nada que lleve a pensar que Nicoara fuera una de ellas, por lo que la aplicabilidad de este subtipo agravado queda supeditada, como decimos, a que la chica menor fuera una de las consumidoras.

Por lo tanto, analizadas ya las circunstancias que potencialmente podrían modificar la pena, podemos observar que en ningún caso se cumplen fehacientemente los requisitos de cada una y, en consecuencia, **será de aplicación el tipo básico del delito del art. 368 CP**, recordando aquí que **por tratarse de ketamina se aplicará en la modalidad correspondiente a las sustancias que causan grave daño a la salud**, imputándose a **Pietro en calidad de autor**, por haber sido quien realizaba la entrega física de la sustancia, ello unido a que poseía la llave del armario en el que se guardaba la droga, lo que le otorga un control directo sobre el hecho.

Respecto a la responsabilidad de Tatiana por los hechos descritos, debe recordarse una vez más su condición de encargada del club, función que ejercía con autoridad sobre las chicas y los empleados, controlando, como se deduce del relato, todos los aspectos del negocio. Así, lo más razonable es entender que conocía y permitía la distribución y consumo de sustancias en el local, pues debe tenerse presente que la ketamina llega al club como pago por un servicio sexual y, siendo Tatiana la encargada de reunir las ganancias, cabe pensar que ella misma autorizó esa forma de pago; a lo anterior se suma el hecho de que, aunque Pietro tenía la llave del armario donde se guardaba la ketamina, lo más razonable es entender que la llave se la dio Tatiana como encargada del club y su jefa, pues parece poco probable que Pietro llevase el armario al local por iniciativa propia. Por otra parte, Tatiana controlaba el trabajo de las chicas, lo que se deduce del hecho de que es ella quien les da la ropa, les dice cuándo pueden usar preservativo, etc., por lo que cabe entender que permitía y quizás incluso promovía el consumo de ketamina por las chicas, siendo lo menos probable que ello sucediera fuera del conocimiento de la encargada. En conclusión, por todo lo antes expuesto podemos entender que **Tatiana** ejercía un control indirecto de los hechos relacionados con la ketamina, desde autorizar su aceptación como pago (lo que supone una permuta, modalidad comisiva ya mencionada anteriormente) hasta su distribución entre las chicas para que éstas la consumieran, por lo que cabe considerarla **coautora del delito contra la salud del art. 368 CP**.

Finalmente, debe analizarse aquí la implicación de Zulaika en los hechos relacionados con la ketamina, recordando para ello que ella trabajaba como recepcionista, limitándose a recibir en primer lugar el dinero de los clientes por los servicios sexuales. Así, del relato de los hechos no se desprende que Zulaika tenga autoridad alguna sobre Pietro ni mucho menos Tatiana y, aunque lo más probable es que conociese la existencia del alijo de ketamina al ser ella quien recibía el dinero por los servicios sexuales y por tanto quien primero debió saber que el cliente en cuestión no podía pagar con dinero y ofrecía en su lugar la citada sustancia, no cabe entender que tuviera control alguno sobre los hechos relacionados con la droga. Por otra parte, analizando sus funciones en el club, no cabe entender que facilitase de ninguna manera la comisión del delito del art. 368 CP pues, aunque como decimos pudo ser la primera en recibir la oferta de recibir ketamina como pago por un servicio sexual, del caso parece desprenderse que seguramente fue Pietro quien se encargó de esta transacción, pues es él quien cuenta de dónde salió la droga y era él quien la controlaba de forma directa. Así, aunque lo relatado tampoco permite descartar con total seguridad la participación de Zulaika en los hechos relacionados con el delito del art. 368 CP, la interpretación más racional de lo relatado lleva a considerar que la recepcionista **Zulaika no participó en modo alguno en la comisión del delito**.

49 SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.) *et al. Manual de Derecho Penal... op cit.* p. 437

I.2.2.2 – Del nitrito de amilo o popper y el tipo genérico del art. 359 CP del delito contra la salud:

Como ya dijimos anteriormente, la falta de inclusión del nitrito de amilo en los anexos del RD 2829/1977 hace que, conforme a los criterios ya explicados, la jurisprudencia no considere esta sustancia como subsumible en el objeto típico del delito de tráfico de drogas del art. 368 CP. Así, acudimos al informe sobre el nitrito de amilo solicitado el 23 de marzo de 2015 al Plan nacional sobre drogas⁵⁰, que afirma que *"[e]n 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 que, para los mismos, establece la Ley 29/2006 de Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios (art. 8, apartados a y c) y demás normativa legal sobre la materia. 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 eficacia, tal y como establece el artículo 9 de la citada Ley 29/2006, de 26 de julio; por lo que su presencia en el mercado como medicamento se reputa clandestina, según lo dispuesto en el artículo 95.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.*

En el ámbito legal penal, los poppers son o tienen la consideración de sustancias nocivas para la salud⁵¹, por lo que su elaboración o comercio sin las preceptivas autorizaciones sanitarias al respecto, conformarían un ilícito penal contra la salud pública, en el tipo genérico del artículo 359 del Código Penal. Aunque por su condición de drogas de abuso desde el punto de vista toxicológico están sometidos a seguimiento y valoración del riesgo por la Unión Europea y son motivo de preocupación para Naciones Unidas de momento no tienen, en cambio, la consideración de drogas (Estupefacientes o Sicótropos).

Por tanto, su elaboración o comercio podría, en su caso, conformar un ilícito penal contra la salud pública, en el tipo genérico del artículo 359 del Código Penal". Así, conforme al criterio del Plan nacional sobre drogas, el nitrito de amilo debe ser considerado sustancia nociva y, en consonancia, objeto típico no del art. 368 CP sino del art. 359 CP, que configura el tipo genérico del delito contra la salud pública, que analizaremos a continuación, dejando establecido *a priori* que, como veremos, la jurisprudencia no es del todo acorde con el criterio del informe aquí citado.

Acerca del mencionado tipo genérico del delito contra la salud, éste se configura en el art. 359 CP que castiga *"[a]l 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"*. Por lo tanto, podemos ver que el tipo objetivo del delito se compone por tres elementos⁵², que a continuación iremos analizando individualmente: el objeto material constituido por la sustancia nociva para la salud o producto químico susceptible de producir estragos, la falta de autorización y la acción típica de elaborar, despachar, suministrar o comerciar con las sustancias antes mencionadas.

Respecto al objeto material del delito, podemos ver en el precepto que existen las modalidades de producto químico susceptible de producir estragos y la de sustancia nociva para la salud, siendo ésta última la que puede interesarnos para el caso. El carácter de nocividad viene dado tanto por su composición como por su uso específico, refiriéndose el precepto a la nocividad general para la salud, no a la que en algún caso concreto puedan tener algunas sustancias para ciertas personas (ej. azúcar para los diabéticos)⁵³. Por otra parte, aunque algunos autores⁵⁴ miran hacia la normativa administrativa para determinar la nocividad típica, la jurisprudencia parece tender a buscar el peligro concreto que una sustancia supone para la salud, basándose en informes especializados que prueben la potencialidad lesiva de la sustancia concreta, en lugar de considerarla objeto típico del art. 359 CP por el hecho de estar alguno de sus componentes incluido en alguna lista de sustancias controladas (STS 8 de septiembre de 2011 o SAP de Sevilla de 24 de noviembre de 2010).

⁵⁰ Vid. Anexo I, que contiene el texto íntegro del informe.

⁵¹ Esto se justificará más adelante, en virtud de otro informe solicitado al Centro de Información Toxicológica.

⁵² MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal... op cit.* p. 648

⁵³ *Ibidem* p. 649

⁵⁴ CORCOY BIDASOLO, M. (dir.). *Derecho Penal... op cit.* p. 619, SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.) *et al.* *Manual de Derecho Penal... op cit.* p. 418

Además de esa nocividad que acabamos de describir, para que concurra el delito del art. 359 CP es necesario que la sustancia objeto o alguno de sus componentes esté sujeto a autorización para su fabricación y manejo, debiendo el autor carecer de ella. De este modo, no se trataría del delito que aquí analizamos si, a pesar de ser la sustancia potencialmente nociva, su manejo no requiere autorización alguna. Por lo tanto, a la nocividad típica, que como vimos es la potencialidad lesiva real y concreta de una sustancia, debe añadirse necesariamente la existencia de una norma administrativa que limite la fabricación o venta del objeto del delito, debiendo ésta ser incumplida por el autor en el sentido más estricto, es decir, debe carecer totalmente de autorización para vender o fabricar la sustancia, pues si cuenta con autorización pero infringe la norma correspondiente de algún otro modo (ej. venta de la sustancia sin seguir el procedimiento legalmente establecido) estaríamos ante el delito del art. 360 CP.

Pasando a analizar la acción típica, el precepto expone que el delito puede cometerse por elaboración, despacho, suministro o comercio de la sustancia; dado que son términos de uso común que no requieren demasiada explicación, basta aquí con relacionar la acción típica de comercio con los otros dos elementos del tipo objetivo del delito, por lo que se considerará que existe delito del art. 359 CP cuando se venda una sustancia que puede causar un daño concreto y determinado a la salud, haciéndolo además sin tener la autorización que una norma administrativa exija a tal fin.

De este modo, en primer lugar es necesario establecer de forma concreta la nocividad del nitrito de amilo, para lo cual podemos acudir al informe solicitado el 21 de mayo de 2015 al Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses⁵⁵ para comprobar que dicha sustancia causa metahemoglobinemia y, en consecuencia, hipoxia tisular, una afección en la que la falta de aporte de oxígeno a un tejido puede causar necrosis; asimismo, el informe contenido en el anexo corrobora que en una intoxicación grave (ingesta de 10 ml) puede causar la muerte. En consecuencia, vemos corroborado por el citado informe que el nitrito de amilo es apto para causar daños graves a una persona (necrosis) e incluso la muerte, por lo que debe considerarse una sustancia nociva de acuerdo con la exigencia del tipo.

Respecto a la exigencia típica de una norma que limite la producción o distribución de la sustancia, valga una remisión a lo primeramente dicho por el Plan nacional sobre drogas acerca de la vinculación del popper a la Ley 29/2006 de Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios (art. 8, apartados a y c), norma que como ya vimos califica el nitrito de amilo como un componente para medicamentos y, en consecuencia, sujeto a autorización administrativa para su manejo y distribución⁵⁶. Por lo tanto, también debemos considerar cumplido el requisito típico de la vigencia de una norma administrativa que limite la fabricación o venta que sea infringida por el autor del presunto delito; paralelamente, es necesario que la persona que se considere autora del delito del art. 359 CP carezca de tal autorización, elemento típico que no es difícil constatar en el presente caso pues, hasta donde sabemos, ninguna de las personas que participan en los hechos narrados tienen tal autorización, por lo que la apreciación de este requisito concreto no supondrá mayor obstáculo para imputar el delito.

De este modo, podemos determinar que **Pietro y Tatiana son autores por comerciar con la sustancia**, en una línea de razonamiento similar a la empleada para imputarles el delito del art. 368 CP por la ketamina: Pietro es quien materialmente despacha la sustancia (además de comprarla por internet), si bien el uso de medios del local (el armario) hacen suponer, máxime en el caso del popper cuya venta en el club parece una práctica arraigada, que es Tatiana quien ordena tal práctica. Una vez más debe tenerse presente que lo anterior es un razonamiento basado en suposiciones derivadas de la falta de detalles ofrecidos por el caso, pues para considerar autora a Tatiana habría que probar, más allá de su conocimiento, que fue ella quien ordenó que se vendiera, lo que podría hacerse si se demuestra que era dinero del club (manejado por Tatiana) el que pagaba los pedidos de popper; en este sentido, parece lo más razonable suponer que fue así en vista de que no se dice que Pietro lo vendiese por cuenta propia o que se quedara con el beneficio, por lo que parece más bien un "servicio" ofrecido por el prostíbulo en el que el camarero solo cumple lo que le ordena la encargada. Del mismo modo, **no encontramos motivo para considerar a Zulaika partícipe de este delito a la luz de lo expuesto en la redacción de los hechos.**

⁵⁵ Vid. Anexo II, que contiene el informe íntegro.

⁵⁶ Dicha infracción administrativa, como elemento típico del delito del art. 359 CP, será absorbida por éste para evitar un *bis in idem* imputando el mismo hecho (el comercio de la sustancia) para castigar por vía penal y administrativa.

I.2.2.3 – Sobre el consumo de las sustancias aquí tratadas: Por último, en relación con las sustancias mencionadas en el caso, no puede pasarse por alto que el caso hace mención a su consumo por parte de Pietro y algunas de las chicas (no sabemos si Tatiana y Zulaika estaban entre esas chicas, si bien por la redacción del caso parece que solo se refiere a las prostitutas). En este sentido, el art. 25 de la LO 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana considera una infracción grave *"el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo"*. En consecuencia, **Pietro (y las otras chicas que consumieron, cuya identidad desconocemos) cometió una infracción administrativa grave** al consumir ketamina en un lugar público, mientras que el consumo de popper no podría ser lícitamente sancionado por esta vía en vista de que es legalmente considerado un componente de medicamento.

CUESTIÓN 3

DICTAMEN SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL ECONÓMICA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

En la que se calificarán penalmente los hechos relacionados con el impago de tributos por parte de los responsables de la sociedad, así como la facturación falsa de comidas en otro negocio propiedad de la empresa

I.3.1 – Hechos relevantes:

I.3.1.1 – El abogado de la sociedad, Xaime P., aconseja a Alberto y a Santiago en febrero de 2008 la apertura de una cuenta bancaria en Gibraltar, con la idea de utilizarla para desviar fondos derivados de no pagar el Impuesto de Sociedades, asegurándoles la opacidad de éstas, que según él dificultaría una eventual investigación policial. En dicha cuenta consta que fueron depositadas las siguientes cantidades derivadas del impago del tributo:

Ejercicio 2009: 156.000 euros.

Ejercicio 2010: 161.000 euros.

Ejercicio 2011: 170.000 euros.

Ejercicio 2012: 125.000 euros.

Ejercicio 2013: 119.000 euros.

I.3.1.2 – La parte de las ganancias del club Plenilunio que no se declaró directamente a Hacienda pero tampoco se ocultó en la cuenta de Gibraltar fue facturada falsamente en concepto de comidas en el restaurante Luna del Principito, el otro local de la sociedad Na&Ma SL.

I.3.1.3 – Aclaración sobre la interpretación de los hechos: Respecto a los hechos aquí tratados, se entenderá a efectos del dictamen que las cuantías facturadas como comidas eran resultado de la prostitución coactiva analizada en la cuestión anterior, asumiendo por otra parte que las cuantías destinadas a la cuenta de Gibraltar se mantienen en ella, lo que se deduce del tenor literal del caso cuando dice que todas estas cantidades defraudadas "*se encuentran*" depositadas en la cuenta bancaria de Gibraltar; dicho de otro modo, se asume que en ningún caso esas cantidades depositadas en la cuenta de Gibraltar fueron posteriormente facturadas falsamente en el restaurante; del mismo modo, se entenderá que el dinero se depositó en Gibraltar por ingreso físico, lo que hace que no quede constancia de ninguna transferencia bancaria desde España. Así, distinguiremos por un lado los hechos consistentes en ocultar una parte de las ganancias del club en una cuenta bancaria gibraltareña y, por otro lado, los consistentes en facturar falsamente la otra parte de las ganancias en el restaurante.

Respecto al cumplimiento fiscal de la sociedad, se entiende que ésta presentó la declaración del Impuesto de Sociedades dentro del plazo, pero que en ella no se reflejaban los ingresos reales de la empresa, que siendo también omitidos en la contabilidad, se destinaban a las dos vías presuntamente defraudatorias que acabamos de describir.

Por otra parte, cabe destacar que se omitirá en este dictamen el análisis de la posible responsabilidad en relación con el 10% de las ganancias que Tatiana recibe de los socios, pues no se aportan datos sobre su contrato laboral y su declaración de la renta, los cuales serían necesarios para poder determinar si efectivamente la percepción de esas cuantías tiene algún tipo de relevancia penal o, más probablemente, administrativa en el ámbito tributario.

I.3.2 – Fundamentos jurídicos:

I.3.2.1 – Delito contra la Hacienda Pública: El comúnmente conocido como delito fiscal está tipificado en el art. 305 CP, que castiga "[a]l 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 de retribuciones en especie 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"; por lo tanto, vemos que para que concorra un delito contra la Hacienda Pública, frente a una infracción tributaria, se exige la comisión de la conducta mediante dolo y la superación del umbral de 120.000 euros legalmente establecido⁵⁷.

El elemento objetivo típico de este delito es, por tanto, el incumplimiento de una obligación fiscal, lo que implica necesariamente la existencia de una relación jurídica de naturaleza tributaria entre el autor y la Hacienda Pública o sus equivalentes autonómicos y locales. Dicho de otro modo, solo los titulares de la Hacienda Pública y sus equivalentes antes mencionados pueden ser sujeto pasivo del delito⁵⁸. Por su parte, el sujeto activo puede ser cualquier persona obligada al pago del tributo correspondiente (STS de 14 de julio de 2003) por lo que, si solo el sujeto pasivo del tributo puede ser autor del delito, nos hallamos ante un delito especial⁵⁹, sin perjuicio de que en él sea especialmente fácil y habitual la concurrencia de terceros a título de inductor, cómplice y cooperador necesario (asesores fiscales, testaferros, etc.). Si bien como norma general vemos que no se puede cometer este delito defraudando las cuotas correspondientes a otra persona, puede considerarse en cierto modo una excepción el caso del que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro (*vid.* art. 31 CP) pues, en estos casos, el delito será imputable a la persona que actúe. En consecuencia, cuando el obligado tributario sea una persona jurídica, generalmente el caso de las sociedades, la responsabilidad penal recaerá en quien efectivamente desempeñe la dirección y gestión de la entidad, con independencia del nombramiento formal como administrador^{60 61}.

Como se desprende del precepto citado, existen dos modalidades típicas principales: eludir el pago de cantidades debidas conforme a la normativa tributaria y beneficiarse de devoluciones o beneficios fiscales que no correspondan legítimamente al autor; no obstante, ambas modalidades tienen, a nivel general o abstracto, una conducta típica común: la defraudación. Es relevante hacer hincapié en el término "defraudar", pues éste indica que la actuación debe ser necesariamente dolosa, es decir, la acción típica no consiste simplemente en no pagar, sino que debe tratarse de defraudar⁶² que, acudiendo a la STS de 26 de noviembre de 2008, la concurrencia del elemento subjetivo requiere que el autor haya obrado con "*ánimo defraudatorio*", por lo que podemos ver la relevancia del verbo utilizado, que implica una conducta engañosa o fraudulenta, no el mero impago por despiste, negligencia o imposibilidad. Asimismo, es relevante destacar la STS de 28 de octubre de 1997, relativa al Caso Filesa, que declara que no son encuadrables en este tipo los supuestos en que un contribuyente realiza la declaración pero no ingresa la cantidad correspondiente a la deuda tributaria; en esos casos será aplicable la sanción administrativa, pero no hay defraudación.

Por otra parte, debe precisarse respecto al dolo típico de este delito que no se requiere el ánimo específico de perjudicar a la Hacienda Pública, como establece la STS de 3 de enero de 2003 que señala, además, que el dolo en esta figura no es estructuralmente distinto al que se contempla en las demás normas penales. De este modo, precisa la STS de 30 de marzo de 2004 que el dolo propio del delito se refiere necesariamente al conocimiento de la aplicación de unos elementos impositivos que no se corresponden con los establecidos en las disposiciones tributarias (sea el tipo impositivo, sea la base imponible, sea cualquier otro orientado a pagar menos de lo que legalmente corresponde).

57 *Monografías; Practicum Fiscal. Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.* Aranzadi, 2015. p. 1

58 MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal...* op cit. p. 1056

59 *Ibidem*

60 *Delito fiscal: Delitos contra la Hacienda Pública.* Base de datos Aranzadi (DOC 2012/304). p. 9

61 La responsabilidad penal de la sociedad será abordada en la siguiente cuestión.

62 *Monografías; Practicum Fiscal...* op cit. p. 4

Dado que nos encontramos ante un delito de resultado⁶³, se exige la producción de un perjuicio económico al sujeto pasivo antes explicado y, además, es requisito adicional del tipo que dicho perjuicio sea superior a 120.000 euros, pues los inferiores serán tratados como ilícitos administrativos a sancionar por esa misma vía (STS de 25 de abril de 2002). En la modalidad comisiva de elusión, el perjuicio derivará de la falta de pago que atañe a tributos, en el sentido que da el artículo 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT) y con exclusión de otros conceptos como intereses, recargos o sanciones (arts. 26, 27 y 28 LGT)⁶⁴. Es relevante en este punto centrar el análisis del objeto típico del delito en una cuestión que no es pacífica en la doctrina: las ganancias obtenidas ilícitamente; así, aunque diversos autores discutan si el castigo de otros delitos absorbe el cometido contra la Hacienda Pública en relación al fruto de los primeros, el TS estimó en la STS de 21 de diciembre de 1999 (Caso Roldán) que las ganancias obtenidas ilícitamente están sujetas a tributación y, por consiguiente, su impago puede dar lugar al delito fiscal (vid. en el mismo sentido la STS de 28 de marzo de 2001, sobre el Caso Urralburu).

En cualquier caso, el cálculo o cuantificación del perjuicio corresponde a la jurisdicción penal, sin perjuicio de que ésta se apoye en la normativa tributaria por razones obvias. Por consiguiente, en conexión con las reglas del art. 305.2 CP, que establece respecto a tributos periódicos como el Impuesto de Sociedades (en adelante IS) la regla del cálculo por periodo impositivo de forma aislada, para la concreción habrá que estar a las normas tributarias, especialmente al artículo 50.2 de la LGT que prevé tres sistemas: la estimación directa, la objetiva y la indirecta; esta última forma es la contemplada por el TS (STS de 3 de enero de 2003). La cuota defraudada que interesa a efectos del delito fiscal es la cuota íntegra, líquida o diferencial del tributo, dependiendo de la regulación de su ley propia: en el IS, se refiere a la cuota diferencial⁶⁵. En todos los casos, como ya se dijo, la cuota defraudada debe superar 120.000 euros, correspondiendo la determinación de esa cantidad al órgano judicial, sin perjuicio de que éste pueda recurrir al auxilio de los órganos de la Administración Tributaria, que actuarán en concepto de peritos y, por tanto, su dictamen podrá ser contrastado con los propuestos por la defensa o los requeridos por el propio órgano judicial⁶⁶. Afortunadamente, en el caso ya se establece de forma expresa y determinada la cantidad que fue defraudada en cada ejercicio, por lo que huelga mayor profundización en este ámbito.

Sobre el momento concreto de consumación del delito por vía de la elusión del pago de tributos, una parte de la jurisprudencia mantiene que es el momento de presentación de la declaración (STS de 30 de abril de 1999), mientras que la mayoría sostiene que cuando el tributo se gestiona mediante el sistema de autoliquidación, el delito fiscal se consuma al finalizar el período voluntario de pago (SSTS de 26 de julio de 1999, de 6 noviembre de 2000 y 5 de diciembre de 2002, entre otras muchas), coincidiendo con el momento del inicio de la prescripción del derecho a imponer sanciones tributarias.

Respecto al plazo de prescripción, se atenderá al de 5 años⁶⁷ establecido por el art. 131.1 CP que por su pena máxima le corresponde al delito contra la Hacienda Pública del art. 305 CP. El día de inicio del cómputo del plazo de prescripción para el delito de defraudación tributaria, coincidente con la consumación del delito (art. 131.2 CP), según el criterio consolidado en la jurisprudencia⁶⁸ es, igual que la infracción administrativa, en el momento en que expira el plazo de pago: el último día del plazo voluntario para la presentación y pago de la declaración-liquidación, independientemente de que se haya presentado o no la autoliquidación⁶⁹. Para el caso que nos ocupa, en el que el tributo impagado es el IS,

63 MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 1058

64 SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. & PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*. Aranzadi, 2011. p. 5

65 *Monografías; Practicum Fiscal... op cit. p. 4*

66 *Ibidem*

67 Frente al reducido sector doctrinal que opina que el plazo de prescripción debería ser de cuatro años, coincidiendo con la prescripción de la deuda tributaria, la mejor jurisprudencia del TS corrobora la tesis de los cinco años en sentencias como las SSTS de 5 de diciembre de 2009 y de 28 de noviembre de 2013, entre otras

68 *Vid.* en este sentido las SSTS 06 de noviembre de 2000 y de 03 de enero de 2003, que señalan que "*tanto si se formula declaración como si no, el delito se consuma en el momento en el que expira el plazo legal voluntario para realizar el pago. Antes no cabe hablar de consumación, pues el sujeto aún podría desistir voluntariamente verificando el pago a través de una declaración complementaria*".

69 *Delito fiscal: Delitos... op cit. p. 15*

debemos atender al fin del plazo para pagarlo voluntariamente, lo que nos lleva a los arts. 136 y 137 del RDL 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, TRLIS), que establece como límite para presentar la declaración e ingresar la correspondiente cuantía en los 25 días naturales siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del periodo impositivo, que conforme al art. 26 TRLIS coincide con el ejercicio económico de la sociedad; dado que no nos consta que sea de otra manera, entenderemos aquí que la sociedad Na&Ma SL en sus estatutos hace coincidir el ejercicio económico con el año natural, que es lo más habitual y, en consecuencia, el último día para ingresar voluntariamente la cantidad debida por Impuesto de Sociedades será el 25 de julio de cada año. En consecuencia, dado que el primer ejercicio en el que nos consta que se impagaron las cuotas del IS fue el de 2009, vemos que las cuotas se podrían haber pagado voluntariamente hasta el 25 de julio de 2010, por lo que la prescripción se daría el 26 de julio de 2015, por lo que no habrá prescrito (de haberlos) ninguno de los delitos correspondientes a los ejercicios mencionados en el caso.

Por todo lo hasta aquí expuesto, centrándonos ya en los hechos que nos ocupan, nos remitimos a lo ya establecido acerca de que supondremos que se presentaron declaraciones del IS en las que se omitían operaciones y se modificaban datos para que el resultado fiscal fuera más ventajoso para la sociedad, pudiendo apreciar en ello el ánimo defraudatorio requerido por el tipo. Respecto a la cuantía de 120.000 euros exigida por el Código Penal, podemos igualmente ver que se cumple el requisito en todos los ejercicios con excepción de 2013, en el que se defraudaron 119.000 euros y, por lo tanto, dicha defraudación será irrelevante a efectos penales, sin perjuicio de la posible responsabilidad administrativa tributaria, que será tratada en el punto I.4.2.3 de este trabajo.

Dado que ya se fundamentó en su momento la obligación de tributar por las ganancias ilícitas y la cuantificación de las defraudaciones viene cuantificada expresamente en el caso, podemos concluir que se dan hasta cuatro posibles delitos contra la Hacienda Pública del art. 305 CP, si bien debe atenderse al art. 305 *bis* CP, que contempla como una circunstancia agravante la utilización de paraísos fiscales para dificultar la determinación de la cuantía defraudada; aunque para la justificación de la condición de paraíso fiscal de Gibraltar nos remitiremos al punto III.8.5 de este trabajo, debe determinarse aquí que, entrando en vigor el citado precepto el 17 de enero de 2013, solo puede aplicarse al delito que afecta al ejercicio económico de 2012, puesto que es el único que se consuma después de la entrada en vigor de la agravante (recordemos que el impago de 2013 no es delito por la cuantía).

Acerca de si hay varios delitos o uno solo, ha sido discutido si se trata de un delito continuado o de un concurso real en virtud del cual tendríamos un delito por cada ejercicio económico en que se supere la cuantía típica; resumiendo la polémica, la doctrina parece decantarse por la postura del delito continuado⁷⁰, mientras que la jurisprudencia está dividida: hay sentencias de las Audiencias Provinciales en ambos sentidos (SAP de Córdoba de 16 de octubre de 2000 aboga por el concurso real y la SAP de Barcelona de 20 de abril de 2002, comentada por FARALDO, se decanta por el delito continuado), mientras que, con alguna excepción, el Tribunal Supremo tiene a apreciar el concurso real de delitos (SSTS de 20 de mayo de 1996 y 2 de enero de 2003, entre otras). Vemos por tanto que no hay un criterio indiscutido pero, con todo, si razonamos que la sociedad ha estado varios años sin pagar impuestos y, aunque en un momento dado cambie la normativa aplicable por la entrada en vigor de la agravante por paraíso fiscal, al ser normas de la misma naturaleza debe entenderse (en contra de lo que dice el TS) como un solo hecho continuado, no como varios hechos separados por una imaginaria división en distintos ejercicios económicos y, de acuerdo con la doctrina citada, lo más correcto técnicamente sería apreciar un delito continuado, al que se aplicará la agravante mencionada.

Respecto a la imputación de este delito, cierto es que el obligado tributario principal y directo es la sociedad Na&Ma SL pero, como ya adelantamos, por el art. 31 CP los administradores de una persona jurídica responderán personalmente por los delitos especiales que pudieran corresponder a aquélla⁷¹, por

70 FARALDO CABANA, P. *¿Un delito continuado de defraudación tributaria? Comentario a la SAP de Barcelona (sección 9.ª) de 20 de abril de 2002. Revista de derecho penal y criminología 2ª época (12), 2003.* Universidad Nacional de Educación a Distancia (España), Facultad de Derecho. p. 319, VIVES ANTÓN, T. *et al. Derecho Penal... op cit.* p. 535

71 MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal... op cit.* p. 1059

lo que **procede considerar autores a Alberto y Santiago**. Respecto al abogado de la sociedad, **Xaime**, podemos basarnos en el hecho de que les aconseja abrir una cuenta en Gibraltar por su opacidad para suponer que, respecto de la maniobra fraudulenta para evadir impuestos, fue el artífice del plan; en este sentido, **podemos entenderlo de dos maneras**, ambas equiparadas a la autoría conforme al art. 28.2 CP: **si fue iniciativa del propio abogado el proponer la maniobra, sería un inductor** (vid. un caso similar en la STS de 30 de abril de 2003, de un gestor condenado como inductor), mientras que **si fueron los administradores quienes acudieron al abogado** para pedirle orientación y éste les ofreció sus conocimientos técnicos cualificados para poder orquestar la trama, **sería un cooperador necesario** (STS 26 de julio de 2007)⁷². Por último, **Tatiana** es totalmente ajena a la administración y gestión de la sociedad, no teniendo competencia alguna en lo referido a los asuntos fiscales, ni consta conocimiento o cooperación en la maniobra defraudatoria, ya que ella solo llevaba el dinero en metálico, sin saber nada sobre su declaración y tributación, por lo que **no hay motivos para imputarle responsabilidad alguna** en este caso.

I.3.2.2 – Delito de blanqueo de capitales: El art. 301 CP, que tipifica el delito conocido comúnmente como blanqueo de capitales, tiene su origen en la reforma del Código de 1988, siendo originalmente vinculado al narcotráfico y exigiendo que los bienes que conformaban el objeto material típico fueran procedentes de este tipo de delitos. Posteriormente, en 1995 se amplía el tipo material y pasa a abarcar los bienes procedentes de la comisión de cualquier delito grave, abanico que sería nuevamente ampliado por la reforma originada en la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal, pasando a aplicarse el tipo a cualquier delito. Actualmente, el art. 301 CP debe su actual redacción a la LO 5/2010, en la que se ha ampliado nuevamente su ámbito de aplicabilidad, pasando a contemplar como conductas típicas la posesión y la utilización de los bienes. Para autores como RECLUSA ETAYO, *"la redacción de la conducta penalmente reprochable, a primera vista resulta tan indeterminada y abarca tantas posibilidades de comisión, que tras una rápida lectura de los preceptos, no es difícil imaginar situaciones en las que un justiciable se vea injustamente contagiado o arrastrado dentro de la conducta típica"*⁷³.

Así, actualmente el art. 301 CP castiga en su número primero a quien *"adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos"*; por su parte, el número segundo es aplicable a *"la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos"*.

Como podemos ver, las sucesivas ampliaciones del tipo han hecho que la conducta descrita en el número dos esté ya incluida en el anterior, toda vez que éste último comprende "cualquier otro acto" para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes propios del objeto material; no obstante, la doctrina⁷⁴ considera que será aplicable el número segundo en los casos conocidos como de encubrimiento específico, que consisten no en un encubrimiento de los propios bienes, sino de su naturaleza, origen, movimiento o propiedad. Estos casos son a veces llamados "blanqueo sucesivo" (vid. en este sentido SSTS de 19 de diciembre de 2003 y de 1 de marzo de 2005), porque lo que tienden a hacer es "limpiar" bienes de origen delictivos que ya estaban ocultos, pasando a legitimarlos en el tráfico comercial legal.

Por otra parte, en su redacción actual no cabe lugar a dudas ya de que el autoblanqueo es punible, tras la expresa mención a la punibilidad del blanqueo de bienes obtenidos en un delito cometido por el mismo autor, cerrando así el debate doctrinal⁷⁵ y jurisprudencial (vid. a favor de la punibilidad SSTS de 17 abril de 2006, de 28 de junio de 2010 o de 5 de diciembre de 2012, mientras que otras como la STS de 19 de junio de 2006, en contra). Dejando claro que es indiferente la relación de autoría con el delito previo,

⁷² Monografías; *Practicum Fiscal...* op cit. p.8

⁷³ RECLUSA ETAYO, A. *Aproximación a la inquietante regulación del delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP y su incidencia en el ejercicio diario de distintos y numerosos operadores jurídicos*. Aranzadi, 2009. p. 2

⁷⁴ VIVES ANTÓN, T. et al. *Derecho Penal...* op cit. p. 8 de Lección XXX en el CD-Rom

⁷⁵ LAUREL CUADRADO, M. DEL C., VILLEGAS GARCÍA, M. A., MORENO SANTAMARÍA, A., ENCINAR POZO, M. A. & SAAVEDRA RUIZ, J. *Blanqueo de capitales (Crónicas del TS, Sala 2ª, año 2012-2013)*. Aranzadi, 2013. p. 1, VIVES ANTÓN, T. et al. *Derecho Penal...* op cit. p. 8 de Lección XXX en el CD-Rom

procede ahora exponer que, en cualquier caso, la norma exige la procedencia de esa infracción previa, que se convierte en requisito básico del tipo; ahora bien, a juicio de la jurisprudencia no se requiere que el ilícito previo sea declarado en sentencia, ni constituye cuestión prejudicial (SSTS de 25 de noviembre 1999 y de 10 mayo de 2006), pero sí ha de constar su existencia y ser concretada. Por lo tanto, el tipo exige que se sepa cuál es el delito antecedente y por supuesto ha de acreditarse una causalidad real entre tal delito y los bienes o, dicho de otro modo, cuando se afirma que determinados bienes son objeto de blanqueo, deberá ser porque se ha acreditado de qué concreto delito proceden. Respecto a la relación concursal del delito de blanqueo con su antecesor, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006 (anterior a la reforma del Código penal realizada por la LO 5/2010) establece que "*el artículo 301 del Código penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente*"; por lo tanto, parece indudable que considera que el blanqueo de capitales puede concluir como un concurso de delitos de carácter real (STS 1260/2006), con lo que tiende a excluir el concurso de normas⁷⁶.

Lo anterior conecta con el tipo subjetivo requerido: además de ser necesario que los bienes procedan de un delito y que conste la existencia de éste y la relación causal, quien se considere autor del delito de blanqueo debe conocer tal circunstancia, es decir, debe saber que los bienes con los que se le relaciona proceden de la comisión de un delito. De este modo, ante la apertura del tipo a las conductas típicas, sí se exige una cierta intención de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, junto con el conocimiento de su ilicitud; ello no obstante, el número tercero del art. 301 CP castiga la comisión imprudente de este delito, teniendo como fin castigar a aquéllas figuras como el asesor fiscal que, no pudiendo probarse su conocimiento expreso del origen ilícito de los bienes, sí poseen o deben poseer una pericia técnica adecuada para haberlo supuesto o sospechado, así como aceptar grandes cantidades de dinero sabiendo que es irregular, aun sin conocer el delito específico del que procede (SSTS 29 de septiembre de 2001, de 4 de enero de 2002 y 16 de marzo de 2004).

Por todo lo hasta aquí expuesto podemos apreciar que, en líneas similares a lo ocurrido con el delito contra la Hacienda Pública, los dos socios de Na&Ma SL y su abogado orquestaron una trama de blanqueo de capitales por dos vertientes distintas: en primer lugar y más claramente, cuando derivan los ingresos de la prostitución coactiva (actividad ilícita) al restaurante propiedad de la misma sociedad, facturándolo como comidas y, por otra parte, cuando depositan la otra parte de sus ganancias ilícitas en la cuenta bancaria de Gibraltar, lo cual entenderemos a efectos del caso que se hizo de forma física (es decir, cruzando la aduana y haciendo ingresos de dinero en metálico).

Respecto a la modalidad consistente en falsear o falsificar facturas⁷⁷ para ingresar las ganancias de la prostitución en concepto de comidas en el restaurante, podemos ver claramente que se trata de una maniobra cuyo fin es declarar como lícitos unos ingresos procedentes de la comisión de un delito, lo que sin mayor dificultad podemos considerar que se cumple lo establecido en el art. 301.2 CP, puesto que además de tener la clarísima intención de ocultar el origen ilícito de las cuantías (como prueba el hecho de que falsearan o falsificaran las facturas), no cabe duda que Alberto, Santiago y Xaime conocían el origen ilícito de las ganancias, en el caso de los dos primeros por ser partícipes en la trata de seres humanos y prostitución coactiva y, en el caso del abogado, se puede concluir (al menos a efectos de este análisis) que al actuar como asesor fiscal y legal de la sociedad tenía que saber que ésta estaba implicada en una operación de trata de seres humanos y prostitución coactiva (pues no olvidemos que el dinero para traer a las chicas desde Rumanía provenía de la sociedad), pues sus funciones implican un conocimiento cercano de las operaciones de la sociedad (y no en vano fue él quien les asesoró sobre abrir la cuenta en Gibraltar, por lo que en la misma línea cabe suponer que también pudo asesorarles sobre la declaración de los ingresos ilícitos por medio del restaurante).

Más complicado es el caso del dinero ingresado en la cuenta de Gibraltar, si bien cabe apreciarse en este caso que, en conexión con lo que veremos en el punto III.8.5 de este trabajo, al que para una explicación más detallada nos remitimos, independientemente de su calificación como paraíso fiscal nos encontramos ante una opacidad cuando menos *de facto*, pues como veremos en el citado punto, el territorio británico de

76 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Los actos copenados y el delito del blanqueo de capitales*. Aranzadi, 2014. p. 16, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal... op cit.* p. 557

77 Esto será tratado con más detalle en el fundamento jurídico siguiente.

ultramar es sumamente reticente a dar información a España sobre cuentas bancarias. De este modo, aprovechando la opacidad de la que venimos hablando, la sociedad pasa de tener una cuantía de dinero "negro" a tener fondos en una cuenta bancaria, lo que si atendemos a la naturaleza del tráfico bancario supone tener un derecho de crédito contra dicha entidad (sin perjuicio de que además pueda estar obteniendo intereses), lo que se equipara a una inversión de ese dinero de origen ilícito y, en consecuencia, tiene encaje en el tipo del art. 301.1 CP (*vid.*, por todas, la SAN 30/2015). Respecto a la participación y conocimiento de los partícipes, nos remitimos a lo expuesto en el párrafo anterior.

En conclusión, reincidiendo en el desentendimiento de Tatiana en estos asuntos, **podemos considerar a Santiago y Alberto coautores del delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP** que, siendo cometido por dos modalidades diferentes y con amplia extensión temporal (probablemente desde 2008), debe apreciarse como un solo delito continuado (sobre la continuidad delictiva en el blanqueo, *vid.* SSTS 487/2014 o 350/2014, entre otras muchas). Más complicado es la imputación del delito al abogado, tema discutido por la doctrina⁷⁸, si bien la jurisprudencia reconoce la imputabilidad en casos similares (SAN de 31 de mayo de 2010 que, aunque se absuelve al asesor por falta de pruebas, se reconoce que se le podría imputar el delito de verse probada la participación, análoga a la aquí expuesta; o la STS 1501/2003); con todo, sin perjuicio de la exigencia probatoria que en estos casos la jurisprudencia parece considerar ligeramente mayor, **nada obstaría considerar autor a Xaime por su participación en los hechos, máxime si sus honorarios proceden de una fuente que él sabe que es ilícita**, si bien esto último no lo sabemos.

I.3.2.3 – Sobre las facturas falseadas: El caso relata que una parte de las ganancias del club eran desviadas al restaurante, donde eran facturadas "falsamente" como comidas. Aunque no se dan más detalles, podemos entender que se trata de una maniobra para declarar como si fueran lícitos los ingresos que obtienen de la prostitución, haciéndolo además a un tipo de IVA reducido, toda vez que conforme al art. 91 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido los servicios de hostelería en un restaurante tributan al 10% en vez de hacerlo al 21%, como es la regla general. Para poder determinar la responsabilidad penal relacionada con estos hechos, necesitaríamos saber quién falsifica las facturas y sobre todo cómo lo hace, pues a efectos penales no es lo mismo "inflar" facturas que responden a transacciones reales que simularlas completamente, emitiendo facturas que no responden a un fondo real. Por otra parte, si emiten facturas falsas lo más probable es que la propia contabilidad del local también esté falseada para conseguir que se corresponda con los ingresos declarados de forma mendaz, lo que por sí mismo podría suponer otro ilícito penal⁷⁹, si bien nuevamente no disponemos de información en este sentido.

De este modo, a efectos penales las facturas se consideran documentos mercantiles⁸⁰ (SSTS de 18 de marzo de 1992, de 22 de enero de 2003 y 16 de abril de 2008, entre otras muchas), por lo que podríamos estar (y probablemente estemos) ante un delito de falsedad cometida por particular del art. 392.1 CP, que nos remite al art. 390 CP para determinar las modalidades comisivas. El art. 390 CP tiene como sujeto activo exclusivamente a los funcionarios públicos, pudiendo éstos cometer el delito de falsedad por cuatro vías: alterar el documento en algún elemento o requisito esencial; simular el documento de forma que induzca a error sobre su autenticidad; suponer en un acto la intervención de personas, o atribuir a éstas declaraciones distintas y por último faltar a la verdad en la narración de los hechos. Es relevante destacar que conforme al art. 392.1 CP un particular solo puede cometer el delito por las tres primeras modalidades, resultando por tanto atípica la falsedad cometida por particular consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos.

78 BLANCO CORDERO, I. *Abogados como sujetos activos del blanqueo de capitales: El letrado como gatekeeper; El cobro de honorarios de origen delictivo (II)*. Aranzadi, 2012. p. 8, RECLUSA ETAYO, A. *Aproximación a la inquietante ... op cit.* p. 7, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. & PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. *Tratados y Manuales; La recepción y el blanqueo de capitales*. Aranzadi, 2011. p. 9

79 BACIGALUPO, E. *Compliance y Derecho Penal; El falseamiento de las cuentas anuales*. Aranzadi, 2011. p. 1

80 MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal... op cit.* p. 745, CORCOY BIDASOLO, M. (dir.). *Derecho Penal... op cit.* p. 368

Lo anterior es de suma importancia, pues en ello radica el criterio de la jurisprudencia al entender que, para un particular, mentir en datos de una factura que responda a un negocio real no es delito, pero simular completamente la factura sin un trasfondo real sí lo es; en tal sentido se pronuncia la STS de 29 de enero de 2003: *"la diferenciación entre los párrafos 2.º y 4.º del artículo 390.1 debe efectuarse incardinando en el párrafo segundo del artículo 390.1 aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente"*, lo que responde al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 26 de febrero de 1999⁸¹.

Además, el hecho de declarar esos ingresos a un tipo reducido sin justificación legal para ello podría entenderse por sí mismo como una defraudación a la Hacienda Pública, lo que nos llevaría a tener que calcular las cuantías que ésta dejó de percibir por no tributar estas ganancias al 21% de IVA para determinar si se alcanza la cuantía de 120.000 euros que exige el tipo, como vimos en el fundamento jurídico primero. Por último, si las cuentas fueron falseadas por alguno de los administradores para encajar con lo hasta aquí expuesto, se podría entender que de este modo se causó un perjuicio a la Hacienda Pública, siendo aplicable el delito societario del art. 290 CP.

En conclusión, si bien no podemos entrar a valorar la responsabilidad por la absoluta falta de información, es cierto que existen indicios de la concurrencia de los delitos aquí expuestos.

81 SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.) *et al. Manual de Derecho Penal... op cit.* p. 481

CUESTIÓN 4

DICTAMEN SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL Y TRIBUTARIA DE LA PERSONA JURÍDICA

En la que se estudiará la imputabilidad a la sociedad Na&Ma SL de los delitos cometidos por las personas jurídicas conforme a los tres dictámenes anteriores

I.4.1 – Hechos relevantes:

I.4.1.1 – Tatiana, Pietro y Zulaika son empleados de la sociedad Na&Ma SL, la cual era propietaria del club de alterne en el que las chicas ejercían la prostitución, recibiendo además los beneficios por tal actividad, que le eran llevados en metálico por Tatiana y entregada en mano a los dos administradores Santiago y Alberto.

I.4.1.2 – La sociedad Na&Ma SL es también propietaria del restaurante Luna del Principito, negocio al que se desviaban parte de los beneficios del club Plenilunio, donde eran facturados en concepto de comidas.

I.4.1.3 – Las cuantías obtenidas de la prostitución que no eran declaradas por medio de ninguno de los negocios de la sociedad fueron depositadas en la cuenta en Gibraltar (de la cual, entendemos, era titular la sociedad), actuación que fue planeada por el abogado de la sociedad, Xaime.

I.4.2 – Fundamentos jurídicos:

I.4.2.1 – Responsabilidad penal de la persona jurídica: El Código Penal, como ya vimos, se modificó por la LO 5/2010, de 23 de junio, y entre las muchas novedades operadas, se ha introducido el art. 31 *bis*, en el que se regula de manera "pormenorizada" (según declara el legislador en la Exposición de Motivos) la responsabilidad penal de las personas jurídicas por determinados delitos. De este modo, la ley indicada ha introducido *ex novo* el art. 310 *bis* CP, que en correlación con el art. 31 *bis* CP anteriormente citado, fija las penas aplicables a las personas jurídicas por la comisión de los delitos tipificados en el Título XIV del Libro I del CP⁸².

Así, el art. 31 *bis* CP establece que *"[e]n 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. 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"*, añadiendo en su párrafo segundo que *"[l]a responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior; aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos"*.

Por lo tanto, vemos que el legislador ha acogido el modelo de la transferencia o de la atribución y no el relativo al "hecho propio"; así, en nuestro modelo de atribución la responsabilidad a la persona jurídica se determina, en virtud del art. 31.1 *bis* CP, por cuanto la responsabilidad inicial recae sobre la persona física que tenga la condición de representante legal o administrador de hecho o de derecho. Por otro lado, en virtud del artículo 31.2 *bis* CP, la persona jurídica también responderá cuando quienes cometan los delitos estén sometidos a la autoridad del legal representante o administrador de hecho o de derecho (este precepto supone atribuir a la persona jurídica las conductas penalmente relevantes realizadas por sus subordinados)⁸³. Como también vemos en el precepto citado, en ambos casos se exige que concurra el "provecho" para la persona jurídica, mientras que en relación a los subordinados es necesario, además, la omisión del "debido control".

Por lo tanto, para imputar un delito a una persona jurídica, a partir de la acción u omisión realizada por un administrador, representante legal o dependiente, tendrá que verificarse que el hecho base ha sido realizado *"por cuenta y en provecho de la entidad"*. La exigencia típica del "provecho" sólo debería entenderse como un beneficio ilícito⁸⁴, pues en tal sentido se pronuncia la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 interpretando la entrada en el Código Penal de la responsabilidad de las personas jurídicas, la cual no considera relevante *"la elaboración y el cumplimiento de las normas de autorregulación de las empresas o compliance guide"*, centrandose exclusivamente la existencia de responsabilidad penal en que se actúe *"en nombre, por cuenta y en provecho de la corporación, o como consecuencia de haber omitido (...) debido control sobre sus subordinados jerárquicos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la entidad"*⁸⁵. Por otra parte, el provecho no supone sólo un beneficio económico, sino que puede suponer, por ejemplo, un ahorro de costes para la empresa⁸⁶.

82 MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J.M. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos contra la Hacienda Pública. (A propósito de la Ley Orgánica 5/2010, de modificación del Código Penal)*. Aranzadi, 2010. p. 5

83 NAVARRO MASSIP, J. *La persona jurídica y su responsabilidad penal*. Aranzadi, 2014. p. 1

84 MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J.M. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas... op cit.* p. 2

85 Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, de 1 de junio de 2011. p. 20

86 *Guías prácticas. El proceso penal de las personas jurídicas. La imputación de las personas jurídicas*. Aranzadi, 2014. p. 4

Cuando se habla de no ejercer "el debido control", parece que se asimile a una responsabilidad civil basada en la denominada culpa *in vigilando* civil; el problema es que siempre que se produzca el resultado del tipo penal ello supone que, en términos empíricos, no se ha ejercido el debido control, es decir, el debido control parece que no será tal cuando se ha realizado el hecho (idea que también se postula en la Circular 1/2011 FGE). Asimismo, no puede olvidarse que de un modo muy abierto el precepto señala que el debido control se pone en relación con las "*atendidas las concretas circunstancias del caso*", si bien esta es una valoración *ex post*, que es arriesgada y hay que delimitarla, por lo que es necesario, con criterios jurídico penales de imputación, realizar una valoración *ex ante*, consistente en valorar si la empresa ha implantado medidas de debido control adecuadas para evitar el resultado⁸⁷.

En relación a tal delimitación, el propio preámbulo de la LO 5/2010 hace referencia a su necesidad "*a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación*", pues la responsabilidad objetiva es contraria al principio de culpabilidad que rige nuestro sistema penal. Ello, aplicado al tema que nos ocupa, implica que el delito de la persona física es un presupuesto necesario, no es una responsabilidad automática de y para la empresa, no es un *alter ego* automático. En consecuencia, podría considerarse la atipicidad de los hechos imputados a la persona jurídica si la actuación delictiva de los empleados se hubiera producido pese un adecuado control por parte de los directivos, determinando que en tales casos la conducta de los empleados no genera responsabilidad penal para la persona jurídica⁸⁸.

Por otra parte, otra especialidad característica de las personas jurídicas en el ámbito penal es que tienen su propio régimen de atenuantes, el cual viene listado en el párrafo cuarto del art. 31 *bis* CP, para lo que éstas deben haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, una de las siguientes actividades⁸⁹:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Así, vemos que el Código Penal prevé solo cuatro atenuantes en los supuestos de las personas jurídicas: tanto la confesión como la reparación (letras a y c respectivamente) ya están previstas genéricamente para todos los delitos, las otras dos (colaboración y reorganización) son de aplicación una vez ya consumado y descubierto el delito⁹⁰. No obstante, al margen de la aclaración doctrinal que supone lo aquí expuesto en relación con las atenuantes, no parece haber hechos en el caso relatado que nos lleven a pensar que se han podido dar cualquiera de las cuatro actuaciones requeridas para atenuar la pena, por lo que no procederá aplicar circunstancias atenuantes respecto de la persona jurídica.

Por último, especial relevancia tiene la limitación operada por el propio artículo 31 *bis* CP, que establece un sistema de *numerus clausus*, puesto que es preceptivo que los delitos recogidos en la parte especial del CP prevean expresamente los supuestos en los que la persona jurídica debe responder. Actualmente, nuestro Código contempla la imputación de las personas jurídicas en los siguientes delitos: tráfico ilegal de órganos (art. 156 *bis* CP); trata de seres humanos (art. 177 *bis* CP); delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (art. 189 *bis* CP); delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197 CP); estafas (art. 251 *bis* CP); insolvencias punibles (261 *bis* CP); daños informáticos (art. 264 CP);

87 NAVARRO MASSIP, J. *La persona jurídica... op cit.* p. 2

88 BACIGALUPO SAGGESE, S. *Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno. Diario La Ley, N° 7541, 2011.* Wolters Kluwer. p. 7

89 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Estudios y Comentarios Legislativos; La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Aranzadi, 2012. p. 8 y ss.

90 MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J.M. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas... op cit.* p. 8

delitos contra la propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores (art. 288 CP); blanqueo de capitales (art. 302 CP); delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 *bis* CP); delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 *bis* CP); delitos de construcción, edificación o urbanización ilegal (art. 319 CP); delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328 CP); delitos relativos a la energía nuclear (art. 343 CP); delitos de riesgo provocado por explosivos (art. 348 CP); delitos contra la salud pública (art. 369 *bis* CP); falsedad de medios de pago (art. 399 *bis* CP); cohecho (art. 427 CP); tráfico de influencias (art. 430 CP); corrupción de funcionario público extranjero (art. 445 CP); delitos de organización (art. 570 *quater* CP); financiación del terrorismo (art. 576 *bis* CP); delitos de contrabando (art. 2 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, tras la reforma mediante Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995). A los anteriores delitos hemos de añadir aquellos supuestos de tipos penales (por ejemplo, delitos contra la seguridad en el trabajo del art. 318 CP) en los que hay remisiones al art. 129 CP, esto es, las consecuencias accesorias a imponer a empresas, organizaciones, grupos o entidades al carecer de personalidad jurídica, y por tanto no comprendidas en el artículo 31 *bis* CP; en estos casos el órgano judicial puede (potestativamente) imponer las medidas del art. 33.7, letras c) a g)⁹¹.

I.4.2.2 – Imputación de delitos cometidos por personas físicas relacionadas: En este punto, retrocediendo a cada uno de los delitos cometidos por las personas físicas, analizaremos uno a uno su posible imputación a la sociedad Na&Ma SL, conforme lo establecido en el Fundamento Jurídico anterior. En tal sentido, los delitos que iremos viendo aquí en relación con la persona jurídica son: delito de trata de seres humanos, delito de prostitución coactiva, delito de privación de libertad, delitos contra la salud (tráfico de drogas y sustancias nocivas), delito contra la hacienda pública y delito de blanqueo de capitales.

Como paso previo al análisis de los delitos, cabe aclarar de antemano que, como ya dijimos, Santiago y Alberto son (al menos a efectos de este análisis del caso) administradores de la sociedad, mientras que consta que Tatiana, Pietro y Zulaika son empleados, si bien Tatiana parece actuar como encargada, por encima de Pietro y Zulaika y directamente subordinada a los dos administradores; por su parte, Xaime es el abogado contratado por la sociedad como asesor. Asimismo, se entiende a la luz de lo expuesto en las cuestiones anteriores que, salvo cuando se especifique lo contrario, los administradores eran conscientes de prácticamente todas las actividades delictivas realizadas en sus locales, no constando en ningún caso que se tomaran medidas en la empresa para la prevención de delitos, ni antes ni después de su descubrimiento por la policía.

Así, en primer lugar, sobre la trata de blancas, podemos acudir al art. 177 *bis* CP para comprobar que la trata de seres humanos es un delito imputable a personas jurídicas, toda vez que su párrafo séptimo establece que "[c]uando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 *bis* una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido"; de este modo, se cumple el primer requisito consistente en la contemplación expresa de la imputabilidad a persona jurídica por el CP.

Acerca del provecho obtenido por la empresa gracias a la comisión del delito, se varía aquí el razonamiento seguido para la imputación del delito a las personas físicas, pues éste no requiere ánimo de lucro en ellas⁹². De este modo, el provecho podemos verlo en el hecho de que gracias a la comisión de la trata, el club propiedad de la sociedad tiene un mayor número de chicas ejerciendo la prostitución y, en consecuencia, obtendrá más ingresos no solo de la prostitución sino de la afluencia de más clientes; en este sentido, debe aclararse que no se afirma aquí que el provecho de este delito sea directamente los ingresos de la prostitución, pues ello será castigado en otro delito y de encuadrarlo en este estaríamos ante un *bis in idem*, siendo el provecho real una mayor competitividad y capacidad de generar ingresos, entendido todo ello como cualidades más abstractas del negocio.

91 NAVARRO MASSIP, J. *La persona jurídica...* op cit. p. 5

92 *Ibidem*. p. 3, BACIGALUPO SAGGESE, S. *Los criterios de imputación...* op cit. p. 9

Respecto a si se mantuvo un "debido control" por parte de los órganos de administración de la empresa (en este caso los dos administradores), basta aquí con recordar que ellos mismos son considerados autores del mismo delito, al igual que Tatiana, por lo que se aprecia que toda la cadena de mando estaba implicada en la trama delictiva y, en consecuencia, lejos de mantener la debida vigilancia para evitar la comisión del delito, eran ellos mismos quienes lo ordenaban.

En conclusión, si tenemos en cuenta que el delito es imputable a la sociedad ex art. 177.7 bis CP, que ésta obtuvo un provecho con la comisión de aquél y que no se tomó medida alguna para impedirlo, podemos considerar que **el delito de trata de seres humanos es imputable también a Na&Ma SL**, en virtud del art. 31 *bis* CP y todo lo hasta aquí expuesto.

Sobre el delito de prostitución coactiva, podemos encontrar en el art. 189 *bis* CP una habilitación del tipo para personas jurídicas respecto a los delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código Penal, es decir, los delitos referidos a la prostitución y corrupción de menores, donde se encuentra el art. 188.1 CP, que tipifica como delito la prostitución coactiva; así, se contempla expresamente en el CP la posibilidad de imputar a una sociedad el delito de prostitución coactiva.

Mientras que para el elemento típico del control debido podemos remitirnos íntegramente a lo razonado en el delito de trata de blancas, el provecho en este caso es más fácilmente justificable, pues los ingresos obtenidos con la explotación sexual de las chicas eran de la sociedad e iban a parar a su patrimonio (excepto el 10% que le entregaban a Tatiana), por lo que el beneficio obtenido con la comisión del delito es claro y directo. En conclusión, viéndose cumplidos los requisitos de los que venimos hablando, **cabe imputar a la sociedad Na&Ma SL la comisión del delito de prostitución coactiva** en los mismos términos que el de trata de blancas.

Pasando ahora al delito de detención ilegal que se imputó en su momento a varias personas físicas por la retención de las chicas prostituidas, si acudimos al Capítulo I del Título VI del Libro II del Código Penal, de los delitos contra la libertad, no encontraremos precepto alguno, ni en el Capítulo mencionado ni en el resto del CP, que nos permita imputar a una persona jurídica un delito de **detención ilegal del art. 163 CP**, por lo que, en conclusión, **no cabe imputar a la sociedad tal delito** contra la libertad.

Acerca de los dos **delitos contra la salud** imputados, el **del art. 359 CP (distribución de sustancias nocivas para la salud)** y el **del 368 CP (tráfico de drogas)**, podemos comenzar por **descartar el primero** dado que, atendiendo al art. 369 *bis* CP, solo los delitos de los arts. 368 y 369 CP son imputables a una persona jurídica. De este modo, cabe preguntarse si los hechos relacionados con la ketamina suponen un provecho para la sociedad y, en este sentido, podemos comenzar por razonar que, de todas las pastillas que se aceptaron como pago por un servicio sexual (fuente de ingresos para la sociedad), solo una fue vendida por Pietro y, además, no sabemos si lo obtenido por su venta se revertió a la sociedad; no obstante, aunque así fuera, debe atenderse al hecho de que de los ingresos potenciales que podría reportar un servicio sexual, solo se obtuvo lo correspondiente a una de las pastillas recibidas en pago y, aun desconociendo los importes de sendos negocios, entendemos que se entregaron pastillas por un valor equivalente al del servicio sexual, lo que implica que si solo se vendió una se obtuvieron unos ingresos muy inferiores a los que corresponden al servicio prestado. Por consiguiente, casi lo único que se pudo obtener de la permuta de ketamina fue que ésta se destinó al consumo del personal del club, lo que no reporta provecho alguno a la empresa; en conclusión, al no apreciarse provecho para la sociedad, **tampoco podrá imputarse a ésta el delito del art. 368 CP**.

Por último, los **delitos contra la Hacienda Pública y de blanqueo de capitales** son cometidos en el seno de la sociedad y para aumentar los beneficios aprovechables de ésta (evadiendo impuestos y ocultando las ganancias para que no sean confiscadas), siendo además cometidos por sus administradores y, en consecuencia, queda claramente acreditada tanto la falta de control como el provecho obtenido por la sociedad, haciendo que **ambos sean imputables a la persona jurídica** en conexión con lo hasta aquí expuesto.

I.4.2.3 – Responsabilidad tributaria: Como ya vimos, en el ejercicio 2013 la cuantía impagada fue de 119.000 euros, lo que no llega a entrar en el tipo penal a falta de 1.000 euros, por lo que, como ya se adelantó, constituirá una infracción tributaria de naturaleza administrativa. En este sentido, el art. 183 LGT define las infracciones tributarias como "*acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta u otra ley*", lo que conecta con el Capítulo III del Título IV de la LGT contiene una clasificación de las infracciones y sanciones tributarias (arts. 191 a 206). En este punto debe reincidirse (una vez más) en que no conocemos el método seguido para evadir el pago de impuestos, no detallándose nada en referencia a la contabilidad, falseamiento de facturas, presentación de declaraciones tributarias, etc., por lo que el análisis aquí realizado deberá basarse principalmente en suposiciones, por lo que carece de sentido en este fundamento jurídico entrar a un examen exhaustivo de los hechos.

En primer lugar, debemos tener presente que el tributo impagado fue el Impuesto de sociedades, que conforme a los arts. 136 y 137 TRLIS, es un impuesto autoliquidado, es decir, corresponde al obligado presentar la declaración e ingresar la cuantía que afirma adeudada. En conexión con su impago, el art. 191 LGT califica como infracción "*dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo, salvo que se regularice con arreglo al artículo 27 o proceda la aplicación del párrafo b) del apartado 1 del artículo 161*" de la misma LGT.

Ya vimos en la cuestión anterior que se debe presentar la declaración-liquidación durante el plazo de 25 días posteriores a los seis meses de la finalización del ejercicio y, en relación ahora con el límite relacionado con el TRLIS, vemos que para el ejercicio 2013 sería el 26 de julio de 2014, por lo que si tenemos en cuenta que las actuaciones policiales comienzan en mayo de 2014, podría no haber expirado el plazo de pago voluntario en el momento de la investigación tributaria y, en consecuencia, no darse todavía la infracción tributaria. En cualquier caso, a efectos de completar el estudio, entenderemos aquí que ya expiró el plazo antes citado sin que se produjera el pago, viéndose así cumplido el supuesto de hecho descrito en la TRLIS, procediendo a continuación a determinar la gravedad de la infracción.

Para determinar si la infracción del art. 191 LGT es grave o muy grave, debemos acudir a la regulación contenida en el propio precepto, distinción que radicará, en principio, en los criterios de ocultación de datos o utilización de medios fraudulentos, ambos definidos en el art. 184 LGT; conforme a éste, a grandes rasgos, podemos considerar como ocultación de datos la modificación de algunas entradas contables (incluir u omitir operaciones o bienes inexistentes) y por medios fraudulentos se considerarían irregularidades contables graves (contabilidad paralela que no guarde relación con la realidad o incluso la completa ausencia de contabilidad), uso de facturas falsas o falseadas y utilización de personas o entidades interpuestas, requiriendo tanto la ocultación como los medios fraudulentos que la cuantía a la que afecten supere el 10% de la base de la sanción⁹³.

Aunque se menciona en el caso que se modificaron facturas⁹⁴, dichas facturas estaban relacionadas con comidas (reales o no) en el restaurante de la sociedad; así, si bien no sabemos nada de la contabilidad de la sociedad, en principio lo más lógico a la luz de la información dada por el caso es entender que simplemente no declaraban una parte importante de los ingresos de los locales, ingresaban las cuantías en la cuenta de Gibraltar y omitían los correspondientes asientos en la contabilidad de la empresa, lo que atendiendo a la cantidad defraudada (119.000 euros) podría suponer una alteración sustancial de la contabilidad por la alteración y omisión de asientos y operaciones en los términos del art. 184.3.a).3º referido a la consideración de los medios fraudulentos y, en consecuencia, en virtud del art. 191.4 LGT, estaríamos ante la modalidad muy grave de la infracción.

93 LUCHENA MOZO, G.M. *Un estudio de las infracciones tipificadas en los artículos 191 y 192 de la LGT*, Revista española de Derecho Financiero, N° 130/2006. Civitas. p 11

94 Remisión al punto I.3.2.3 de este trabajo acerca de este extremo.

Así, debemos acudir al Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario (en adelante RRST) y a la jurisprudencia para determinar si se da una alteración sustancial de la contabilidad al omitir negocios por una cantidad de 119.000 euros. En primer lugar, el art. 4.2 RRST, sobre las circunstancias determinantes de la calificación de una infracción, concreta que se entenderá que existe omisión de operaciones a efectos del art. 184.3.a).3º LGT "*cuando no se contabilicen o registren operaciones realizadas o cuando se contabilicen o registren parcialmente, por magnitudes dinerarias o de otra naturaleza inferiores a las reales*", lo que encaja a la perfección con la maniobra que suponemos realizada por la sociedad al no contabilizar una parte importante de los ingresos obtenidos en el club.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con la interpretación de las anomalías contables, viene manteniendo, por una parte, la necesidad de apreciar la existencia de las citadas anomalías dentro del marco diseñado por el concepto general de "utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción" (recurriendo al término utilizado por el derogado art. 82.1.d) de la LGT anterior) y, por otra, el hecho de que las anomalías contables hayan sido "*especialmente buscadas con el propósito de eludir el pago de los impuestos a sabiendas de su falsedad, de su ilegalidad o de su significación engañosa y falaz*" (SSTS de 8 de febrero de 2003, de 10 de febrero de 2003, de 21 de febrero de 2003 y de 17 de septiembre de 2003). Si bien esta doctrina fue vertida en relación con la consideración de las citadas anomalías en la contabilidad como circunstancia agravatoria, según se disponía en la anterior LGT, sigue considerándose perfectamente aplicable a la consideración de dicha circunstancia como criterio de calificación⁹⁵, como corroboran sentencias más recientes como las STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de abril de 2014 y STSJ de Galicia de 25 de septiembre de 2013.

En consecuencia, por todo lo hasta aquí expuesto, cabe considerar que cuando la sociedad tributariamente obligada no declara la nada despreciable cantidad de 119.000 euros y, entendemos, omite los correspondientes negocios en su contabilidad, se da el empleo de medios fraudulentos por una sustancial alteración contable, motivo por el que **debe calificarse la infracción del art. 191 LGT, consistente como sabemos en no ingresar la cuantía correspondiente a una correcta autoliquidación, como muy grave** en virtud del párrafo cuarto de dicho precepto.

Dicha infracción muy grave sería imputable, en virtud del art. 181.1.a) LGT, a la sociedad Na&Ma SL como contribuyente del Impuesto de Sociedades, ello conforme al art. 7 TRLIS. Además, no puede obviarse que el art. 42.2.a) LGT opera una extensión de responsabilidad solidaria sobre la deuda tributaria y la eventual sanción a los que causen o colaboren en la ocultación de bienes del obligado con el fin impedir la actuación de la Administración tributaria⁹⁶, extremo en el que podemos considerar **implicados a los dos socios Alberto y Santiago, así como al abogado Xaime**, en términos similares a los que ya vimos en el tercer dictamen sobre el delito contra la Hacienda Pública y la maniobra orquestada para ocultar fondos en la cuenta de Gibraltar, motivo por el que se les puede considerar responsables solidarios, reincidiendo siempre en la advertencia referente a la falta de datos ofrecidos por el caso, pues sería necesario comprobar y demostrar conocimiento y culpa por parte de los tres, si bien podemos remitirnos a dicho tercer dictamen para considerar que lo más razonable es suponer su implicación en los correspondientes hechos.

95 LUCHENA MOZO, G.M. *Un estudio de las infracciones... op. cit.* p. 20

96 DE MIGUEL ARIAS, S. *El nuevo supuesto de responsabilidad tributaria de administradores de personas jurídicas.* *Revista Quincena Fiscal*, N° 12/2013. Aranzadi. p. 5, MARTÍNEZ MICÓ, J.G. *El alcance de la responsabilidad tributaria de los administradores de sociedades: su extensión a las sanciones.* *Revista Quincena Fiscal*, N° 22/2009. Aranzadi p. 10

CUESTIÓN ADICIONAL – EXISTENCIA DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

I.0.1 – Fundamento jurídico único: Antes de proceder a la conclusión de este primer bloque, es pertinente determinar la existencia de una organización o grupo criminal constituido por ellos pues, de haberlo, ello modificaría la responsabilidad penal de sus integrantes y la imputación de delitos. En este sentido, la prevención y control de la delincuencia organizada es una preocupación de las instituciones comunitarias europeas: la Resolución de 20 de noviembre de 2008 del Parlamento Europeo, la Decisión del Consejo de la Unión Europea de 21 de mayo de 2004, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y la Decisión Marco 2008/841 del Consejo de Europa, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada perisguyen la tipificación de tales estructuras criminales y la armonización legislativa en la lucha jurídica contra la delincuencia transfronteriza⁹⁷.

En tal sentido, y como añadido al sistema de represión a través de cualificaciones específicas para supuestos de comisión organizativa o asociativa, la reforma penal de 2010 añade un sexto capítulo al Título XII del Libro II del Código Penal bajo la rúbrica "*De las organizaciones y grupos criminales*". Parte el legislador de que el devenir de los pronunciamientos judiciales ha demostrado la incapacidad del tipo de asociación ilícita para responder adecuadamente al fenómeno de la delincuencia organizada, dado que esos grupos no son realmente asociaciones que delinquen sino "*agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva*"⁹⁸.

Así, nuestro Código contempla, paralelamente a una gran cantidad de subtipos agravados con fundamento en la pertenencia a un grupo u organización criminal, dos delitos autónomos que castigan expresamente la pertenencia o relación con estas entidades delictivas. Por una parte, el art. 570 bis CP castiga por organización delictiva a "[q]uienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal (...) y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma"; además, el mismo precepto aclara que "[a] los efectos [del] Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas". Por lo tanto, vemos que se considera organización criminal a las agrupaciones que reúnen a la vez cuatro características⁹⁹:

- 1.El sujeto activo es plural, constituído por un mínimo de tres personas ("*más de dos*").
- 2.Debe tener cierta vocación de permanencia en el tiempo, por lo que quedan excluidas las agrupaciones esporádicas o aquéllas cuyo único objetivo es la comisión de ún único delito o un número limitado y reducido de ellos.
- 3.Debe existir una organización estructural, normalmente jerárquica vertical, en la que importe el reparto de tareas y funciones entre sus miembros.
- 4.La finalidad de la agrupación debe ser la comisión de delitos y la perpetración reiterada de faltas, entendiendo esto como finalidad específica del grupo, no accesoria.

Paralelamene, razona la Fiscalía General del Estado, en su Circular 2/2011, de 2 de junio de 2011, que "[e]l tenor literal del art. 570 bis al definir la organización criminal permite trasladar al mismo los criterios jurisprudenciales acuñados respecto a los rasgos definidores de la asociación para delinquir prevista en el art. 515.1 CP"¹⁰⁰; también en relación con los subtipos de pertenencia a organización el Tribunal Supremo ha venido definiendo sus elementos o requisitos configuradores, que la STS 453/2010, de 11 de mayo, sintetiza así: organización, distribución de funciones, estabilidad en el tiempo, financiación y jerarquía.

97 SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.) et al. *Manual de Derecho Penal... op cit.* p. 672, CORCOY BIDASOLO, M. (dir.). *Derecho Penal... op cit.* p. 854

98 SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.) et al. *Manual de Derecho Penal... op cit.* p. 674

99 CORCOY BIDASOLO, M. (dir.). *Derecho Penal... op cit.* p. 855

100Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2011, de 2 de junio de 2011. p. 8

Por su parte, el art. 570 *ter* CP denomina grupo criminal "*la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior; tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas*", por lo que vemos que pueden considerarse como un "segundo grado"¹⁰¹ en relación con las organizaciones criminales, al tratarse los primeros de estructuras con finalidad delictiva pero con menos características de las que componen a los segundos. Así, el grupo criminal no es más que la reunión de personas para cometer delitos o faltas de modo reiterado, en el que actúan sus miembros de mutuo acuerdo y con alguna o algunas de las notas que definen a la organización delictiva, siendo evidente que si no aparecen todas las notas de la organización, lo cual no es posible conforme a la definición anterior de grupo criminal, que exige que falte alguna o algunas, no estaríamos ante un grupo criminal, sino ante una mera codelinquencia, con lo cual el grupo es una categoría inferior a la organización, con menor peligrosidad en su actuación delictiva y por tanto merecedor de menor sanción penal sus componentes y la codelinquencia una categoría inferior al grupo consistente en la reunión de personas que de común acuerdo, expreso o tácito, auxiliados unos de otros, en un momento determinado comenten un delito¹⁰².

En consecuencia, debemos analizar si las personas físicas a las que se imputan los delitos que hemos venido viendo a lo largo de este bloque conforman una organización o grupo de acuerdo con los requisitos aquí expuestos. Con tal fin, podemos comenzar por los dos requisitos que la organización y el grupo tienen en común: la concurrencia de tres o más personas y la finalidad delictiva de la agrupación¹⁰³. En primer lugar, podemos reconocer sin mayor discusión que la agrupación que podría en su caso conformar la organización o grupo está formada por, al menos, Alberto, Santiago, Tatiana, Pietro e incluso Zulaika, por lo que el primer requisito que mencionamos se vería debidamente acreditado.

Sin embargo, respecto a la finalidad delictiva del grupo, hay que tener en cuenta que no estamos ante el tipo de agrupación en el que la jurisprudencia suele apreciar grupos u organizaciones (es decir, bandas armadas, bandas de latinoamericanos, mafias, etc; *vid.* en este sentido STS 789/2014 sobre una célula de Al Qaeda o la STS 337/2104 sobre banda latina "los Trinitarios"), sino que se trata de una sociedad mercantil en la que la comisión de ciertos delitos es un método de incrementar los beneficios, no el fin principal de ésta, pues ni siquiera consta que Pietro o Zulaika se lucren con la actividad ilícita. Paralelamente, debe tenerse presente que las actividades delictivas aquí tratadas no constituyen tampoco la actividad principal de la empresa, que como se desprende del caso también mantiene una actividad aparentemente lícita, como veremos más adelante al analizar su posible nulidad. En este sentido, si considerásemos que cada vez que en el seno de una sociedad se cometen delitos hay un grupo de personas que se agrupan con finalidad delictiva, se produciría una tipificación desmesuradamente abierta respecto de los delitos de los arts. 570 *bis* y 570 *ter* CP.

En conclusión, **no dándose uno de los requisitos esenciales para apreciar organización o grupo criminal, no puede en consecuencia considerarse que estemos ante tal figura penal**, habida cuenta de que, como acabamos de exponer, no puede considerarse conforme a la jurisprudencia citada que exista un fin eminentemente delictivo, como requeriría el tipo.

101 MUÑOZ CUESTA, F.J. *Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia*. Revista Aranzadi Doctrinal, N° 1/2011. Aranzadi. p. 4

102 *Ibidem*. p. 6

103 CORCOY BIDASOLO, M. (dir.). *Derecho Penal... op cit.* p. 857

BLOQUE II

Análisis de cuestiones de Derecho Mercantil

En el que se resuelve:

Cuestión 5 – Dictamen sobre la nulidad de la sociedad

Cuestión 6 – Dictamen sobre el registro de la marca

Cuestión 7 – Dictamen sobre competencia desleal

CUESTIÓN 5

DICTAMEN SOBRE LA NULIDAD DE LA SOCIEDAD

En la que se resolverá si, conforme a la normativa mercantil, la sociedad Na&Ma SL es nula de pleno derecho

II.5.1 – Hechos relevantes:

II.1.1.1 – La sociedad limitada Na&Ma se constituyó como tal el 1 de febrero de 2008, habiendo sido inscrita en el Registro Mercantil el 3 de febrero del mismo año, con domicilio social en Calle Real 21 (A Coruña).

II.5.1.2 – Consta en sus estatutos que el objeto social es la gestión de locales de ocio, que el 51% de las participaciones corresponde a Santiago N., el 49% a Alberto M. y que dicha sociedad es propietaria de dos establecimientos abiertos al público: el club Plenilunio y el restaurante Luna del Principito.

II.5.2 – Fundamentos jurídicos:

II.5.2.1 – Sobre la constitución de la sociedad: Para determinar si la sociedad fue válidamente constituida, debemos acudir a la ya derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante LSRL), que es la que estaba en vigor en febrero de 2008; así, en su artículo 11 exige la citada Ley que la sociedad se constituya mediante escritura pública y que ésta sea inscrita en el Registro Mercantil, imponiendo para ello el artículo 15 un plazo de dos meses desde su otorgamiento. Por su parte, el artículo 12 expone el contenido necesario de la escritura de constitución, mientras que el 13 hace lo propio con los estatutos de la sociedad¹⁰⁴; no procede aquí pasar a enumerar esos listados, toda vez que el caso no expone de forma detallada qué es lo que contenía la escritura ni los estatutos, por lo que tal enumeración carecería de sentido. De este modo, podemos ver que la sociedad fue válidamente constituida, puesto que del hecho de que fuera inscrita en el Registro Mercantil (cumpliendo además el plazo para ello) se desprende que efectivamente hubo escritura pública autorizada por notario¹⁰⁵ y, además, que toda la documentación aportada era formalmente adecuada, habida cuenta que superó los controles antecitados. Por todo ello, aun desconociendo de primera mano el contenido exacto de la escritura y los estatutos, podemos suponer fundadamente que cumplían la normativa vigente y que **la sociedad fue válidamente constituida**.

II.5.2.1 – Sobre la nulidad social: Respecto a la posible nulidad de la sociedad, debemos acudir al RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), que en su artículo 56 enumera las causas de nulidad una vez inscrita la sociedad:

- a) Ausencia de voluntad en el acto constitutivo de al menos dos socios (o el único socio, en su caso).
- b) Incapacidad de todos los socios fundadores.
- c) Por no expresarse en la escritura de constitución las aportaciones sociales.
- d) Por no expresarse en los estatutos:
 - La denominación social.
 - La cifra del capital social.
 - El objeto social, o que éste sea ilícito o contrario al orden público.
- e) Por no haberse desembolsado íntegramente el capital social (requisito especial de las SL).

En primer lugar, dado que nada hay en el relato del caso que nos indique su concurrencia, podemos comenzar descartando los motivos a) y b) de la lista anterior (correspondientes a las mismas letras del art. 56 LSC). Por su parte, podemos remitirnos al razonamiento realizado en el FJ anterior para descartar los motivos de las letras c), d) y e), dado que si la escritura o los estatutos adoleciesen de un defecto de forma esencial no habrían podido ser inscritos, como tampoco podrían serlo si no hubiera sido acreditado el desembolso del capital social (art. 189 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil)¹⁰⁶.

Por consiguiente, descartando cualquier motivo de nulidad por defecto de forma, la única duda que podría quedar acerca de la nulidad es si el art. 56.1.e) [correspondiente al tercer punto de la letra d) de la lista aquí plasmada], cuando dice "[p]or no expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público" se refiere a que los estatutos expresen un objeto ilícito o a que la sociedad tenga, en realidad, un objeto ilícito distinto del expresado en los estatutos. En este sentido, puede comenzarse aportando el significativo hecho de que no hay ninguna sentencia que declare la nulidad de una sociedad conforme a este artículo por ser su objeto ilícito, si bien al contrario la SAP de Alicante 479/2012, de 22 de noviembre, confirma la sentencia de 18 de abril de 2012 dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Alicante núm. 3, que negaba precisamente lo aquí cuestionado: un club de alterne no puede ser declarado nulo *ex art. 56 LSC*, pues el motivo de nulidad referente al objeto ilícito es referente al aspecto formal, no a la actividad real de la sociedad¹⁰⁷; asimismo, el ATS de 14 de enero de 2014 inadmitía el recurso de casación contra la SAP citada.

104 ALONSO UREBA, A. *La constitución de las Sociedades de Capital*. *Revista de Derecho de Sociedades* Nº 36/2011. Aranzadi. p. 2

105 FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. *Disposiciones Generales de la LSC*. *Revista de Derecho de Sociedades* Nº 36/2011. Aranzadi. p. 14

106 ALONSO UREBA, A. *La constitución... op cit.* p. 6

107 *Vid.* en el mismo sentido, ALONSO UREBA, A. *La constitución... op cit.* p. 15

Siguiendo el razonamiento de la SAP de Alicante 479/2012, que cita a su vez la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) de 13 noviembre 1990 sobre el caso Marleasing SA contra Comercial Internacional de Alimentación SA (TJCE 1991\78), debe considerarse que el motivo de nulidad contenido por la LSC (o por la LSRL en su momento, con contenido idéntico) se refiere al sentido formal, es decir, debe atenderse al objeto alegado en los estatutos, no a la actividad real que realice la sociedad. Paralelamente, el Código Penal contempla la posibilidad de castigar a las personas jurídicas incluso con la disolución [art. 33.7.b) CP], por lo que se entiende que la actividad ilícita de una sociedad debe ser declarada por la jurisdicción penal y castigada conforme al CP, no a la LSC en el seno de la jurisdicción civil o mercantil.

En conclusión, **no se da ninguno de los motivos contenidos por la normativa societaria para declarar la nulidad de la sociedad Na&Ma SL**, la cual consta que ha sido constituida válidamente, **no concurriendo tampoco motivo alguno para declarar su nulidad con posterioridad a la inscripción ex art. 56 LSC**, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal que le corresponde por los delitos efectivamente cometidos en su seno y que, en virtud del art. 33.7 CP, podrían conllevar como pena la disolución de la sociedad.

CUESTIÓN 6
DICTAMEN SOBRE REGISTRO DE MARCA

En la que se estudiará la viabilidad de registrar el signo "Pequeñas sumisas ardientes" como una marca, con el fin de obtener la correspondiente protección frente al uso por parte de terceros

II.6.1 – Fundamentos jurídicos:

II.6.1.1 – Concepto de marca y registro: Para poder determinar si se puede registrar "Pequeñas Sumisas Ardientes" como marca, es conveniente comenzar aclarando brevemente cuál es el concepto de marca y ciertas nociones básicas sobre su registro. Así, Según el artículo 4 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (en adelante LM), la marca es el signo que sirve para diferenciar los productos o servicios de un empresario en el tráfico mercantil, de lo que se deduce la principal función de esta figura: identificar el origen empresarial de los productos y servicios, así como la calidad que los consumidores esperarán de los mismos según las expectativas generada por la confianza en ese signo distintivo¹⁰⁸. Por su parte, en el párrafo segundo del ya citado artículo 4 vemos el amplio elenco de elementos que pueden conformar una marca, entre los que encontramos las "*palabras o combinaciones de palabras*", grupo en el que se encuentra la marca que aquí nos atañe.

Respecto al registro, éste tiene como fin la protección del uso de la marca frente a terceros no autorizados, pudiendo así las marcas ser nacionales, comunitarias o internacionales. Como regla general, cada país es soberano para determinar qué signos pueden ser marcas, los requisitos para registrarlas, etc.; no obstante lo anterior, la internacionalidad del tráfico ha producido una cierta armonización, en gran parte lograda a través de tratados internacionales. En cualquier caso, dado que la cuestión planteada no especifica el ámbito en el que la sociedad solicitante busca protección de la marca, recurriremos a la lógica para suponer que, dado el contexto del caso, basta con el registro y consecuente protección a nivel nacional, no pareciendo que haya expectativas de internacionalizar su negocio.

De este modo, para determinar la posibilidad de registrar "Pequeñas Sumisas Ardientes" como marca para la clase 43 habrá que analizar las prohibiciones que a tal efecto establece la Ley de Marcas. En cualquier caso, debe tenerse presente en lo referente a las prohibiciones absolutas que veremos en su momento que la apreciación de concurrencia o no de las mismas es hasta cierto punto subjetiva, por lo que si bien aquí se llegará a una conclusión teórica para cada una, en la práctica sería el criterio del registrador lo que sería finalmente decisivo, pudiendo coincidir o no con lo aquí expuesto.

Antes de ver en detalle las prohibiciones que podrían obstaculizar el registro de la marca, podemos comenzar explicando que la clase 43 de la clasificación de Niza, bajo la que se pretende registrar la marca, corresponde a servicios de restauración (alimentación y hospedaje temporal), que la propia web de la Oficina Española de Patentes y Marcas¹⁰⁹ explica que "*comprende principalmente los servicios que consisten en preparar alimentos y bebidas para el consumo, prestados por personas o establecimientos, así como los servicios de alojamiento, albergue y abastecimiento de comida en hoteles, pensiones u otros establecimientos que proporcionen hospedaje temporal*". Entendemos que lo que se quiere explotar bajo la marca "Pequeñas Sumisas Ardientes" es el prostíbulo (pues sería desconcertante que tal fuera el nombre de un restaurante), por lo que aquí debe recordarse que, como ya vimos, el TS¹¹⁰ ha declarado que la prostitución (libre) no es ilegal, ni tampoco lo es un prostíbulo si cumple con normativa correspondiente al tipo de local por el que figura inscrito (generalmente hostales u hoteles), por lo que *a priori* el tipo de negocio podría tener encaje en la clase 43, sin perjuicio de lo que se verá más adelante sobre moral y orden público.

II.6.1.2 – Prohibiciones relativas: Las llamadas prohibiciones relativas (arts. 6 a 10 LM) tienen como fin evitar la lesión del derecho de un tercero amparado por la legislación en esta materia¹¹¹ y a muy grandes rasgos consisten en impedir que se registre una marca que sea idéntica o pueda confundirse con marcas o nombres comerciales ya registrados, notorios (de conocimiento en el mismo sector, aun sin registro) o renombrados (de conocimiento general por el público). Basta con acudir al localizador de marcas de la OEPM¹¹² para comprobar que no hay ninguna marca similar registrada como española o con efecto en España. De este modo, en conclusión, **no parece que las prohibiciones relativas vayan a suponer una traba para el registro de la marca "Pequeñas Sumisas Ardientes"**, si bien son las prohibiciones absolutas las que plantearán mayores problemas en tal sentido.

108 GALLEGO SÁNCHEZ, E. *Derecho Mercantil, Parte Primera*. Tirant lo Blanch, 2015. p.281

109 <http://tramites.oepm.es/clinmar/euroclassNiza/inicio.action>

110 *Vid.* entre otras muchas las SSTs 1155/2010, 195/2007 o 1367/2004.

111 GALLEGO SÁNCHEZ, E. *Derecho Mercantil...* *op cit.* p.283

112 *Vid.* Anexo III, que contiene una captura del localizador web: <http://sitadex.oepm.es/Localizador/buscarDenominacion.jsp>

II.6.1.3 – Prohibiciones absolutas: En este caso, las prohibiciones absolutas tienen como fin impedir que ciertos signos puedan ser registrados como marcas por razones de índole general¹¹³; así, mientras en las relativas no se pone en duda la validez como marca del signo que se pretende registrar, las prohibiciones absolutas son vicios del propio signo que impiden *per se* su registro. Se encuentran catalogadas en el art. 5 LM y, de las once prohibiciones que en él podemos encontrar, nos centraremos en las dos que por su naturaleza podrían impedir el registro "Pequeñas Sumisas Ardientes": el impedimento de registrar como marca los signos 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"* [art. 5.1.c) LM] y el referente a *"[l]os que sean contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres"* [art. 5.1.f) LM].

II.6.1.4 – Carácter descriptivo del signo: Comenzando por la prohibición de la letra c), referida al carácter descriptivo del signo a registrar como marca, son supuestos en los que éste designa o transmite información sobre la especie o cualesquiera rasgos de los productos o servicios distinguidos¹¹⁴, por eso son llamados "descriptivos". Paralelamente, vemos que el precepto citado, a pesar de realizar una considerable enumeración de cualidades, debe entenderse como una lista abierta en vista de la expresión *"u otras características del producto o servicio"*, motivo por el que debemos entender que lo que se prohíbe es la propia descriptividad genérica, no la descripción de una cualidad u otra¹¹⁵. Ejemplos de marcas rechazadas por su naturaleza descriptiva serían las SSTS de 14 de noviembre de 1995 (*"Findus cocina ligera"* para productos precocinados), de 15 de marzo de 2002 (*"Tax free/Tax free World exhibition"* para servicios en tiendas libres de impuestos) o de 3 de mayo de 2007 (*"El sitio de las compras"* para gestión de negocios comerciales). En este sentido, entiende la jurisprudencia citada que cuando se aprecia carácter descriptivo en un determinado signo, ello le inhabilita para desempeñar la función indicadora de la procedencia empresarial, privándole por tanto de distintividad, además de la salvaguarda de mantener a disposición de todos tal descripción de los productos¹¹⁶, criterio afianzado en la jurisprudencia comunitaria sobre marcas (Casos *Chiemsee*, *Libertel* y *Postkantoor*, entre otros).

Sin embargo, en relación con lo anterior, sí existen casos en que signos potencialmente descriptivos han sido aceptados como marca por considerarse que poseen capacidad distintiva, motivo por el que podría acudir a la excepción contemplada en el párrafo tercero del art. 5 LM, por la cual *"[p]odrá ser registrada como marca la conjunción de varios signos de los mencionados en las letras b), c) y d) del apartado 1, siempre que dicha conjunción tenga la distintividad requerida por el apartado 1 del artículo 4"*. Así, por medio de la práctica registral, que ha ido recogiendo ciertos criterios de la jurisprudencia comunitaria antes citada, se han venido sintetizando ciertos criterios¹¹⁷ para determinar si un signo compuesto solo por elementos descriptivos tiene o no carácter distintivo:

- 1.El examen del signo a proteger como marca debe plantearse en todo su contexto concreto y no de forma meramente abstracta, atendiendo a la percepción del público interesado medio y razonablemente informado, atento y perspicaz de los productos y servicios a distinguir con el signo en cuestión, atendiendo a la capacidad de éste para permitir a dicho público conocer su procedencia empresarial.
- 2.El examen debe llevarse a cabo sobre la visión global y completa del signo como un todo, sin diseccionarlo en sus diferentes partes; de este modo, la combinación de elementos inicialmente descriptivos podrá gozar en su conjunto de la distintividad de la que aquéllos carecen, si bien es necesario que el carácter inusual y caprichoso de dicha combinación la alejen de la mera suma o yuxtaposición sin más de sus componentes.
- 3.Debe darse la inexistencia de imperativo de disponibilidad sobre el signo a proteger, es decir, debe determinarse que ninguno de los significados actuales o potenciales de dicho signo sirvan o puedan servir para designar alguna de las características de los productos o servicios distinguidos.

113 GALLEGO SÁNCHEZ, E. *Derecho Mercantil... op cit.* p. 283

114 AREÁN LALÍN, M. *La aptitud de una denominación para convertirse en marca. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo 5 de 1978.* Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago. p. 477

115 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Director). *Comentarios a la Ley de Marcas, Tomo I.* Aranzadi, 2008. p. 166

116 *Íbidem*

117 *Íbidem*, p. 170

De este modo, y sin perjuicio de la posible discrepancia del criterio del registrador al que pueda corresponder la inscripción, al analizar conforme a lo hasta aquí expuesto el signo "Pequeñas Sumisas Ardientes", podemos concluir que, a priori, parece apto para dar a conocer la procedencia empresarial de los servicios de hospedaje ofrecidos (especialmente si tenemos en cuenta la inexistencia de marcas registradas para locales de alterne), así como puede apreciarse la distintividad del conjunto de adjetivos que forman el signo, los cuales no forman una descripción elemental de las características de los servicios prestados, lo que conecta a su vez con el tercer criterio antecitado.

Por otra parte, es conveniente hacer mención aquí de los llamados signos sugestivos o evocadores, que son admisibles como marca sin lugar a dudas por su capacidad distintiva, pero que no obstante por su propia naturaleza pueden ser confundidos con signos que adolecen de carácter descriptivo. Estos signos sugestivos son aquellos que más que designar las cualidades del producto o servicio, se limitan a sugerirlas o evocarlas, siendo necesario un cierto esfuerzo imaginativo para relacionar el signo con las cualidades del producto o servicio¹¹⁸; hay numerosos ejemplos en nuestra jurisprudencia de la declaración de estos signos como marcas registrables: SSTS de 22 de diciembre de 1975 ("*Don Kilowatio*" para aparatos eléctricos), de 23 de diciembre de 1987 ("*Don Algodón*" para ropa) o de 1 de febrero de 2005 ("*La Chufera*" para horchata).

En conclusión, **podemos considerar que "Pequeñas Sumisas Ardientes" es un signo apto para sortear la prohibición absoluta por carácter descriptivo, pudiendo incluso considerarlo un signo sugestivo o evocador**, todo ello **sin perjuicio de la posibilidad de que pueda apreciarse por el registrador carácter descriptivo en el signo**, dada la naturaleza subjetiva del análisis de los criterios aquí expuestos y el hecho de que ciertamente se trate de lo que podríamos considerar un "caso límite".

II.6.1.5 – Contravención de la Ley, el orden público o las buenas costumbres: Se analizará ahora la prohibición absoluta del art. 5.1.f) LM, la cual previene el acceso al registro como marcas de aquellos signos que se revelen per se ilícitos o contrarios al conjunto normativo vigente, o bien al conjunto de principios y valores comúnmente aceptados en nuestra sociedad en un momento dado¹¹⁹. Salta a la vista que esta prohibición absoluta será una de las más difusas y discrecionales, dada su complicada e imprecisa delimitación, especialmente en lo que al orden público y las buenas costumbres se refiere, dado que se trata de conceptos jurídicos indeterminados y, como tales, en constante evolución y revisión continua en función de los usos sociales y de otros factores. De este modo, iremos precisando a continuación la delimitación de los términos "Ley", "orden público" y "buenas costumbres" a efectos de la aplicabilidad del art. 5.1.f) LM.

Respecto a qué debemos entender por Ley, si acudimos a la jurisprudencia podemos ver que como tal se entiende todo el conjunto de normas imperativas vigentes en el momento de solicitud de la marca; así, en la STS de 16 de julio de 1988 (Caso "*Banco Principado de Asturias*") se deniega el uso del término "Banco" para la marca de una consultoría financiera por reservarse dicho término para las entidades de crédito conforme a la legislación bancaria. Por consiguiente, podemos entender que cuando el signo que se pretenda registrar infrinja una norma imperativa del ordenamiento, entendiendo por tal desde la Constitución hasta los reglamentos pasando por el Código Penal, éste será denegado *ex art. 5.1.f) LM*. En este punto conviene aclarar que la prohibición absoluta aquí analizada se refiere exclusivamente al signo, es decir, es el propio signo lo que debe ir en contra de la Ley, las buenas costumbres o el orden público, siendo irrelevante a efectos de la prohibición el uso que se haga del signo, sin perjuicio de las consecuencias que el uso ilícito pueda tener; dicho de otro modo, un uso ilícito o un comportamiento ilegal bajo el uso de una marca registrada nunca tendrá como consecuencia la nulidad de ésta al amparo del art. 5.1.f) LM, como se establece en la sentencia del TJCE 264/2005 (Caso *Intertops*).

118 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Director). *Comentarios... op cit.* p. 171

119 *Ibidem*, p. 209

Más complicado es, en cambio, delimitar los conceptos de orden público y buenas costumbres en su interacción con la Ley de Marcas, respecto de los cuales la doctrina¹²⁰ razona que debe acudir al concepto jurisprudencial propio del derecho privado, que en sentencias tan tempranas como las SSTS de 5 de abril de 1966 y de 31 de diciembre de 1979 definía el orden público como *"el conjunto de principios jurídicos, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada"*, a lo cual añade la STS de 5 de febrero de 2002 que puede entenderse como *"los principios y directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas"*; por su parte, la jurisprudencia citada describe las buenas costumbres como *"la moral en el sentido de la conducta social exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas"*.

Por lo tanto, vemos que la posible vulneración del orden público o las buenas costumbres debe ser ponderada de modo relativo y no abstracto¹²¹, según la concreta situación de que se trate, lo que acentúa más si cabe el carácter fáctico y subjetivo de la aplicabilidad de esta prohibición. Así, además de atender a la naturaleza del propio signo, como sucede con las marcas obscenas o atentatorias contra los valores constitucionales, que son automáticamente consideradas contrarias a las buenas costumbres y el orden público (STS de 5 de febrero de 2002), en ocasiones se emplean otros criterios aportados por la jurisprudencia, destacando como relevante para este caso el consistente en atender a la relación entre la pretendida marca y el producto o servicio distinguido.

En este punto debemos recordar que, como dijimos anteriormente, la prostitución es atípica, es decir no está penada, como tampoco lo está el regentar un club de alterne¹²², siempre y cuando no se obtenga un beneficio directo de la prostitución de las mujeres, pues ello sí constituye un delito ex art. 188 CP. De este modo, hay que traer a colación aquí lo expuesto respecto de que efectivamente los socios y la sociedad podrían tener que responder por los delitos relativos a la prostitución, pero ello no implica la nulidad de la sociedad ni la imposibilidad de continuar con la actividad del club de alterne, una vez cumplidas sus penas. Ello no obstante, que la prostitución no esté penada no quiere decir ni mucho menos que esté socialmente aceptada, ni que no se considere una lacra social a extinguir por parte de las instituciones nacionales, comunitarias e internacionales, lo que se plasma paradigmáticamente en el Convenio para la represión de la trata de personas y de la prostitución ajena, adoptado el 2 de diciembre de 1949 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, habitualmente llamado Tratado de Lake Success y suscrito por España (sin perjuicio de su dudoso cumplimiento, al menos en sentido estricto); otro factor determinante es la unánime negación de la jurisprudencia a reconocer la prostitución como una relación laboral o lícitamente comercial (STSJ de Galicia de 10 de noviembre de 2004, STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 1996 o STSJ de Baleares de 9 de enero de 1992, entre otras muchas).

En conclusión, **es altamente probable que "Pequeñas Sumisas Ardientes" sea rechazada para su registro como marca con fundamento en el art. 5.1.f) LM por considerar el signo contrario a las buenas costumbres.**

CONCLUSIÓN FINAL

Por todo lo expuesto, debe concluirse que, aunque como ya se dijo **el resultado final dependería del registrador y, en su caso, los jueces a los que corresponda llevar el caso**, el signo "Pequeñas Sumisas Ardientes" es susceptible de ser rechazado para su registro como marca. Paralelamente, a la potencial dificultad para registrar la marca, se une el hecho de que no es probable que, en la práctica, el uso del signo sea disputado por terceros, atendiendo al tráfico mercantil habitual, por lo que lo más recomendable para la sociedad Na&Ma SL es continuar (o comenzar) con dicho uso sin registrar la marca.

120 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Director). *Comentarios... op cit.* p. 211, FERNÁNDEZ NOVOA, C., GARCÍA VIDAL, A., FRAMINÑÁN SANTAS, J. Jurisprudencia comunitaria sobre marcas. Comares, 2007. p. 153

121 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Director). *Comentarios... op cit.* p. 211

122 *Vid.* las ya citadas SSTS 1155/2010, 195/2007 o 1367/2004.

CUESTIÓN 7

DICTAMEN SOBRE COMPETENCIA DESLEAL

En la que se estudia la posibilidad de reclamar una indemnización y cese de perjuicio por la vía judicial contra la sociedad Na&Ma SL con fundamento en la normativa contra la competencia desleal

II.7.0 – Aclaración previa: Para realizar el presente dictamen acerca de la posible existencia de prácticas de competencia desleal, se partirá del entendimiento de que la sociedad Na&Ma SL ha fijado unos precios mucho más bajos que sus competidores, los cuales se interpreta que conocen el hecho de que la sociedad a la que acusan evade impuestos, siendo este caso un contexto habitual de queja entre los hosteleros. Paralelamente, y como expondremos al final del análisis doctrinal, debe distinguirse entre el estudio técnico de la actuación social de Na&Ma SL en relación con la competencia desleal que aquí tendrá lugar con el tratamiento que tales casos reciben en el tráfico jurídico real que, como veremos, suele ser la denuncia del presunto infractor ante Hacienda, por los motivos que veremos en su momento.

II.7.1 – Fundamento jurídico único: Para delimitar conceptualmente el significado de la competencia desleal, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD) establece una cláusula general prohibitiva y un listado de tipificación de actos de competencia desleal. La cláusula general prohibitiva (art. 4 LCD) califica como desleal todo comportamiento objetivamente contrario a la buena fe, o que no se corresponda con la diligencia profesional, entendiendo por tal el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado. El sistema seguido por la LCD plantea el problema de la relación entre la cláusula general y los actos tipificados: de este modo, la cláusula general no podrá utilizarse para sancionar como desleales aquellos actos de competencia que la propia Ley se ha preocupado de declarar como lícitos; asimismo tampoco resultará aplicable dicha cláusula a aquellos actos que no reúnan todos los requisitos generales exigidos para ser calificados como desleales¹²³.

Así, si acudimos al Capítulo II de la LCD, podemos ver que el art. 15.1 contempla como un acto de competencia desleal el *"prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes"* añadiendo que *"la ventaja ha de ser significativa"*. El Tribunal Supremo ha puntualizado que el acto desleal que describe el artículo 15 en su apartado primero *"presupone la infracción de una norma jurídica de derecho positivo"* (STS de 24 de julio de 2007), que *"no se trata de adquirir una ventaja competitiva por infracción de las normas legales, sino prevalerse de tal ventaja"* (STS de 28 de noviembre de 2003) y que *"la mera infracción normativa no constituye por sí sola conducta desleal, ya que se exige que la ventaja competitiva represente efectiva ventaja significativa y al utilizar el artículo el término prevalerse se está refiriendo a que ha de tratarse de ventaja real y no potencial, debiendo darse el necesario nexo causal entre la infracción y la ventaja alcanzada"* (STS de 24 de junio de 2005)¹²⁴.

De este modo, podemos apreciar que, en principio, la infracción de la norma tributaria cometida por Na&Ma SL implica una notable reducción de costes, lo que podrían aprovechar para fijar unos precios anormalmente reducidos, que no podrían ser igualados por sus competidores si éstos tributan como les corresponde. Así, vemos que la sociedad acusada, entendiendo que efectivamente ha fijado sus precios muy por debajo de los de sus competidores que por ello pretenden demandarla en virtud de la LCD, crea una ventaja competitiva (la reducción de costes) por medio de la infracción de una norma positiva (el impago de los tributos, como veremos en detalle a continuación) prevaliéndose de ello en el mercado (bajando los precios gracias a la reducción de costes); respecto a si tal ventaja es significativa, no conocemos los precios fijados por la sociedad que se pretende demandar, si bien puede entenderse que, dado que llega a llamar la atención de sus competidores, sí tiene una entidad considerable.

Para considerar aplicable el art. 15 LCD debe concurrir en todo caso la infracción de una norma, por lo que podemos preguntarnos si el impago del Impuesto sobre Sociedades cometido por la sociedad supone tal infracción y por qué. En este sentido, el art. 31 CE establece que *"[t]odos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica"*, mientras que por su parte el art. 20 LGT determina que la concurrencia de un hecho imponible fijado por la ley genera una obligación tributaria, debiendo este precepto conectarse con el art. 4 TRLIS, que establece como tal la obtención de renta de una sociedad. Así, vemos aquí acreditado que el impago del Impuesto sobre Sociedades puede considerarse una infracción de la normativa expuesta.

Viéndose cumplido el supuesto de hecho, debe atenderse al ámbito de aplicación de la LCD, el cual viene fijado en los arts. 2 y 3 de la misma; puede comenzarse diciendo que el art. 3 LCD establece dentro de su ámbito subjetivo a los empresarios y personas jurídicas que participen en el mercado, por lo que en este sentido no es necesaria mayor aclaración para apreciarlo debidamente cumplido en el caso de la sociedad que se pretende demandar e incluso sus socios administradores. Respecto al ámbito objetivo, el art. 2.1 LCD establece que *"[l]os comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales"*, añadiendo el párrafo segundo que *"[s]e presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se*

123 GALLEGO SÁNCHEZ, E. *Derecho Mercantil... op cit.* p. 455

124 *Vid.* en el mismo sentido: FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M. *Estudios y Comentarios Legislativos; Tratado de Derecho Industrial. Supuestos de competencia desleal de la Ley 3/1991.* Aranzadi, 2009. p. 22

revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero".

Como ha destacado reiteradamente la jurisprudencia en sus consideraciones doctrinales, el recto entendimiento de ambos presupuestos exige realizar una lectura sistemática entre lo dispuesto en el artículo 2 LCD y la declaración contenida en el preámbulo de la Ley y a cuyo tenor "*para que exista acto de competencia desleal basta, en efecto, con que se cumplan las dos condiciones previstas en el párrafo primero del artículo 2: que el acto se realice en el mercado (es decir, que se trate de un acto dotado de trascendencia externa) y que se lleve a cabo con fines concurrenciales (es decir, que el acto -según se desprende del párrafo segundo del citado artículo- tenga por finalidad promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero)*"^{125 126}.

Paralelamente, se considera que para que el acto se realice en el mercado no es necesario que persiga directamente una ganancia y tampoco es necesario que se trate de una actuación dirigida al público en general¹²⁷. En consecuencia, nada impide considerar que el impago de tributos, como actuación generadora de la infracción, sea considerada a estos efectos como un acto de mercado, teniendo especialmente en cuenta que es el impago lo que permite la alteración de los precios, por lo que no solo constituye una ganancia directa para el infractor, que obtiene más beneficio al no pagar el tributo, sino que es un factor que aprovecha para incrementar su potencial competitivo por medio de unos precios que sus competidores "legales" no pueden igualar. Por todo ello, podemos considerar que el requisito de que se trate de un acto de mercado se ve cumplido en este caso.

Sobre el fin concurrencial de la actuación, recordamos que establece el párrafo segundo del art. 2 LCD que se presupone cuando el hecho resulte idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. La difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero se refiere a que el comportamiento debe estar constituido por actos destinados a incitar la adquisición o la realización de negocios sobre productos o servicios de quien realiza el acto o de un tercero¹²⁸. En este sentido, tampoco cabe duda de que la hipotética fijación de precios anormalmente bajos que aquí tratamos, no tiene otro fin que atraer a un mayor volumen de clientes al local, lo que a todas luces promueve y asegura la difusión en el mercado de las prestaciones de la sociedad que se pretende demandar, por lo que se cumple este segundo requisito fijado por el art. 2 LCD.

En conclusión, vemos cumplido, al menos a nivel teórico, el supuesto de hecho que encaja en el art. 15 de la LCD, por lo que en consecuencia **sería una situación susceptible de ser considerada como competencia desleal al amparo de dicha norma**. No obstante lo anterior, deben tenerse presentes varios factores acerca de la denuncia ante los tribunales por competencia desleal: en primer lugar, es al demandante a quien corresponde probar los hechos, lo que implica probar el impago de los tributos y su aprovechamiento con fines concurrenciales, algo que en la práctica sería harto complicado y, además, si Hacienda ya tiene noticia del incumplimiento fiscal se entiende que estará tomando medidas para ponerle fin y una demanda por competencia desleal carecería de sentido por ser un proceso mucho más lento que el de naturaleza administrativa. Precisamente la dilación del proceso es el segundo motivo por el que podemos dudar de la utilidad de una demanda por competencia desleal en este caso, dado que al eventual demandante le convendría una rápida solución al problema en vista de que en la situación actual se le está impidiendo concurrir al mercado por la alteración de precios del eventual demandado, y llevar a éste a los Tribunales para que éstos impongan una cesación de la situación dañina le llevará en el mejor de los casos más de un año.

Por todo lo antes expuesto, si bien en este caso podríamos hallarnos ante un caso "de laboratorio" de competencia desleal por el art. 15 LCD, lo más habitual en la práctica es que el empresario perjudicado por los bajos precios de un infractor fiscal presente una denuncia ante Hacienda para que sea ésta la que investigue a éste último y se encargue de sancionarle y de forzarle a regularizar su situación fiscal, lo que indirectamente le obliga a cesar en el negocio o fijar los precios al mismo nivel que sus competidores "legales". En conclusión, **si bien en teoría sería factible presentar una demanda por competencia desleal, el modo de proceder más recomendable sería presentar una denuncia ante Hacienda**¹²⁹ para que sea la administración tributaria la que solucione la situación irregular en un margen de tiempo infinitamente menor al que supondría acudir ante los juzgados.

125 Aluden y reproducen este pasaje del Preámbulo al referirse a los elementos a los que el artículo 2 condiciona el sometimiento de la conducta al control de deslealtad concurrencial, entre otras muchas, SSTS 17 de agosto de 1999, de 22 de enero de 1999, de 16 de junio de 2000, de 18 de septiembre de 2000, y siguiéndolas también de entre tantas, SSAP de León de 13 de febrero de 2009, de Málaga de 1 de junio de 2007, de Barcelona de 19 de septiembre de 2006, de Madrid de 5 de diciembre de 2005 y de 25 de mayo de 2004 y de Cantabria de 21 noviembre de 2000.

126 *Vid.* en el mismo sentido: SUÑOL LUCEA, A. *Los elementos estructurales que definen la conducta sometida a la Ley de Competencia Desleal*. Aranzadi, 2012. p. 11

127 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Comentario al art. 2 de la LCD, Ámbito Objetivo*. Aranzadi, 2011. p. 2

128 *Íbidem* p. 5

129 *Vid.* Anexo IV, que contiene una captura del formulario online <https://www2.agenciatributaria.gob.es/es13/d/denufish.html>

BLOQUE III

Análisis de cuestiones de Derecho Procesal

En el que se resuelve:

Cuestión 8.1 – Órganos jurisdiccionales competentes para investigar y enjuiciar los delitos cometidos

Cuestión 8.2 – Detención de Romelia en Rumanía

Cuestión 8.3 – Medidas preventivas contra la sociedad

Cuestión 8.4 – Intervención de las comunicaciones de la sociedad

Cuestión 8.5 – Investigación de la cuenta en Gibraltar

Cuestión 8.6 – Representación judicial de la sociedad

III.8.1 – Órganos jurisdiccionales competentes para investigar y enjuiciar los delitos cometidos: Haciendo remisión a la conclusión del Bloque I, vemos que se han cometido diversos hechos delictivos, todos ellos en A Coruña. De este modo, para determinar qué órganos son competentes para investigar y enjuiciar tales hechos, comenzaremos por acudir al art. 23.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ) para apreciar la competencia de la jurisdicción española por tener lugar en España los hechos delictivos mencionados. Continuando con la competencia territorial, el art. 14 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) establece la regla competencial del *forum delicti commissi*, en virtud de la cual se considerará competente para instruir y enjuiciar los delitos el órgano judicial que objetivamente corresponda sito en el partido judicial en el que tuvieron lugar los hechos: es decir, serán los correspondientes órganos judiciales con sede en A Coruña los competentes para instruir y enjuiciar.

Pasando a la competencia objetiva para la instrucción, el mismo art. 14 LECrim determina que a menos que corresponda por reserva de materia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer o los Juzgados Centrales de Instrucción, será competente el Juzgado de instrucción que corresponda conforme al criterio territorial que, como ya vimos, hará competente al Juzgado de Instrucción de A Coruña que corresponda por el turno establecido. Para el enjuiciamiento, el ya dos veces citado precepto de la LECrim reparte la competencia objetiva entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales en función de la pena en abstracto de los delitos: aquéllos cuya pena máxima sea superior a cinco años de prisión serán enjuiciados por la Audiencia Provincial, mientras que los que no superen tal pena de prisión o tengan pena de multa serán competencia de los Juzgados de lo Penal.

Así, es necesario determinar antes la conexidad entre los delitos calificados en este caso, pues en virtud de ella será necesario atender al delito con mayor pena de todos los cometidos para determinar la competencia objetiva sobre todos ellos en virtud del principio "quien puede lo más, puede lo menos" (*qui potest plus, potest minus*). Si atendemos al art. 17 LECrim, vemos que serían aplicables las reglas 2ª ("*[l]os cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiese precedido concierto para ello*") y, especialmente, la regla 5ª ("*[l]os diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma, causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados*"), que se corresponden con las llamadas conexidad subjetiva y conexidad mixta, respectivamente. En consecuencia, si atendemos a las penas máximas de los delitos enumerados en la conclusión del Bloque I, vemos que la pena más alta es la de 12 años que corresponde al delito¹³⁰ de trata de seres humanos agravado por víctima menor (art. 177.4 bis CP) y que, siendo mayor de cinco años de privación de libertad, otorga la competencia a la Audiencia Provincial de A Coruña, si atendemos también a la competencia territorial. Por otra parte, atendiendo a la pena en abstracto de 12 años de prisión deberá encauzarse el proceso de acuerdo con las normas del procedimiento ordinario en virtud del art. 757 LECrim, que *a sensu contrario* prescribe el procedimiento abreviado para los delitos con una pena no superior a 9 años.

Por todo lo aquí expuesto, debe concluirse que **la competencia para instruir la causa de este caso corresponde a los Juzgados de Instrucción de A Coruña**, mientras que **para el enjuiciamiento y fallo deberá acudirse a la Audiencia Provincial** de la misma ciudad, quedando después la vía de **acudir en casación ante el Tribunal Supremo** por vía del art. 849 LECrim en conexión con el art. 56 LOPJ.

¹³⁰ Al atender a la pena en abstracto, es irrelevante cuántos delitos se computen por concurso real, pues debe atenderse a la pena que prescribe el Código para ese delito en singular y, si procede, con sus agravantes.

III.8.2 – Detención de Romelia en Rumanía: Dado que Rumanía es un Estado miembro de la Unión Europea, el juez instructor tiene a su disposición la Orden Europea de Detención y Entrega¹³¹, que es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales (entrega para el enjuiciamiento) o para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad (entrega para el cumplimiento de condena)¹³². La Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea¹³³ regula, entre otros, el instrumento del que aquí hablamos; así, conforme al art. 35 de la Ley 23/2014 será competente para emitir la Orden Europea de Detención y Entrega el juez instructor de A Coruña que corresponda, de acuerdo con lo visto en el punto anterior sobre competencia para instruir la causa.

Respecto a la emisión, ésta se realiza mediante el envío por el juez de un formulario cuyo contenido establece el art. 36 de la Ley 23/2014 (datos de la persona reclamada, del órgano emisor, descripción de los hechos que constituyen el delito por el que se reclama, su pena, etc.). La Ley citada establece ciertos requisitos¹³⁴ para poder emitir la orden de entrega para el enjuiciamiento:

1. La pena en abstracto del delito debe ser superior a un año de privación de libertad.

2. Deben darse los requisitos previstos en la LECrim para acordar el ingreso en prisión preventiva del reclamado, que conforme al art. 503 LECrim son:

✓ Que conste la existencia de hechos que presenten caracteres de delito cuya pena máxima sea superior a dos años de prisión o pena privativa de libertad de duración menor si el imputado tuviera antecedentes por delito doloso.

✓ Que consten motivos bastantes para creer responsable del delito al imputado.

✓ Que la prisión provisional sirva a uno de estos fines:

a) Evitar la fuga del imputado.

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba.

c) Evitar que el imputado actúe contra bienes jurídicos de la víctima.

d) Evitar la comisión de otros hechos delictivos por el imputado.

3. Debe ser solicitada por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, acordándolo el juez mediante auto y previo informe de aquéllos, cuando no fueran los solicitantes.

Respecto a dónde enviar la orden, el art. 40 de la Ley 23/2014 establece que cuando se sepa dónde está la persona solicitada, deberá destinarse la solicitud a la autoridad judicial competente para la ejecución de órdenes de entrega europeas en el país en que se halle. Para averiguar a qué órgano de Rumanía debe dirigirse la orden, podemos utilizar la Red Judicial Europea, en su apartado de Derecho Penal¹³⁵, donde se nos indica la *Curtea de Apel* a la que dirigirmos según en qué región esté la persona solicitada; dado que desconocemos dónde se encuentra Romelia dentro de Rumanía, la RJE también aporta las señas del órgano central al que dirigirmos en este caso: el Ministerio de Justicia rumano o *Ministerul Justiției* y más en concreto el *Directia Drept International si Cooperare Judiciara, Serviciul cooperare judiciara internationala in materie penala* (Dirección de Derecho Internacional y Cooperación Judicial, División para la cooperación judicial internacional en materia penal). Deberá remitirse a dicho órgano una copia en rumano de la orden.

Antes de que se produzca la adopción de la decisión sobre la entrega por la autoridad judicial de ejecución y en el supuesto de que las circunstancias del caso requieran la rápida realización de actuaciones procesales, la autoridad judicial española de emisión puede solicitar, bien que se tome

131 *Vid.* Anexo V, que contiene el formulario de la Orden de Detención Europea a rellenar por el juez.

132 FUNGAIRIÑO BRINGAS, E. *Los instrumentos de la cooperación judicial internacional penal; La Extradición, el mandato de arresto europeo y las Comisiones Rogatorias*. Wikipenal, 2006. Disponible en: <https://wikipenal.wikispaces.com/>. p. 24

133 Debe tenerse presente que aunque la Ley a aplicar para su detención no estuviera vigente cuando Romelia cometió el delito, lo relevante a efectos de retroactividad y principio de legalidad es que conforme al Código Penal vigente sí que cometió el delito, siendo competente la jurisdicción española en virtud del art. 24.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en aquel momento articulado como 23.4, pero de idéntico contenido.

134 *vid.* arts. 37 y 38 de la Ley 23/2014.

135 <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/>

declaración a la persona reclamada, bien que se acuerde el traslado temporal de la persona reclamada a España. En estos supuestos, la autoridad judicial española puede considerar la posibilidad de emplear la videoconferencia, en las condiciones que acuerde con la autoridad judicial de ejecución, para la práctica de las actuaciones procesales pertinentes y que el ordenamiento español permita llevar a cabo sin la presencia física del reclamado (art. 43 Ley 23/2014)¹³⁶.

No obstante, el traslado temporal también será útil cuando la autoridad de ejecución, tras haber acordado la entrega de la persona reclamada, decidiera suspender la misma por estar pendiente en el Estado de ejecución la celebración de juicio o el cumplimiento de una pena impuesta por un hecho distinto del que motivare la orden europea de detención y entrega (art. 43.3 Ley 23/2014). Asimismo, existe la posibilidad de que la autoridad de ejecución condicione la entrega de su nacional a que éste sea devuelto al Estado de ejecución para cumplir la pena que se pronuncie contra él en España, respuesta llamada de entrega condicionada, la cual se encuentra regulada en el art. 44 de la Ley 23/2014 y exige que el juez, habiendo oído a las partes personadas, acepte o no la condición mediante auto en el que, en caso afirmativo, se comprometa a transmitir al otro Estado la ejecución de dicha pena, siendo ello vinculante para todas las autoridades judiciales que, en su caso, resulten competentes en las fases posteriores del procedimiento penal español.

Si finalmente el reclamado es puesto a disposición de la autoridad judicial española de emisión, se convocará una comparecencia por ésta para resolver sobre la situación personal del detenido *ex art.* 45 de la Ley 23/2014 y, a partir de entonces, se proseguirá el curso normal del proceso penal, estando el eventual imputado a disposición del órgano juzgador.

En conclusión, **puede solicitarse la detención en Rumanía de Romelia por medio de una Orden Europea de Detención y Entrega** que, por medio del procedimiento aquí expuesto, puede terminar poniéndola a disposición del juez instructor español para ser juzgada por los delitos de trata de seres humanos, prostitución coactiva y detención ilegal que se le imputan en el Bloque I de esta obra.

III.8.3 – Medidas preventivas contra la sociedad: Ya se trató en su momento la recientemente implementada responsabilidad penal de las personas jurídicas; en esta ocasión, se analizarán las medidas preventivas que pueden tomarse en su enjuiciamiento. En este sentido, mientras que la responsabilidad penal, como vimos, vido dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, fue la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal la que adaptó mínimamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal para darle las herramientas necesarias para integrar a las personas jurídicas en el proceso, pues en el periodo entre la entrada en vigor de la LO 5/2010 y la Ley 37/2011 se dio un vacío en la norma procesal que fue intensamente tratado por la doctrina¹³⁷.

De este modo, mientras luego veremos en detalle la representación y actuación en sede judicial de las personas jurídicas, trataremos aquí la posibilidad de tomar medidas cautelares contra personas jurídicas. Como sabemos, las medidas cautelares en el proceso penal se distinguen entre reales y personales, destacando en este punto que, siendo el imputado o acusado una persona jurídica, las reales podrán acordarse conforme al régimen de responsabilidad civil directa de las fianzas y embargos previsto en los arts. 589 y siguientes de la LECrim, así como otras medidas reguladas fuera de la LECrim pero aplicables por la vía de la remisión efectuada desde el art. 764 LECrim a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LECiv) y, desde allí también, a otros textos legales (ej. la anotación preventiva prevista en la legislación hipotecaria o el amplio catálogo de medidas cautelares previsto en el art. 141 de la Ley de Propiedad Intelectual). En consecuencia, dado que las reformas del Código Penal y la LECrim no han afectado a los preceptos que acabamos de citar, y siendo pacífica su aplicación a personas jurídicas, por no plantear mayor problema, podemos concluir en este sentido que pueden tomarse medidas preventivas de naturaleza real contra personas jurídicas en los mismos términos y condiciones que se haría con una persona física.

136 <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/cooperacion-juridica/orden-europea-detencion?param1=4#apdoIII>

137 *Guías prácticas. El proceso penal de las personas jurídicas; Medidas cautelares a personas jurídicas.* Aranzadi, 2014. p.1

No obstante, mayor complicación supone la aplicación de medidas cautelares de naturaleza personal contra personas jurídicas, extremo que ha sido necesariamente modificado por las reformas de las que venimos hablando; así, es el nuevo art. 544 *quáter* LECrim el que establece que, ante una persona jurídica imputada, "las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal", sin siquiera concretar el artículo o artículos en los que se contienen dichas medidas, algo que ha sido criticado por la doctrina¹³⁸. De este modo, las posibles medidas cautelares de naturaleza personal que pueden imponerse a una persona jurídica se encuentran diseminadas por el Código, con la única excepción de las contempladas en el art. 33.7 CP *in fine*, que establece que "[l]a clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa".

En cambio, ejemplos de otras medidas cautelares relacionadas de forma específica con infracciones comisibles por persona jurídica podemos encontrarlos en los delitos contra la ordenación del territorio y urbanismo (art. 339 CP), en los que está prevista la medida cautelar de restaurar el equilibrio ecológico perturbado o cualquier otra destinada a proteger los bienes tutelados en ese título a cargo de la empresa autora del hecho; y en los referentes a la prostitución, corrupción de menores, exhibicionismo y provocación sexual (art. 194 CP), se permite un específico tipo de clausura temporal o definitiva de locales, abiertos o no al público.

Respecto al tratamiento procesal de la toma de medidas cautelares, el art. 544.2 *quater* LECrim establece un procedimiento análogo al de las personas físicas, aclarando que "se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas", terminando el párrafo citado con la regulación del recurso del auto que decide sobre la medida cautelar, que "será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente". Por lo tanto, vemos que en este aspecto no hay diferencias notables respecto a la toma de medidas preventivas contra las personas físicas¹³⁹, por lo que si tenemos en cuenta las especialidades antes citadas acerca de qué medidas se pueden tomar contra una persona jurídica, a partir de ese punto el cauce procesal es similar al seguido normalmente respecto de las medidas preventivas de naturaleza personal.

En conclusión, conforme a los arts. 589 y siguientes de la LECrim y a la nueva redacción del art. 544 *quater* de la misma, en conexión con lo dispuesto en tal sentido a lo largo del texto del Código Penal, **sí es posible tomar medidas preventivas contra una persona jurídica, tanto de naturaleza real como personal**, sin más peculiaridades procesales que las antes expuestas.

III.8.4 – Intervención de las comunicaciones de la sociedad: Ya hemos hablado de la posibilidad de que una persona jurídica sea declarada responsable de ilícitos penales y, además, en la última cuestión de este bloque se realizará un breve análisis del tratamiento procesal que éstas reciben. De este modo, en la presente cuestión se estudiará si, en el marco de la investigación de un delito se pueden intervenir las comunicaciones de una sociedad; en realidad, la cuestión a resolver aunque de forma indirecta es si una persona jurídica ostenta el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y, en tal caso, cuándo y cómo puede acordarse judicialmente que éste sea limitado por una escucha telefónica. Así, dado que en nuestro ordenamiento ninguna norma contempla ni mucho menos regula los derechos fundamentales de una persona jurídica, deberemos acudir a la jurisprudencia, sede donde sí han sido reconocidos hasta cierto punto, si bien se adelanta que en ningún modo se equiparan a los que le corresponden a toda persona física, sino que deben ser modulados y ponderados para adaptar su titularidad y ejercicio a las particulares condiciones de una persona jurídica.

138 APARICIO DÍAZ, L. *El tratamiento procesal-penal de la persona jurídica tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*. Diario La Ley, N° 7759 de 2011. Wolters Kluwer. p. 21
Guías prácticas. El proceso penal... op cit. p. 6

139 NAVARRO MASSIP, J. *El estatuto procesal de la persona jurídica como responsable penal*. Revista Aranzadi Doctrinal N° 4/2015. Aranzadi. p. 3

Fue la STC 64/1988 una de las primeras en reconocer que las personas jurídicas podían ser titulares de derechos fundamentales, "*siempre que se trate, como es obvio, de derechos que por su naturaleza puedan ser ejercitados por este tipo de personas*"; en este sentido, puede entenderse que las personas jurídicas únicamente tendrán reconocidos aquéllos derechos fundamentales que, por su propia naturaleza, puedan serle atribuidos (STC 137/195). En consecuencia, preguntarse si una persona jurídica es titular del derecho al secreto de las comunicaciones es preguntarse si la naturaleza de éste lo hace susceptible de ser ejercitado por aquélla. En este sentido, el Tribunal Supremo viene sosteniendo de forma pacífica y unánime que la investigación de un delito puede incidir tanto en personas físicas como jurídicas (SSTS de 31 de octubre de 1994 o de 22 de abril de 1998, entre otras muchas), como también lo acepta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Koop, de 25 de marzo de 1998). Si bien no nos detendremos especialmente en este punto, cabe aclarar aquí que ha causado polémica entre la doctrina el hecho de que el TC reconozca a las personas jurídicas el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, pero no el derecho a la intimidad, el cual se le niega expresamente.

Por consiguiente, centrándonos ya en el derecho del art. 18.3 CE, el TC lo reconoce para las personas jurídicas, tanto de derecho público como privado en sentencias como la STC 64/1988 relacionándolo con lo expuesto en la ya citada STC 137/1985, que reconoce la inviolabilidad del domicilio¹⁴⁰. Por lo tanto, reconocidos tales derechos fundamentales para las personas jurídicas, así como la posibilidad de que éstas sean investigadas, puede considerarse aplicable a ellas lo establecido en el art. 579 LECrim para la intervención de las comunicaciones de las personas físicas, acordada mediante resolución judicial motivada, respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad, etc. Sin embargo, igual que ocurre con las personas físicas, que se pueda intervenir las comunicaciones de una persona jurídica no implica que ello pueda hacerse sin la motivación adecuada; así, recordaremos que las intervenciones telefónicas no son para descubrir delitos en general, sino para hechos concretos y solo para delitos de cierta gravedad y, además, si se descubre algo no previsto (un hallazgo casual), se deberá poner en conocimiento inmediato del Juez, que adoptará la decisión que proceda, pudiendo ésta ser una ampliación del Auto que autorizó la intervención¹⁴¹.

Asimismo, no debe haber ninguna duda que la doctrina sobre la prueba prohibida (doctrina norteamericana de los *Fruits of the Poisonous Tree*, o doctrina de la *Drittwirkung* alemana), es plenamente aplicable¹⁴². Por tanto, intervenciones ilegítimas de los teléfonos y otros medios de comunicación de la empresa, o registros sin orden judicial de la sede, dependencias y documentos de la persona jurídica, aunque no se considere domicilio como antes hemos visto, deben ser radicalmente nulos y como actos de investigación o como pruebas deben ser llevados fuera del proceso¹⁴³.

En conclusión, el hecho de que las personas jurídicas ostenten, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho al secreto de las comunicaciones, implica precisamente que éste pueda verse inferido en el marco de una investigación penal por una orden judicial que autorice la intervención de las líneas telefónicas en los términos expuestos, por lo que **sí podrían intervenir las comunicaciones de la sociedad**.

140 Sin perjuicio del reconocimiento constitucional a la inviolabilidad del domicilio, el hecho de que no se reconozca el derecho a la intimidad de las personas jurídicas implica que el concepto de domicilio sea mucho más restringido, prácticamente limitado a impedir que se produzcan registros sin el debido cauce procesal con todas sus garantías.

141 APARICIO DÍAZ, L. *El tratamiento procesal-penal... op cit.* p. 24

142 GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.). *Prueba y proceso penal; Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el Derecho comparado*. Tirant lo Blanch, 2008. p. 107 y ss.

143 GÓMEZ COLOMER, J.L. *El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica en España: Particularidades sobre sus derechos fundamentales y la necesaria reinterpretación de algunos principios procesales, a la vista de esta importante novedad legislativa*. Aranzadi, 2012. p. 19

III.8.5 – Investigación de la cuenta en Gibraltar: Gibraltar es un territorio de ultramar que depende del Reino Unido de Gran Bretaña y, si bien para la Unión Europea y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ya no es un paraíso fiscal debido a los diversos acuerdos¹⁴⁴ que ha ido suscribiendo para aumentar su transparencia, su situación con España es diferente, pues las difíciles relaciones diplomáticas han impedido en avance en materia de transparencia fiscal. En consecuencia, en contra del criterio de la UE, España mantiene a Gibraltar en su lista de paraísos fiscales, contenida en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de medidas fiscales urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, todavía en vigor y al que hacen referencia diversas normas tributarias a efectos de establecer condiciones especiales; debe resaltarse que el propio decreto establece que cualquier territorio que firme un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información dejará de considerarse paraíso fiscal, pero esto no ha ocurrido entre Gibraltar y España, por lo que debe considerarse al territorio de ultramar un paraíso fiscal a efectos legales en nuestro país.

Sin perjuicio de su condición de paraíso fiscal, para poder investigar los movimientos de una cuenta bancaria en el extranjero, el juez instructor tendría que presentar una comisión rogatoria internacional¹⁴⁵, que es un procedimiento de auxilio judicial entre Estados con la finalidad de obtener pruebas en el extranjero¹⁴⁶, en el que se pide de la autoridad competente del país requerido la ejecución, dentro del territorio de su jurisdicción, de un acto de instrucción, principalmente una diligencia probatoria. De este modo, dado que se trata de relaciones entre Estados habrá que remitirse a los tratados internacionales entre España y Reino Unido (puesto que Gibraltar, como ya dijimos, es un territorio de ultramar dependiente de Gran Bretaña y el Tratado de Lisboa de 2007 le encomienda la responsabilidad de sus relaciones exteriores¹⁴⁷) para encontrar el cauce procesal internacional a seguir.

Así, es a los tratados internacionales de cooperación en materia penal con Reino Unido a los que deberemos atender y, más en concreto, al Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000¹⁴⁸, que completa y facilita la aplicación entre Estados miembro de la Unión Europea del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959 y el Protocolo adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial, de 17 de marzo de 1978, así como las disposiciones sobre asistencia judicial en materia penal del Convenio de 19 de junio de 1990, de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985. Por otra parte, el art. 276 LOPJ establece que las peticiones de cooperación internacional serán elevadas por conducto del Presidente del TS, de uno de los TSJ o una AP al Ministerio de Justicia, el cual las hará llegar a las autoridades competentes del otro Estado, bien por vía diplomática o bien directamente si (como es este caso) así lo prevé un Tratado.

Además, si el banco gibraltareño (cuya identidad no se menciona en el caso) opera también en España, algo habitual, lo anterior es especialmente aplicable como ratificó el TJUE en su sentencia sobre el asunto C-212/11, dictada el 25 de abril de 2013 (caso Jyske Bank Gibraltar contra Administración del Estado español), todo ello en cumplimiento de la Directiva 2005/60/CE, de Prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, así como la Decisión 2000/642/JAI, sobre la Obligación de comunicación de las transacciones financieras sospechosas a cargo

144 De especial relevancia es el de la OCDE y su iniciativa sobre "*Harmful Tax Competition*" y sobre "*Improving Transparency and Establishing Effective Exchange of Information in Tax Matters*". Para la UE y la OCDE Gibraltar forma parte del grupo de países que cumplen los estándares de transparencia fiscal desde el año 2009 (cuando el G20 redobló la presión sobre los territorios opacos), año en que comenzó a firmar acuerdos de intercambio de información fiscal. Hasta entonces, solo había rubricado uno; actualmente ha firmado ya más de veinte, pero no con España.

145 *Vid.* Anexo VI, que contiene un modelo de solicitud de comisión rogatoria.

146 FUNGAIRIÑO BRINGAS, E. *Los instrumentos... op cit.* p. 16

147 *Vid.* en este sentido el art. 355 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la declaración número 55 "*Declaración del Reino de España y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*" de las declaraciones anejas al acta final de la Conferencia Intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa.

148 Cabe destacar que el art. 26 prevé la posibilidad de que el Convenio se aplique directamente a Gibraltar en un futuro, si bien esto todavía no ha tenido lugar.

de las entidades de crédito. Así, aunque el cauce procesal y la obligación de compartir datos existen, es sabido en la práctica que la compleja situación política entre España y Gibraltar, así como diversos intereses, principalmente económicos, han venido suponiendo que en muchas ocasiones el territorio de ultramar, una vez se le traslada la solicitud desde el gobierno británico, tiende a mostrarse poco colaborador ante la práctica de la prueba en relación con los datos bancarios y mercantiles de su competencia. Esta situación es la que, en conexión con la cuestión tercera de esta obra, supone una opacidad de las cuentas bancarias en Gibraltar, pues es bien sabida la escasa colaboración de las autoridades de la que venimos hablando.

En conclusión, **investigar las cuentas de la sociedad Na&Ma SL en Gibraltar es técnica y procesalmente posible**, pues existen los cauces necesarios, pero en la práctica las posibilidades de hacerlo de forma fructuosa no son todo lo altas que deberían, dado que el gobierno gibraltareño es dado a poner numerosas trabas y eventualmente rechazar las comisiones rogatorias de los jueces españoles amparándose en su normativa interna sobre el secreto bancario.

III.8.6 – Representación judicial de la sociedad: Como ya vimos, un año después de la implementación de la responsabilidad de las personas jurídicas por la LO 5/2010, la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal las modificaciones procesales que exigía el nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esas modificaciones afectan tanto a normas de tipo orgánico (así las de competencia objetiva para el conocimiento de los procesos seguidos contra personas jurídicas) como aquellas de carácter procesal que se ocupan de las especialidades concretas que ha de experimentar el desarrollo del proceso en tales supuestos, tanto en la fase de instrucción (imputación, declaración indagatoria, régimen de intervención en las diligencias, medidas cautelares, rebeldía) como en el juicio oral (intervención en el juicio oral, eventual conformidad, etc.).

De este modo, comenzando por la citación, comparecencia y personación de la persona jurídica ante el tribunal, el art. 119 LECrim establece que cuando sea procedente la imputación de una persona jurídica, el juzgado instructor la citará en su domicilio social, con el fin de que se produzca la comparecencia de información de derechos y traslado de la imputación del art. 775 LECrim, requiriendo a la persona jurídica que designe un representante en dicho proceso, así como abogado y procurador, siendo estos últimos designados de oficio si aquella no lo hace. Dado que las diligencias que deban practicarse podrán hacerse en la persona del abogado aunque no comparezca el representante, la doctrina¹⁴⁹ ha llegado a calificar a éste como un mero "figurante", más que auténtico representante, según VELASCO NÚÑEZ; añade el citado autor que nada dice la ley de si se puede ir cambiando de figurante a medida que el proceso avance o de si se puede incluso cambiarlo entre la fase de instrucción y la de juicio oral, pero para evitar el fraude de que se designe como figurante precisamente a aquél que por su implicación sea el que más sabe de los hechos ocurridos, el art. 786 *bis* LECrim impide se designe tal "*a quien haya de declarar en el juicio como testigo*".

Respecto a la declaración de la persona jurídica imputada, establece el art. 409 *bis* LECrim que "*[c]uando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su abogado*", añadiendo *in fine* que "*la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar*"; asimismo, el citado precepto reconoce expresamente, para las personas jurídicas, el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable (derecho a no autoincriminarse, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Respecto a su estatuto procesal hay que decir, además, que la persona jurídica imputada puede proponer diligencias de prueba, siendo más discutible que su derecho a la no incriminación le ampare a la hora de negarse a colaborar en los requerimientos que se le hagan (especialmente de aportación de documental que sólo puede quedar en su ámbito), so perjuicio de indicio en contra¹⁵⁰.

149 ARANGÜENA FANEGO, C. *Responsabilidad penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales*. *Revista de Derecho Empresarial* N° 2 Octubre 2014., VELASCO NÚÑEZ, E. *Responsabilidad de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales*. *Diario La Ley*, N° 7883 de 2012. Wolters Kluwer. p. 7

150 *Íbidem*

Por último, el art. 786 bis LECrim regula la comparecencia en juicio oral de la persona jurídica acusada, estableciendo que *"ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio"*; este artículo, como ya vimos, establece que no se podrá designar como representante a quien haya de declarar en el juicio como testigo. Se reincide en este trámite la irrelevancia de la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación, que no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del Abogado y el Procurador.

De este modo, vemos que el legislador no ha fijado requisitos expresos para la figura del representante, más allá de prohibir que sea alguien que deba comparecer como testigo; así, se entiende que tal figura será designada por los órganos de gobierno de la sociedad¹⁵¹, no teniendo por qué ser un administrador ni siendo necesario un poder especial para ejercer la representación, pues a diferencia de lo que ocurre en la LECiv¹⁵² para el procedimiento civil, nada se exige en tal sentido. Además, del hecho de que solo se limite la aptitud para representar a la persona jurídica en el sentido de excluir a los testigos, se desprende que el representante podría ser a su vez otro imputado (como persona física) en el proceso, lo que llevaría a una serie de conflictos de intereses cuyo tratamiento no ha sido afrontado por el legislador.

En conclusión, **la representación en juicio de la persona jurídica se llevará a cabo por un representante designado por el órgano de gobierno de ésta**, en los propios términos de la LECrim, que establece un régimen propio y distinto al del proceso civil, que en este caso parece más permisivo, existiendo la única limitación de que la persona designada no pueda ser testigo en el mismo proceso.

151 PORTAL MANRUBIA, J. *El proceso penal contra la persona jurídica en su ausencia*. Aranzadi, 2012. p. 5

152 Art. 7.4 LECiv, que exige que las personas jurídicas comparezcan en juicio por medio de sus representantes legales.

BLOQUE IV
CONCLUSIONES GENERALES

En las que se resumirá lo resuelto en

Bloque I – Calificación penal

Bloque II – Análisis de cuestiones de Derecho Mercantil

Bloque III – Análisis de cuestiones de Derecho Procesal

IV.1 – Conclusión del Bloque I:

Una vez realizados todos los dictámenes sobre responsabilidad penal, procede unificar aquí los diferentes delitos que se han ido calificando y su correspondiente imputación a las personas implicadas, para una mayor claridad:

+Delitos:

-Hasta siete delitos de trata de seres humanos del art. 177 *bis* CP, aplicándose en uno de ellos la agravante por ser Nicoara menor, cuyos coautores serían (según se infieran los hechos no mencionados) Nicoara, Tatiana, Alberto y Santiago, siendo también estos delitos imputables a la sociedad Na&Ma SL.

-Ocho delitos de prostitución coactiva del art. 188.1 CP, uno de ellos agravado por ser la víctima una menor, siendo coautores Nicoara (una vez más, según se infieran los hechos no mencionados), Tatiana (a la que además se aplica otra agravante para los ocho delitos por puesta en peligro de la vida o salud de las víctimas), Santiago y Alberto, mientras que Pietro y Zulaika son cómplices de los mismos; estos delitos también son imputables a Na&Ma SL.

-Ocho delitos de detención ilegal del art. 163 CP, agravados por duración superior a quince días, siendo coautores Tatiana, Santiago y Alberto, mientras que Pietro y Zulaika serían cómplices.

-Delito contra la salud del art. 368 CP en modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud (ketamina), cuyos coautores son Pietro y Tatiana.

-Delito por comerciar con sustancias nocivas (popper) del art. 359 CP, siendo coautores Pietro y Tatiana.

-Falta administrativa grave por consumo de sustancias psicotrópicas en local público del art. 25 de la LO 1/1992, cometida por Pietro y algunas de las chicas, no identificadas en el caso.

-Delito continuado contra la Hacienda Pública del art. 305 CP, agravado por utilización de paraíso fiscal para dificultar la determinación de la cuantía defraudada, imputable a Na&Ma SL y Alberto y Santiago como coautores, mientras que Xaime podría ser inductor o cooperador necesario.

-Delito continuado de blanqueo de capitales del art. 301 CP, imputable a Na&Ma SL y Santiago, Alberto y Xaime como coautores.

-Infracción administrativa muy grave por impago de tributos cometida por Na&Ma SL, extendiéndose la responsabilidad a Alberto, Santiago y Xaime.

***Concursos:** Respecto a los delitos aquí enumerados, debe tenerse presente el concurso real entre los delitos de trata de seres humanos y prostitución coactiva y el concurso medial (real según el TS y la FGE) entre los delitos de prostitución coactiva y detención ilegal.

+**Decomiso:** Por otra parte, puede aprovecharse esta conclusión para aclarar que, conforme al art. 127 *bis* CP, se podría acordar el comiso de los bienes efectos y ganancias obtenidos de los delitos de trata de seres humanos, prostitución coactiva, contra la Hacienda Pública, blanqueo de capitales y contra la salud pública del art. 368 CP, lo que atendiendo a la regulación del Título VI del Libro I del Código Penal, supondría que en la práctica se podría decomisar todos los bienes de los autores de dichos delitos cuya procedencia no puedan probar como lícita.

IV.2 – Conclusión del Bloque II:

Respecto a las cuestiones de Derecho Mercantil, procederemos a continuación a unificar las conclusiones a las que se ha llegado tras el análisis realizado en los correspondientes puntos:

IV.2.1 – Dictamen sobre la nulidad de la sociedad: La sociedad Na&Ma SL ha sido válidamente constituida e inscrita y, además, tampoco puede invocarse su nulidad posteriormente con fundamento en el art. 56 LSC por ilicitud del objeto social, dado que se concluye que ello se refiere al objeto que figura inscrito en los estatutos, el cual se supone lícito por haber sido inscrita la sociedad.

IV.2.1 – Dictamen sobre el registro de la marca: El signo "Pequeñas Sumisas Ardientes" podría tener problemas para su inscripción como marca por las prohibiciones absolutas de carácter descriptivo [art. 5.1.c) LM] o, más probablemente, por ser contrario a la Ley, el orden público o las buenas costumbres [art. 5.1.f) LM], puesto que frente a la primera de estas prohibiciones podría entenderse que se trata de un signo sugestivo o evocador no relacionado directamente con cualidades del producto para el que se registra (hospedajes). En cualquier caso, ya se razonó en su momento el carácter altamente subjetivo de la valoración de estas prohibiciones, por lo que dependería de la persona con la que se tope el solicitante.

IV.2.1 – Dictamen sobre competencia desleal: Sería técnicamente posible iniciar acciones legales contra Na&Ma SL con fundamento en el art. 15 LCD, si bien debido a la dificultad de afrontar la carga probatoria en estos casos y la dilación habitual de estos procesos, la solución más recomendable sería presentar una denuncia ante Hacienda para que sea la Administración la que investigue y cese la infracción que genera la ventaja ilícita.

IV.3 – Conclusión del Bloque III:

Por último, procederemos aquí a unificar las respuestas dadas a las diferentes cuestiones de naturaleza procesal, resueltas en el tercer y último Bloque de esta obra:

IV.3.1 – Órganos jurisdiccionales competentes: Para la instrucción será competente el Juzgado de Instrucción de A Coruña que corresponda por turno, como también lo será para el enjuiciamiento la Audiencia Provincial de A Coruña y, respecto de la eventual casación de la sentencia, será competente el Tribunal Supremo.

IV.3.2 – Detención de Romelia en Rumanía: El juez instructor español puede solicitar por medio de la Orden Europea de Detención y Entrega la detención de Romelia en Rumanía para que sea interrogada y juzgada en España, conforme a lo establecido en la Ley 23/2014.

IV.3.3 – Medidas preventivas contra la sociedad: Se pueden tomar las mismas medidas preventivas de naturaleza real que son aplicables a las personas físicas, mientras que respecto de las medidas preventivas de naturaleza personal, deberá atenderse a las que permita la difusa remisión del art. 544 *quater* LECrim al Código Penal.

IV.3.4 – Intervención de las comunicaciones de la sociedad: Con fundamento en el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales de las personas jurídicas, se reconoce a éstas el derecho al secreto de las comunicaciones y, con las mismas precauciones que corresponden a las personas físicas, puede ordenarse por resolución judicial motivada la intervención.

IV.3.5 – Investigación de la cuenta en Gibraltar: Aunque para España (a diferencia de la UE y la OCDE) Gibraltar es un paraíso fiscal por lo dispuesto en el RDL 1080/1991, puede pedirse la información bancaria procedente por medio de una comisión rogatoria dirigida al Reino Unido, con fundamento en el Convenio de asistencia judicial en materia penal de 29 de mayo de 2000 y los tratados que éste complementa, sin perjuicio de que la situación diplomática entre España y Gibraltar implique ciertas complicaciones en la práctica.

IV.3.6 – Representación judicial de la sociedad: El órgano de control de la sociedad designará al representante que menciona el art. 409 *bis* LECrim, cuya única limitación es que no puede ser testigo en la misma causa.

BIBLIOGRAFÍA

Bloque I: ALCALDE LÓPEZ, M. *Tráfico de drogas: consideraciones del nuevo artículo 368.2 del Código Penal; Comentario al Auto del TS, del 22 de junio de 2011*. Aranzadi, 2012; AUDIENCIA NACIONAL. *Memoria 2013*. Ministerio de Justicia (España), 2013; BACIGALUPO, E. *Monografías: Compliance y Derecho Penal; El falseamiento de las cuentas anuales*. Aranzadi, 2011; BACIGALUPO SAGGESE, S. *Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno*. *Diario La Ley*, N° 7541, 2011. Wolters Kluwer; BERNAL MARTÍN, L.F. *Comentario a las STS 312/2007*. Aranzadi, 2007; BLANCO CORDERO, I. *Abogados como sujetos activos del blanqueo de capitales: El letrado como gatekeeper; El cobro de honorarios de origen delictivo (II)*. Aranzadi, 2012; CORCOY BIDASOLO, M. (dir.) et al. *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia, Tomo I*. Tirant lo Blanch, 2011; DE LA PARTE POLANCO, M. *Sobre el delito blanqueo de capitales y su prueba*. STS núm. 230/2014, de 21 marzo 2014. Aranzadi, 2014; DE MIGUEL ARIAS, S. *El nuevo supuesto de responsabilidad tributaria de administradores de personas jurídicas*. *Revista Quincena Fiscal*, N° 12/2013. Aranzadi; FARALDO CABANA, P. *Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales*. *Estudios Penales y Criminológicos*, mayo 2014 Vol XXXIV. Servicio de Publicaciones de Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela; FARALDO CABANA, P. *¿Un delito continuado de defraudación tributaria? Comentario a la SAP de Barcelona (sección 9.ª) de 20 de abril de 2002*. *Revista de derecho penal y criminología 2ª época (12)*, 2003. Universidad Nacional de Educación a Distancia (España), Facultad de Derecho; GARCÍA BAÑUELOS, J.A. *El delito fiscal como actividad delictiva previa del delito de blanqueo de capitales*. Aranzadi, 2015; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Estudios y Comentarios Legislativos; La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Aranzadi, 2012; *Guías prácticas. El proceso penal de las personas jurídicas. La imputación de las personas jurídicas*. Aranzadi, 2014; LAUREL CUADRADO, M. DEL C., VILLEGAS GARCÍA, M. A., MORENO SANTAMARÍA, A., ENCINAR DEL POZO, M. A. & SAAVEDRA RUIZ, J. *Blanqueo de capitales (Crónicas del TS, Sala 2ª, año 2012-2013)*. Aranzadi, 2013; LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. *Facturación irregular: Consecuencias Penales y Administrativas*. Circular septiembre 2010. Disponible en: www.hispajuris.es; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Los actos copenados y el delito del blanqueo de capitales*. Aranzadi, 2014; LUCHENA MOZO, G.M. *Un estudio de las infracciones tipificadas en los artículos 191 y 192 de la LGT*, *Revista española de Derecho Financiero*, N° 130/2006. Civitas; *Manuales Universitarios; Derecho Financiero y Tributario. Las violaciones del ordenamiento jurídico-tributario y sanción (I y II)*. Aranzadi, 2015; MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J.M. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos contra la Hacienda Pública (A propósito de la Ley Orgánica 5/2010, de modificación del Código Penal)*. Aranzadi, 2010; MARTÍNEZ MICÓ, J.G. *El alcance de la responsabilidad tributaria de los administradores de sociedades: su extensión a las sanciones*. *Revista Quincena Fiscal*, N° 22/2009. Aranzadi; MARTOS NUÑEZ, J.A. *El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal*. *Estudios Penales y Criminológicos*. Diciembre 2012, vol. XXXII. Servicio de Publicaciones de Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela; MAYORDOMO RODRIGO, V. *Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas*. *Estudios Penales y Criminológicos*. Octubre 2011, vol. XXXI. Servicio de Publicaciones de Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela; *Monografías; Practicum Fiscal. Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*. Aranzadi, 2015; *Monografías; Practicum Fiscal. Infracciones y sanciones tributarias; El procedimiento sancionador en el ámbito tributario*. Aranzadi, 2015; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant lo Blanch, 2010; MUÑOZ CUESTA, F.J. *El delito de blanqueo de capitales; Alcance después de la reforma del art. 301 por LO 5/2010: autoblanqueo y delito fiscal*. Aranzadi, 2013; MUÑOZ CUESTA, F.J. *Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia*. *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 1/2011. Aranzadi; NAVARRO MASSIP, J. *La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de la exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima*. *Revista Aranzadi Doctrinal* N° 8/2011. Aranzadi; NAVARRO MASSIP, J. *La persona jurídica y su responsabilidad penal*. Aranzadi, 2014; RECLUSO ELAYO, A. *Aproximación a la inquietante regulación del delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP y su incidencia en el ejercicio diario de distintos y numerosos operadores jurídicos*. Aranzadi, 2009; ROBLES MARTÍN-LOMBARDA A. *La limitación estatutaria de la responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad*. *Revista de Derecho Mercantil* N° 248/2003. Universidad Carlos III; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. & PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*. Aranzadi, 2011; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. & PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. *Tratados y Manuales; Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Aranzadi, 2011; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. & PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. *Tratados y Manuales; La receptación y el blanqueo de capitales*. Aranzadi, 2011; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. & PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R. *Manual de Derecho Penal; Parte Especial, Tomo II*. Aranzadi, 2011; VILLEGAS GARCÍA, M.A. *El castigo del autoblanqueo: precisiones judiciales*. Aranzadi, 2014; VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant lo Blanch, 2010; ZABALA RODRÍGUEZ-FORNOS, A. *Grandes Tratados; Comentarios a la Ley General Tributaria (Vol. I), Responsables tributarios subsidiarios*. Aranzadi, 2008;

Bloque II: ALONSO UREBA, A. *La constitución de Sociedades de Capital*. Aranzadi, 2011; AREÁN LALÍN, M. *La aptitud de una denominación para convertirse en marca*. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 5 de 1978. Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Director). *Comentarios a la Ley de Marcas, Tomo I*. Aranzadi, 2008; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Grandes Tratados; Comentario al art. 2 de la LCD. Ámbito Objetivo*. Aranzadi, 2011; *El artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal; ¿Puedo pedir daños y perjuicios a mi competidor que carece de la licencias administrativas necesarias?*. Recuperado el 29 de mayo de 2015 de: <http://www.cehat.com/frontend/cehat/EI-Articulo-15-De-La-Ley-De-Competencia-Desleal---Puedo-Pedir-Danos-Y-Perjuicios-A-Mi-Competidor-Que-vn5722-vst576> (sin fecha); FDEZ DE LA GÁNDARA, L. *Disposiciones Generales de la LSC*. *Revista de Derecho de Sociedades* N° 36/2011. Aranzadi; FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M. *Estudios y Comentarios Legislativos; Tratado de Derecho Industrial. Supuestos de competencia desleal de la Ley 3/1991*. Aranzadi, 2009; GALLEGO SÁNCHEZ, E. *Derecho Mercantil, Parte Primera*. Tirant lo Blanch, 2015; SUÑOL LUCEA, A. *Los elementos estructurales que definen la conducta sometida a la Ley de Competencia Desleal*. Aranzadi, 2012;

Bloque III: AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. *Boletín del Ministerio de Justicia, Estudios. Comisiones rogatorias y obtención de pruebas en el extranjero*. Ministerio de Justicia (España), 2001; ARANGÜENA FANEGO, C. *Responsabilidad penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales*. *Revista de Derecho Empresarial* N° 2 Octubre 2014; CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M. *Representación y defensa procesal de la persona jurídica imputada en el Proceso Penal*. Aranzadi, 2011; FUNGAIRIÑO BRINGAS, E. *Los instrumentos de la cooperación judicial internacional penal; La Extradición, el mandato de arresto europeo y las Comisiones Rogatorias*. Wikipenal, 2006. Disponible en: <https://wikipenal.wikispaces.com/>; GÓMEZ COLOMER, J.L. *El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica en España: Particularidades sobre sus derechos fundamentales y la necesaria reinterpretación de algunos principios procesales, a la vista de esta importante novedad legislativa*. Aranzadi, 2012; GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.). *Prueba y proceso penal; Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el Derecho comparado*. Tirant lo Blanch, 2008; *Guías prácticas. El proceso penal de las personas jurídicas; Medidas cautelares a personas jurídicas*. Aranzadi, 2014; MARCO URGELL, A. (Tesis Doctoral) *La intervención de las comunicaciones telefónicas: "grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia"*. Facultad de Derecho de Bellaterra (UNAB), 2010; MORALES, O.(2011). *La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal*. *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez (en línea), número especial de homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, 2011. Disponible en: <http://www.uria.com/es/publicaciones/listado-revistas/32/numero30.html>; NAVARRO MASSIP, J. *El estatuto procesal de la persona jurídica como responsable penal*. *Revista Aranzadi Doctrinal* N° 4/2015. Aranzadi; PORTAL MANRUBIA, J. *Medidas cautelares contra la persona jurídica según la nueva reforma del Código Penal*. Aranzadi, 2011; PORTAL MANRUBIA, J. *El proceso penal contra la persona jurídica en su ausencia*. Aranzadi, 2012; PUJADAS TORTOSA, V. (Tesis Doctoral) *Para una teoría general de las medidas cautelares penales*. Universitat de Girona, Departament de Dret Públic, 2014; ROSENDE VILLAR, C. *La obtención de la prueba en el ámbito comunitario según el Reglamento (CE) 1206/2001*. Aranzadi, 2001; VELASCO NÚÑEZ, E. *Responsabilidad de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales*. *Diario La Ley*, N° 7883 de 2012. Wolters Kluwer;

NORMATIVA CITADA

Acuerdos del Pleno del TS: Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 26 de febrero de 1999; Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 25 de octubre de 2005; Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 18 de julio de 2006.

Circulares de la Fiscalía General del Estado: Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, de 1 de junio de 2011; Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2011, de 2 de junio de 2011; Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, de 2 de noviembre de 2011.

Tratados internacionales: Convenio para la represión de la trata de personas y de la prostitución ajena, de 2 de diciembre de 1949; Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959; Convenio sobre sustancias psicotrópicas de Viena, de 21 de febrero de 1971; Protocolo adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial, de 17 de marzo de 1978; Convenio de 19 de junio de 1990, de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985;

Normativa comunitaria: Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000; Decisión 2000/642/JAI, sobre la Obligación de comunicación de las transacciones financieras sospechosas a cargo de las entidades de crédito; Decisión del Consejo de la Unión Europea de 21 de mayo de 2004, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción; Directiva 2005/60/CE, de Prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; Tratado de Lisboa de 2007, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea; Decisión Marco 2008/841 del Consejo de Europa, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada; Resolución de 20 de noviembre de 2008 del Parlamento Europeo

Leyes y reglamentos: Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; Real Decreto 2829/1977, de 6 octubre, por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos; Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991; Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de medidas fiscales urgentes; Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana; Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido; Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando; Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil; Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social; Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas; Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; RDL 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades; Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario; Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995; RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; Orden SAS/2712/2010, de 13 de octubre; Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995; Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal; Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea

ANEXOS

Anexo I – Informe solicitado al Plan nacional sobre drogas

*Anexo II – Informe solicitado al Instituto Nacional de
Toxicología y Ciencias Forenses*

Anexo III – Localizador de marcas online

Anexo IV – Formulario online para denuncia tributaria

Anexo V – Modelo de Orden de Detención Europea

Anexo VI – Modelo de Comisión Rogatoria

ANEXO I

Informe solicitado al Plan nacional sobre drogas

E-mail recibido del Centro de Información y Documentación del Plan nacional sobre drogas, en el que se expone la condición jurídica de la ketamina y el nitrito de amilo (popper).



CONTESTACIÓN A: Información sobre sustancias Popper e hidrocloreuro de ketamina

1 mensaje

cendocupnd@msssi.es <cendocupnd@msssi.es>

26 de marzo de 2015, 12:59

Para: [REDACTED]

Buenos días, [REDACTED],

Te enviamos la contestación que hemos recibido del Gabinete Jurídico de esta Delegación del Gobierno sobre la consulta que nos realizaste el pasado 23 de marzo sobre las sustancias **“Popper”** e **“hidrocloreuro de ketamina”**:

De acuerdo con su solicitud, pasamos a informarle sobre el estatus legal que las dos sustancias de referencia tienen en nuestro país:

1.-ESTATUS LEGAL DE LA KETAMINA

La ketamina está sometida a control y fiscalización de acuerdo con la Orden SAS/2712/2010, de 13 de octubre, por la que se incluye dicha sustancia en el Anexo I del R.D. 2829, de 6 de octubre, por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos.

Por tanto, tal sustancia estaría sometida a la referida normativa administrativa, y su elaboración, tráfico, promoción, etc... ilícitos podrían ser constitutivos del delito contra la salud pública –en su modalidad de tráfico ilegal de sustancias psicotrópicas- tipificado en el artículo 368 del C.P., pudiendo su consumo o posesión en lugares públicos ser constitutivos de una infracción administrativa grave en materia de seguridad ciudadana (art. 25.1 de la L.O. 1/1992, de 21 de febrero).

2.- ESTATUS LEGAL DEL POPPER”

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 que, para los mismos, establece la Ley 29/2006 de Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios (en el artículo 8.a y 8.c) y demás normativa legal sobre la materia.

Actualmente, ningún producto que cuente con nitritos de alquilo 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 eficacia, tal y como establece el artículo 9 de la citada Ley 29/2006, de 26 de julio; por lo que su presencia en el mercado como medicamento se reputa clandestina, según lo dispuesto en el artículo 95.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

En el ámbito legal penal, los POPPERS son o tienen la consideración de sustancias nocivas para la salud, por lo que su elaboración o comercio sin las preceptivas autorizaciones sanitarias al respecto, conformarían un ilícito penal contra la salud pública, en el tipo genérico del artículo 359 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)

Desde el punto de vista fiscal, y aunque por su condición de drogas de abuso desde el punto de vista toxicológico, están sometidos a seguimiento y valoración del riesgo por la Unión Europea y son motivo de preocupación para Naciones Unidas, no tienen en cambio, por el momento, la consideración de drogas (Estupefacientes o Sicótopos).

Por tanto, su elaboración o comercio sin las preceptivas autorizaciones sanitarias al respecto, conformarían un ilícito penal contra la salud pública, en el tipo genérico del artículo 359 del Código Penal, pudiendo su consumo o posesión en lugares públicos ser constitutivos de una infracción administrativa grave en materia de seguridad ciudadana (art. 25.1 de la L.O. 1/1992, de 21 de febrero).

Un saludo.

Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas

Centro de Documentación e Información

Plaza de España, 17 - planta baja -

28008 MADRID

Correo electrónico: cendocupnd@msssi.es

Página Web: www.pnsd.msssi.gob.es



ANEXO II
**Informe solicitado al Instituto Nacional de
Toxicología y Ciencias Forenses**

Carta recibida del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, en la que se explica en términos médicos los daños que puede causar el consumo de abuso de nitrito de amilo, y por tanto su nocividad.



MINISTERIO DE JUSTICIA

INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGIA Y CIENCIAS FORENSES DEPARTAMENTO DE MADRID REGISTRO	
FECHA: 28 MAY 2015	
ENTRADA	SALIDA
—	8028

INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGIA Y CIENCIAS FORENSES



DEPARTAMENTO DE MADRID

S/REF.
 N/REF. M15-04540
 FECHA 21/05/2015
 ASUNTO DICTAMEN



DICTAMEN Nº M15-04540

En contestación a su escrito de fecha de entrada en este Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses el día 24 de abril de 2015, este Servicio de Información Toxicológica (S.I.T.), puede informarle lo siguiente:

INFORME DEL SERVICIO DE INFORMACIÓN TOXICOLÓGICA

NITRITO DE AMILO

USOS: Los nitritos volátiles como el nitro de amilo, se utilizan por vía inhalatoria con el propósito de cometer abusos –normalmente de carácter sexual- sobre las personas. Los nitritos incrementan el rendimiento sexual mejorando y prolongando el orgasmo como relajante del músculo liso y los músculos esfinterianos. También se afirma que producen aumento de la sensación de bienestar y ausencia de la realidad.

TOXICOLOGÍA: La toxicidad por nitritos puede producir metahemoglobinemia, y por tanto, hipoxia tisular. En este contexto pueden aparecer síntomas tóxicos graves e incluso la muerte.

Los síntomas leves de la intoxicación incluyen: lagrimeo, irritación ocular, irritación orofaríngea, vasodilatación, dolor de cabeza, enrojecimiento facial, visión borrosa, palpitaciones, hipotensión postural y síncope.

Los síntomas de intoxicación grave, incluyen: (Nos referimos a la inhalación de 5 a 10 gotas). Sensación de asfixia y debilidad muscular. Hipotensión con vasoconstricción y taquicardia sinusalrefleja pueden ser los siguientes síntomas, y a continuación, como ya se ha mencionado, aparece una grave metahemoglobinemia, en la que una ingesta de 10 ml, puede producir la muerte en adultos.

CORREO ELECTRÓNICO:
 sit@mju.es

Página 1 de 2

C/ Jose Echegaray, 4
 28232 Las Rozas de Madrid (MADRID)
 TLF: + (34) 91 768 98 00
 FAX: + (34) 91 564 86 54



MINISTERIO
DE JUSTICIA

INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGÍA
Y CIENCIAS FORENSES



DEPARTAMENTO DE MADRID

N/REF.M15-04540

FECHA 21/05/2015

Se ha descrito tolerancia por acostumbramiento a los nitritos.

Esto es cuanto puede informar este Instituto, conforme a lo solicitado.

Las Rozas de Madrid, a 21 de mayo de 2015

EL FACULTATIVO DEL SIT

N.I.P. 28723

EL JEFE DEL SIT

Dr. José Luis Conejo Menor

Vº.Bº.

LA DIRECTORA DEL DEPARTAMENTO DE MADRID

Gloria Vallejo De Torres



- Este Dictamen no deberá reproducirse parcialmente sin la aprobación por escrito del Departamento de Madrid del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.
- Real Decreto 862/1998, de 8 de mayo, Reglamento del Instituto de Toxicología, Art. 14 "Los informes serán ampliados o aclarados a petición de los organismos que hubieran dispuesto o solicitado su realización"

CORREO ELECTRÓNICO:
sit@mju.es

Página 2 de 2

C/ José Echegaray, 4
28232 Las Rozas de Madrid
(MADRID)
TLF: + (34) 91 768 98 00
FAX: + (34) 91 564 86 54

ANEXO III

Localizador de marcas online

Captura de pantalla de la herramienta web que la Oficina Española de Patentes y Marcas pone a disposición de cualquier usuario para comprobar si un determinado signo ya está registrado como marca en el ámbito nacional o internacional, así como la correspondiente explicación.



LOCALIZADOR DE MARCAS BÚSQUEDA POR DENOMINACIÓN

v2.8

LOCALIZADOR DE MARCAS NACIONALES

Salir

Volver al menú

Denominación: Contenga Modalidad: Todas

Localizar

Borrar

LOCALIZADOR DE MARCAS INTERNACIONALES CON EFECTO EN ESPAÑA

Denominación: Contenga

Localizar

Borrar

LOCALIZADOR DE MARCAS COMUNITARIAS (CON EFECTO EN ESPAÑA)

Servicio de consulta de Marcas - O.A.M.I.

- ¿CÓMO SE UTILIZA ESTE SISTEMA DE BÚSQUEDA?

La localización de marcas nacionales, nombres comerciales, rótulos de establecimiento o marcas internaciones que designen España se realizan introduciendo los caracteres objeto de búsqueda en la denominación.

Opción de Denominación

- "Contenga"** Este sistema localiza solicitudes o registros en vigor y denegaciones pendientes de recursos que contengan, en cualquier posición de la denominación, la secuencia de caracteres tecleada. Ej. si se busca "COLA", localizará COCA COLA, CASERA COLA, COLA, COLACAO, PISCOLABIS, CHOCOLATE DE LA TRAPA, LA VINICOLA IBERICA, S.A.
- "Consista en"** Este sistema localiza solicitudes o registros en vigor y denegaciones pendientes de recursos cuya denominación consista exactamente en la tecleada. Ej. Si se busca "COCA" localizará COCA, pero no localizaría COCA COLA, RADIO COCA o COPIAS COCA.
- "Comience por"** Este sistema localiza solicitudes o registros en vigor y denegaciones pendientes de recursos cuya denominación comience por los caracteres tecleados. Ej. Si se escribe "COLA" localizará COLATERAL, COLAMINA, COLARGUR, COLA-CAO EL ALIMENTO DE LA JUVENTUD, COLAS Y GINEBRASILIA.

Opción Modalidad

Por defecto busca en todas las modalidades existentes en el localizador de que se trate.

Si se selecciona una, restringe la localización entre las solicitudes o registros de la modalidad seleccionada.

- ¿PARA QUÉ SIRVE LA INFORMACIÓN OBTENIDA?

El servicio que se le ofrece está concebido para que pueda localizar en la base de datos de este Organismo cualquier solicitud o registro cuyo distintivo contenga una denominación o determinada secuencia de caracteres. Le servirá, por tanto, para identificar solicitudes o registros propios o pertenecientes a otros titulares y podrá informarle sobre la existencia o constancia registral de los mismos.

Si desea utilizar este localizador para obtener información previa a la solicitud de una marca o nombre comercial, debe tener en cuenta que en el procedimiento de concesión de registro pueden oponerse a su solicitud los solicitantes o titulares de registros anteriores idénticos o semejantes para distinguir productos idénticos o similares, por lo que debe considerar lo siguiente:

- Debe efectuar la búsqueda en los tres localizadores que le ofrece este servicio de consulta (marcas nacionales, internacionales y comunitarias) ya que cada uno de ellos contiene solicitudes o registros con efectos en España.
- Si en el resultado de la búsqueda efectuada aparece un signo idéntico anteriormente solicitado o registrado para la misma clase de productos o servicios al que usted pretende solicitar, es previsible que, si su titular se opone en el procedimiento, origine la denegación de su solicitud. Los productos o servicios que pueden incluirse en cada clase figuran en la [Clasificación de Niza](#).
- Para determinar si existen solicitudes o derechos anteriores que por su semejanza fonética pudieran impedir su acceso al Registro, esta aplicación informática no es la adecuada, ya que no está diseñada para efectuar búsquedas por semejanza fonética. Para esta concreta finalidad la Oficina Española de Patentes y Marcas pone a su disposición el Sistema de Búsqueda de Anterioridades de Signos Distintivos Denominativos. La utilización de este servicio devenga el pago de una tasa. Si desease efectuar una búsqueda de estas características puede dirigirse personalmente al Servicio de Información de este Organismo (situado en su sede, Paseo de la Castellana, 75 28046 Madrid) o llamar al teléfono de Información Administrativa 902 157 530.
- Por otra parte, no debe olvidarse que toda solicitud de marca (o nombre comercial) se somete de oficio por la OEPM a un examen de prohibiciones absolutas (art. 5.1 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas), que deben tomarse en consideración, sin perjuicio de las identidades o parecidos que hubieran sido detectadas.

Asimismo, debe tener en cuenta que el distintivo de una marca o un nombre comercial, una vez solicitado, no puede modificarse sustancialmente (art. 23.3 L. M.). Si la solicitud fuera definitivamente denegada el importe de las tasas pagadas por la solicitud no puede reintegrarse por disposición de la Ley y esta cantidad es comparativamente mucho más significativa que el coste del informe previo.

Para obtener información con respecto de la situación y datos registrales de las marcas comunitarias deberá consultar la página web de la [Oficina de Armonización del Mercado Interior](#)

[Inicio de página](#)

ANEXO IV

Formulario online para denuncia tributaria

Captura de pantalla del formulario online que la Agencia Tributaria ofrece a los ciudadanos para realizar una denuncia pública, mientras que para acceder al formulario de la denuncia anónima es necesario tener certificado electrónico del DNI o clave de usuario especial.



Denuncia Pública Tributaria Departamento de Inspección Financiera y Tributaria

Datos del denunciado

* NIF / DNI ? <input type="text"/>	* Primer apellido/Razón Social <input type="text"/>	* Segundo apellido <input type="text"/>	* Nombre <input type="text"/>
Vía Pública <input type="text"/>	Número <input type="text"/>	Escalera <input type="text"/>	Piso <input type="text"/>
Municipio <input type="text"/>	Provincia <input type="text"/>		Puerta <input type="text"/>
			Código Postal <input type="text"/>

Impuesto/s motivo de denuncia

* Impuesto/s motivo de denuncia

Número registro entrada

(Rellenar sólo en caso de ampliación de la denuncia)

Datos del denunciante

* NIF / DNI ? <input type="text"/>	Primer apellido/Razón Social <input type="text"/>	Segundo apellido <input type="text"/>	Nombre <input type="text"/>
---------------------------------------	--	--	--------------------------------

[Añadir documento/imagen](#)

[Firmar y Enviar](#)

ANEXO V

Modelo de Orden de Detención Europea

Formulario que el juez solicitante debe rellenar para solicitar la detención y puesta a disposición judicial de una persona en territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea.

ANEXO

ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA ⁽¹⁾

La presente orden ha sido dictada por una autoridad judicial competente. Solicito la detención y entrega a las autoridades judiciales de la persona mencionada a continuación, a efectos de enjuiciamiento penal o de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad.

⁽¹⁾ La presente orden deberá redactarse o traducirse en una de las lenguas oficiales del Estado miembro de ejecución, si se conoce dicho Estado, o en cualquier otra lengua aceptada por éste.

a) Información relativa a la identidad de la persona buscada:

Apellido(s):

Nombre(s):

Apellido(s) de soltera (en su caso):

Alias (en su caso):

Sexo:

Nacionalidad:

Fecha de nacimiento:

Lugar de nacimiento:

Residencia y/o domicilio conocido:

En caso de conocerse: idioma(s) que entiende la persona buscada:

.....

Rasgos físicos particulares/descripción de la persona buscada:

.....

Fotografía e impresiones dactilares de la persona buscada, si están disponibles y pueden transmitirse, o señas de la persona a la que dirigirse a fin de obtenerlas o de obtener una caracterización del ADN (si no se ha incluido tal información y se dispone de ella para su transmisión)

b) Decisión sobre la que se basa la orden de detención

1. Orden de detención o resolución judicial ejecutiva de igual fuerza:

Tipo:

2. Sentencia ejecutiva:

.....

Referencia:

c) Indicaciones sobre la duración de la pena:

- 1. Duración máxima de la pena o medida de seguridad privativas de libertad que puede dictarse por la infracción o las infracciones:

.....

- 2. Duración de la pena o medida de seguridad privativas de libertad impuesta:

.....

Pena que resta por cumplir:

.....

d) Resolución dictada en rebeldía:

- La persona de que se trata fue citada personalmente o informada por otros medios de la fecha y lugar de la vista en que se dictó la resolución en rebeldía

o

- La persona de que se trata no fue citada personalmente ni informada por otros medios de la fecha y lugar de la vista en que se dictó la resolución en rebeldía, pero dispone de las siguientes garantías jurídicas tras la entrega a las autoridades judiciales (si tales garantías pueden presentarse anticipadamente):

Precisar las garantías jurídicas:

.....

e) Infracción(es):

La presente orden se refiere a un total de: infracción/infracciones.

Descripción de las circunstancias en que se cometió/cometieron la infracción o infracciones, incluido el momento (fecha y hora), lugar y grado de participación en la(s) misma(s) de la persona buscada:

.....
.....
.....

Naturaleza y tipificación legal de la infracción o infracciones y disposición legal o código aplicable:

.....
.....
.....
.....
.....

I. Márquense las casillas correspondientes si se trata de una o varias de las infracciones siguientes castigadas en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, según están definidas en el Derecho del Estado miembro emisor:

- pertenencia a una organización delictiva,
- terrorismo,
- trata de seres humanos,
- explotación sexual de los niños y pornografía infantil,
- tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas,
- tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos,
- corrupción,
- fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas,
- blanqueo de los productos del delito,
- falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro,
- delitos de alta tecnología, en particular delito informático,
- delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas,
- ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal,
- homicidio voluntario, agresión con lesiones graves,
- tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos,
- secuestro, detención ilegal y toma de rehenes,
- racismo y xenofobia,
- robos organizados o a mano armada,
- tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte,
- estafa,
- chantaje y extorsión de fondos,
- violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías,
- falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos,
- falsificación de medios de pago,
- tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento,
- tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares,
- tráfico de vehículos robados,
- violación,
- incendio voluntario,
- delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional,
- secuestro de aeronaves y buques,
- sabotaje.

II. Descripción detallada de la infracción o infracciones distinta(s) de las enumeradas en el punto I:

.....
.....

f) Otras circunstancias relacionadas con el caso (información facultativa):

(N.B.: Pueden incluirse observaciones sobre extraterritorialidad, suspensión de plazos de prescripción de limitación temporal y otras consecuencias de la infracción)

.....

g) La presente Orden se refiere igualmente a la intervención y entrega de los objetos que puedan servir de prueba.

La presente Orden se refiere igualmente a la intervención y entrega de objetos en poder de la persona buscada de resultados de la infracción:

Descripción y localización de los objetos (en caso de conocerse):

.....

h) La infracción o infracciones por la(s) que se ha emitido la presente orden es/son punible(s)/ha(n) dado lugar a una pena o medida de seguridad privativas de libertad de carácter perpetuo:

— El ordenamiento jurídico del Estado miembro emisor dispone revisar la pena impuesta, previa petición o cuando hayan transcurrido al menos 20 años, a efectos de no ejecución de la pena o medida.

— El ordenamiento jurídico del Estado miembro emisor dispone aplicar las medidas de clemencia a que tiene derecho la persona en cuestión, con arreglo al Derecho o práctica del Estado miembro emisor, a efectos de no ejecución de la pena o medida.

i) Autoridad judicial emisora de la presente Orden:

Denominación oficial:

.....

Nombre de su representante ⁽¹⁾:

.....

Función (cargo/grado):

.....

Referencia del expediente:

Dirección:

.....

Nº de tel.: (prefijo de país) (prefijo de ciudad) (...)

Nº de fax: (prefijo de país) (prefijo de ciudad) (...)

Correo electrónico:

Señas de la persona de contacto para los aspectos prácticos de la entrega:

.....

⁽¹⁾ Se incluirá, en las diferentes versiones lingüísticas, una referencia al «titular» de la autoridad judicial.

En caso de designarse una autoridad central para la transmisión y recepción administrativas de las órdenes de detención europeas:

Nombre de la autoridad central:

.....

Persona de contacto, en su caso (cargo/grado y nombre):

.....

Dirección:

.....

Nº de tel.: (prefijo de país) (prefijo de ciudad) (...)

Nº de fax: (prefijo de país) (prefijo de ciudad) (...)

Correo electrónico:

Firma de la autoridad judicial emisora, de su representante o de ambos:

.....

Nombre:

Función (cargo/grado):

Fecha:

Sello oficial (si lo hay)

ANEXO VI

Modelo de Comisión Rogatoria

Formulario ofrecido por el gobierno británico para ser completado por el juez español que necesite que se practique una prueba en territorio del Reino Unido o dependiente de él, como es el caso de Gibraltar.

Cooperación Internacional

Guía para obtener pruebas en el Reino Unido

Modelo de Comisión rogatoria(Traducción)

A la Autoridad Legal Competente del Reino Unido

5th Floor, Fry Building
Home Office
2, Marsham Street
London SW1P 4DF
Fax: 00 44 (0) 207-035-6985/ 00 44 (0) 870-336-9016

*[insertar número de referencia del caso/
detalles de contacto correspondientes]*

Estimado Señor

[CONFIDENCIAL / URGENTE] COMISIÓN ROGATORIA: [NOMBRES DE LA OPERACIÓN O SOSPECHOSO(S)]

Estoy autorizado a realizar esta solicitud en conformidad con [- *insertar la legislación nacional pertinente que le autoriza a realizar esta solicitud*]

Tengo el honor de solicitar su ayuda en relación a [investigación criminal llevada a cabo por [insertar detalles] en / un proceso penal llevado a cabo por [insertar detalles] por delito(s) de [breve descripción de el/los delito(s)].

Agradecería que esta solicitud se enviara al Director de la Oficina de Delitos Monetarios para su ejecución.

Base de la solicitud

Realizo esta solicitud en conformidad con:

[*Cite la base legal – por ejemplo: la Convención europea sobre Ayuda Mutua en Asuntos Penales del 2002*]

Objetivo de la solicitud

Esta solicitud está relacionada con [proceso judicial que se ha iniciado contra] / [investigación en curso que supone] / [congelamiento de los activos que son

supuestamente las ganancias de la conducta delictiva y los procedimientos relacionados para la confiscación de dichos activos contra] el siguiente:

SUJETO	FECHA DE NACIMIENTO	LUGAR DE NACIMIENTO	NACIONALIDAD DE	NÚMERO PASAPORTE	DIRECCIÓN
--------	---------------------	---------------------	-----------------	------------------	-----------

por los siguientes delitos:

[Usar los terminología apropiada en respecto a la acusación o acusación propuesta, haciendo referencia a las disposiciones legales. Establecer la pena máxima. Adjuntar como anexo extractos de la legislación nacional pertinente.]

[Proporcionar los detalles de la fase de la investigación o procedimiento y, según corresponda, el tribunal, la fecha de la próxima vista y cualquier fecha por la que se requiera la ayuda solicitada – si la solicitud es urgente, explique las razones.]

[Exponga muy brevemente y en términos generales la ayuda solicitada – por ejemplo: “Ésta es una solicitud urgente de pruebas bancarias”]

Resumen de los hechos

[Proporcione un resumen claro, conciso y considerado del caso. La información que aquí se facilita constituye el fundamento de la solicitud; será tomada en consideración, con profundidad, por un juez u otra autoridad judicial. Si la información aquí facilitada no proporciona una conexión legítima y clara entre los delitos que están siendo investigados y la ayuda solicitada, o si resulta ser insuficiente para que el estado requerido cumpla con la solicitud, la ayuda podría retrasarse o ser denegada.]

Si la solicitud requiere el uso de poderes coercitivos como, por ejemplo, la ejecución de una orden de registro, este resumen deberá contener información suficiente para permitir a la autoridad judicial justificar el uso de dicho poder, por ejemplo, (a) las razones para creer que existen propiedades materiales de valor para la investigación, (b) las razones para creer que si entregamos una notificación al ocupante, ésta no será cumplida o bien la investigación peligrara si así lo hiciéramos, (c) cualquier otro hecho material como aquellas cosas que usted cree que el ocupante podría decir respecto a por qué no se necesita o no se justifica una búsqueda].

Por favor, seleccione y adjunte también detalladamente cualquier documento que pueda ser necesario o pueda ayudar a la ejecución de la solicitud.]

Ayuda solicitada

[Especifique la ayuda solicitada dando breves detalles que puedan ser relevantes para dicha ayuda, así como la justificación de la solicitud, especialmente cuando la ejecución de la solicitud requiera el uso de poderes coercitivos. Cuando la ayuda solicitada incluya

la toma de testimonios o declaraciones o la realización de entrevistas, considere el adjuntar como anexo una lista de las preguntas que desea realizar]

- 1.
- 2.
3. Si se realizan otras solicitudes, las personas entrevistadas y las pruebas obtenidas serán necesarias para favorecer nuestra investigación o el objetivo de investigación de esta Carta de Solicitud.

También pido que se busque cualquier orden judicial necesaria o cualquier otra orden que se pueda necesitar para posibilitar la provisión de la ayuda solicitada arriba.

A menos que lo indique de otra manera, cualquier prueba obtenida de conformidad con esta solicitud podrá ser utilizada en cualquier procedimiento penal o en cualquier otro procedimiento judicial relacionado con esta investigación, incluyendo cualquier procedimiento de congelación o confiscación, bien esté relacionado con el/los sujeto(s) nombrado(s) anteriormente o con cualquier otra persona que pueda convertirse en sujeto de esta investigación.

[Si desea las pruebas en un formato determinado, por favor, especifique la manera en la que se tomarán y grabarán. *[Considere el incluir más detalles en el anexo]*]

[Confidencialidad *[Incluir sólo si es necesario]*]

A fin de no perjudicar la investigación, pido que ninguna persona (incluyendo [cualquiera] del / los sujeto(s) mencionado(s) con anterioridad) sea notificada por las autoridades competentes en el país de existencia de esta Carta de Solicitud y que no se tome ninguna medida como respuesta a la misma. También solicito que se tomen las medidas necesarias para garantizar que ninguna persona a la que se le hayan tomado declaraciones lo notifique a cualquier otra persona.

La/s razón/razones para solicitar la confidencialidad [es / son] que se teme que, si el/los sujeto[s] mencionado(s) arriba o una persona asociada se diera cuenta de la existencia del contenido de esta Carta de Solicitud o si se tomaran medidas como respuesta a la misma, [las pruebas se podrían ver afectadas/ los activos propensos a ser congelados o confiscados podrían desaparecer] y, por consiguiente, la [investigación / interposición de una acción judicial] se podría ver perjudicada.

Si no se puede mantener la confidencialidad, por favor, hágamelo saber antes de ejecutar esta Carta de Solicitud.]

Reciprocidad

Confirmando que la ayuda solicitada arriba podrá ser obtenida de acuerdo con la legislación [nacional] actual si en un caso parecido se realizara una solicitud de dicha ayuda a nuestras autoridades competentes.

Contactos

[Inserte los detalles de contacto según corresponda.]

Amplío mi agradecimiento esperando su valorada cooperación y ayuda en este asunto.

Le saluda atentamente,

[Volver a la "Guía para obtener pruebas en el Reino Unido"](#)