



**UNIVERSIDADE DA CORUÑA**

**TRÁFICO DE DROGAS, BLANQUEO DE  
CAPITALES, DERECHO AL HONOR Y A LA  
PROPIA IMAGEN Y CUESTIONES  
LABORALES Y FISCALES**

**PROGRAMA DE SIMULTANEIDAD DEL GRADO EN DERECHO Y GRADO  
EN ADE**

**CURSO 2020/2021**

**AUTORA:** Andrea Teira Fachado

**TUTORA:** Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Eva María Souto García

# ÍNDICE

<b>LISTADO DE ABREVIATURAS</b> .....	<b>4</b>
<b>ANTECEDENTES DE HECHO</b> .....	<b>5</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>6</b>
<b>I. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS COMETIDOS, CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM”</b> .....	<b>7</b>
I.1 <b>DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS</b> .....	<b>7</b>
I.1.a)    Concepto .....	7
I.1.b)    Objeto material del delito.....	7
I.1.c)    Vertiente subjetiva del tipo .....	8
I.1.d)    Art. 369 bis.....	8
I.1.e)    Cuestiones concursales.....	9
I.2 <b>DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALES</b> .....	<b>10</b>
I.2.a)    Concepto .....	10
I.2.b)    Elemento objetivo .....	10
I.2.c)    Elemento subjetivo.....	11
I.2.d)    Jurisprudencia .....	11
I.3 <b>DELITO DE TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS</b> .....	<b>12</b>
I.3.a)    Concepto .....	12
I.3.b)    Elemento objetivo .....	12
I.3.c)    Elemento subjetivo.....	13
I.3.d)    Jurisprudencia .....	13
I.4 <b>DELITO DE AMENAZAS</b> .....	<b>13</b>
I.4.a)    Concepto .....	13
I.4.b)    Elemento objetivo .....	13
I.4.c)    Elemento subjetivo.....	14
I.4.d)    Jurisprudencia .....	14
I.5 <b>DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y DELITO CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL</b> .....	<b>14</b>
I.5.a)    Concepto .....	14
I.5.b)    Elemento objetivo .....	14
I.5.c)    Elemento subjetivo.....	15
I.5.d)    Jurisprudencia .....	15
I.6 <b>DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES</b> .....	<b>15</b>
I.7 <b>DECOMISO</b> .....	<b>16</b>
I.8 <b>CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL</b> .....	<b>17</b>
I.7.a)    Atenuante de confesión.....	17
I.7.b)    Atenuante de grave adicción a determinadas sustancias.....	17
I.7.c)    Atenuante de reparación del daño.....	17
I.9 <b>CONCURSO DE DELITOS</b> .....	<b>18</b>
I.10 <b>PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM”</b> .....	<b>18</b>
I.11 <b>CALIFICACIÓN PENAL DE LOS ACTOS DEL CASO PRÁCTICO</b> .....	<b>19</b>
1.11.a)   Delito de tráfico de drogas.....	19
1.11.b)   Delito de blanqueo de capitales.....	21
1.11.c)   Decomiso .....	22
1.11.d)   Delito de amenazas.....	22
1.11.e)   Delito de tenencia ilícita de armas.....	23
1.11.f)   Delito contra la Hacienda Pública y Delito contra la SS .....	23
1.11.g)   Delito contra los derechos de los trabajadores .....	23
1.11.h)   Posibles alternativas .....	23
1.11.i)   Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal .....	24
1.11.j)   Principio “non bis in idem”.....	25
<b>II. PROCEDENCIA EN LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES, REGISTROS Y SOBRE QUÉ MUEBLES E INMUEBLES SE DEBEN PRACTICAR EN LA PRESENTE INVESTIGACIÓN. PRECEPTOS CONSTITUCIONALES AFECTOS</b> .....	<b>25</b>
II.1    ¿ES PROCEDENTE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES REALIZADAS ENTRE LOS INVESTIGADOS? ¿QUÉ PRECEPTOS CONSTITUCIONALES ESTARÍAN AFECTOS? .....	25
II.2    ¿QUÉ TIPO DE REGISTROS Y SOBRE QUÉ MUEBLES E INMUEBLES SE DEBEN PRACTICAR EN LA PRESENTE INVESTIGACIÓN? ¿QUÉ PRECEPTOS CONSTITUCIONALES ESTARÍAN AFECTOS? .....	26
II.2.a)   Entrada en registro de lugar cerrado .....	26

II.2.b)	Libros y papeles .....	27
II.2.c)	Equipos informáticos .....	27
II.2.d)	Almacenamiento masivo de información.....	27
II.3	APLICACIÓN AL CASO PRÁCTICO .....	28
<b>III.</b>	<b>IMPAGO DE IMPUESTOS.....</b>	<b>30</b>
III.1	¿QUÉ SANCIONES CONLLEVARÍA POR PARTE DE LA HACIENDA PÚBLICA? .....	30
III.2	¿QUÉ ACTUACIONES DEBERÍA REALIZAR LA AGENCIA TRIBUTARIA? .....	31
III.3	IMPUESTO VALOR AÑADIDO .....	31
III.4	IMPUESTO DE SOCIEDADES .....	32
III.5	MÉTODO.....	32
III.6	APLICACIÓN AL CASO PRÁCTICO .....	32
<b>IV.</b>	<b>DERECHO AL HONOR E IMAGEN.....</b>	<b>33</b>
IV.1	¿PODRÍAN EJERCER ALGUNA ACCIÓN LEGAL PIDIENDO QUE SE RETRACTE EL PERIÓDICO? .....	33
IV.1.a)	Derecho al honor .....	33
IV.1.b)	Derecho a la propia imagen.....	34
IV.1.c)	Derecho a la intimidad .....	35
IV.2	¿PODRÍAN RECLAMAR INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS? .....	35
IV.3	APLICACIÓN AL CASO PRÁCTICO .....	36
<b>V.</b>	<b>RELACIÓN “MORE UXORIO” .....</b>	<b>37</b>
V.1	¿PUEDE SOLICITAR A SU EX PAREJA UNA PENSIÓN COMPENSATORIA?.....	37
V.2	¿PUEDE SOLICITAR ALGUNA INDEMNIZACIÓN POR EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO QUE SUFRE A CONSECUCENCIA DE ESTA DECISIÓN?.....	38
V.3	APLICACIÓN AL CASO PRÁCTICO .....	39
<b>VI.</b>	<b>SEGURIDAD SOCIAL.....</b>	<b>39</b>
VI.1	¿PUEDE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EFECTUAR REQUERIMIENTOS DE PAGO POR DEUDAS A LA SS, ASÍ COMO INICIAR EXPEDIENTE LIQUIDATORIO POR DÉBITO A LA SS Y CONCEPTOS DE RECAUDACIÓN CONJUNTA O BONIFICACIONES INDEBIDAS MEDIANTE LA PRÁCTICA DE ACTAS DE LIQUIDACIÓN EN EL CASO DE LA NACIONAL ESPAÑOLA?.....	39
VI.2	¿PUEDE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EFECTUAR REQUERIMIENTOS DE PAGO POR DEUDAS A LA SS, ASÍ COMO INICIAR EXPEDIENTE LIQUIDATORIO POR DÉBITO A LA SS Y CONCEPTOS DE RECAUDACIÓN CONJUNTA O BONIFICACIONES INDEBIDAS MEDIANTE LA PRÁCTICA DE ACTAS DE LIQUIDACIÓN EN EL CASO DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES? .....	41
VI.3	APLICACIÓN AL CASO PRÁCTICO .....	43
<b>VII.</b>	<b>INMIGRANTES IRREGULARES .....</b>	<b>44</b>
VII.1	¿PODRÍA INICIARSE UN EXPEDIENTE DE EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL? .....	44
VII.2	¿PODRÍAN REGULARIZAR SU SITUACIÓN?.....	45
VII.3	¿SERÍA POSIBLE SOLICITAR EL ALTA EN LA SS? .....	45
VII.4	APLICACIÓN AL CASO PRÁCTICO .....	46
<b>VIII.</b>	<b>CONCLUSIONES FINALES.....</b>	<b>48</b>
<b>IX.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>50</b>
<b>X.</b>	<b>WEBGRAFÍA.....</b>	<b>52</b>
<b>XI.</b>	<b>ANEXOS.....</b>	<b>53</b>

## LISTADO DE ABREVIATURAS

AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria.
Art./arts.	Artículo/s.
AP	Audiencia Provincial.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
CE	Constitución Española.
D./D. <sup>a</sup>	Don/Doña.
CP	Código Penal.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
FGE	Fiscalía General del Estado.
FOGASA	Fondo Garantía Salarial.
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
INT	Instituto Nacional Toxicología.
IS	Impuesto de Sociedades.
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido.
LECRIM	Ley Enjuiciamiento Criminal.
LGT	Ley General Tributaria.
LGSS	Ley General de Seguridad Social.
LIS	Ley Impuesto de Sociedades.
LO	Ley Orgánica.
LOEX	Ley Orgánica Extranjería.
LOPDH	Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
LOPJ	Ley Orgánica Poder Judicial.
Núm.	Número.
p./ Pp.	Página/s.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
RAE	Real Academia Española.
RD	Real Decreto.
REX	Reglamento Extranjería.
RGSS	Reglamento General de Recaudación de la SS.
RJ	Repertorio de Jurisprudencia.
s./ss.	Siguiente/s.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SEPE	Servicio Público de Empleo Estatal.
SII	Suministro Inmediato de Información.
Sr./ Sres.	Señor/es.
Sra.	Señora.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social.
TS	Tribunal Supremo.
UDYCO	Unidad de Droga y Crimen Organizado.
UE	Unión Europea.

## ANTECEDENTES DE HECHO

D. Francisco Pérez Álvarez realiza una vida caracterizada por la opulencia pese a no tener medios legales de vida conocidos. Realiza frecuentes viajes acompañado de su pareja donde se reúne con conocidos traficantes de sustancias estupefacientes, el motivo principal era el proveerse de droga y dedicarla a la venta.

D. Álvaro José Jiménez Santos es socio de D. Francisco se ven diariamente y en persona y mantienen conversaciones telefónicas. En una cuenta conjunta poseen un saldo total de 1 millón de euros. Ambos se desplazaron para contactar con un conocido traficante en vehículos diferentes, de noche y con medidas de seguridad para evitar ser seguidos.

D. José Ramón García Méndez y D. Juan José Suárez Rodríguez vendieron 1 kg de cocaína a D.<sup>a</sup> María Díez Pateira tras diversas discrepancias entre ambas partes la amenazaron diciendo “te voy a matar, ya vendrá otra gente a mantenerte callada”. El 13 de noviembre de 2020 se recibe una carta-denuncia por la que el Cuerpo Nacional de Policía inicia las investigaciones correspondientes e interviene las llamadas telefónicas donde utilizan la palabra “coche” para referirse a “droga” y “documentación” para “dinero”. Todos ellos cometieron los hechos influidos por su adicción a las sustancias estupefacientes a las que se hallaban afectos y que disminuían sus capacidades.

En dichas conversaciones nombran a D. Javier Manuel Sánchez Barreiro, propietario de dos pubs en los cuales trabajan dos inmigrantes irregulares y una nacional española con la que mantiene una relación sentimental que decide romper unilateralmente tras 10 años. No poseen ni contrato laboral ni alta ni consiguiente cotización en la SS. En uno de los locales había dos armas, en la pistola “RECK” el número de identificación estaba borrado, ambas en perfecto estado de conservación y funcionamiento y con sus características transformadas para disparar cartuchos de fuego real. Además, en 2019 dejó de llevar, si bien era su obligación, los libros de contabilidad y libros de registro del IVA, así como de ingresar a la Hacienda Pública por el IS e IVA la cantidad de 6.892 euros.

Utilizan el sistema bancario europeo, depositan, aseguran e introducen en la corriente monetaria legal el beneficio del tráfico de estupefacientes, efectúan transferencias a Venezuela y a Miami, así como ingresos en efectivo, solicitan cheques en divisas y realizando pagos al exterior. D. Javier Manuel ingresa billetes de poco valor en cuenta a su nombre a través de oficinas bancarias y solicita el reintegro en billetes de 100 euros que transporta a Venezuela a través de “mulas”.

El 21 de diciembre realizan vigilancias policiales en los dos establecimientos, donde se observa como el dueño del pub es visitado por los Sres. García Méndez y Suárez Rodríguez. El día 24 de ese mismo mes acude D. Francisco que conduce su vehículo de alta gama, no se baja del mismo y se acerca D. Javier Manuel que sale a recoger dos envoltorios de plástico, uno azul y otro blanco. Acto seguido se pone en marcha y se ausenta del lugar. Es detenido en el peaje de la autopista AP-9 donde se le aprehenden 10 gramos de cocaína y 10.000 euros en el interior del airbag y fondos del vehículo. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción ordena una diligencia de entrada y registro efectuada el 10 de diciembre en el domicilio de D. Javier Manuel Sánchez Barreiro. Le hace entrega a los Agentes de Policía Judicial de 0,836 gramos de cocaína de 35,15% de riqueza y 0,624 gramos de la misma sustancia, con una pureza del 66,22%. Encuentran un trozo de resina de cannabis con un peso de 8,482 gramos, teléfonos móviles, varios talonarios y 45.000 euros en curso legal. Días más tarde, el 23 de diciembre el periódico “Ciudad de Santiago” publica el organigrama de la “droga de la región”, expone como nuevos capos a los investigados y narra los hechos que presuntamente cometían.

## INTRODUCCIÓN

El delito de tráfico de estupefacientes goza de gran relevancia y es que, por ejemplo, durante el año 2019 se registraron 22.888 detenciones e investigaciones en España, 2.538 más que en el 2018<sup>1</sup>. De ellas fueron esclarecidas 15.191 en 2019 frente a las 13.140 del 2018<sup>2</sup>. Sólo durante el primer trimestre del año 2021 se registraron 3.813 casos, un 12,1% más que en el mismo periodo del año anterior<sup>3</sup>. Un 55% de estas detenciones tuvieron relaciones con el tráfico de cannabis y derivados<sup>4</sup>.

La mayor parte de los detenidos suelen ser hombres, el grupo de mujeres representa una tasa no superior al 18%<sup>5</sup>. En cuanto al origen del detenido se produjo un cambio respecto al siglo XX donde un 80% eran españoles, este porcentaje disminuye y llega al 60% en 2016. La mayor parte de los extranjeros son de origen europeo o africano, sobre todo argelinos y marroquíes. Destaca la edad temprana que aglutinan, un 37% tiene entre 19 y 25 años, un 28,8% entre 31 y 40 años<sup>6</sup>.

Las organizaciones delictivas suelen sustentarse en el delito de blanqueo de capitales, pues cada vez son menos los grupos que se dedican exclusivamente al narcotráfico y cada vez más actúan en otros sectores ilícitos. Según la Europol casi dos tercios están implicados en más de un sector delictivo. El número de detenciones e investigaciones en el delito de blanqueo de capitales fue sensiblemente inferior, tan sólo 602 casos en 2019 y 701 en 2018<sup>7</sup>. El número de casos esclarecidos fue 265 y 257, respectivamente<sup>8</sup>.

En el presente trabajo, el delito de tráfico de drogas y el de blanqueo de capitales constituyen el eje central del caso, pese a ello, los investigados cometen otros delitos como la tenencia ilícita de armas o el delito de amenazas proferidas contra una compradora de sustancias estupefacientes. Existen otras materias no exclusivamente penales que contempla el caso, como son el derecho civil con la relación “more uxorio” y la posibilidad de solicitar una pensión compensatoria o indemnización por desequilibrio económico, cuestiones fiscales relativas al impago de dos impuestos o laborales por la inexistencia de contrato y alta en la Seguridad Social tanto de las dos extranjeras irregulares como de la nacional española, entre otros temas.

---

<sup>1</sup> Ministerio del Interior. Portal estadístico de criminalidad. Detenciones e investigaciones. Disponible en: <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/portal/datos.html?type=pcaxis&path=/Datos3/&file=pcaxis>.

<sup>2</sup> Ministerio del Interior. Portal estadístico de criminalidad. Hechos esclarecidos. Disponible en: <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/portal/datos.html?type=pcaxis&path=/Datos2/&file=pcaxis>.

<sup>3</sup> Ministerio del Interior. Balance trimestral de criminalidad. Disponible en: <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/portal/balances.html>.

<sup>4</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR. Las detenciones por tráfico de drogas aumentaron un 12% en 2019. 2020, Madrid.

<sup>5</sup> CERESO DOMÍNGUEZ, A.I. Estudio longitudinal del tráfico de drogas y de su impacto en la delincuencia. *Indret*, 2016, Málaga, p. 13.

<sup>6</sup> CERESO DOMÍNGUEZ, A.I. Estudio longitudinal del tráfico de drogas y de su impacto en la delincuencia. *Indret*, 2016, Málaga, p. 14.

<sup>7</sup> Ministerio del Interior. Portal estadístico de criminalidad. Detenciones e investigaciones. Disponible en: <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/portal/datos.html?type=pcaxis&path=/Datos3/&file=pcaxis>.

<sup>8</sup> Ministerio del Interior. Portal estadístico de criminalidad. Hechos esclarecidos. Disponible en: <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/portal/datos.html?type=pcaxis&path=/Datos2/&file=pcaxis>.

## I. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS COMETIDOS, CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM”

El objetivo principal del capítulo que a continuación procedemos a analizar es calificar jurídicamente los hechos cometidos por cada una de las personas implicadas, así como las penas correspondientes. Posteriormente, se estudiará si existe alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal y si estaría afecto el principio “non bis in idem”.

### I.1 Delito de tráfico de drogas

Bajo la rúbrica “Delitos contra la salud pública” se agrupan las infracciones centradas en conductas que, por sus características, y, sobre todo, por incidir sobre determinados productos tienen o se les supone una potencialidad lesiva para la salud pública<sup>9</sup> a la que se refiere el art. 43.2 de la Constitución Española (en adelante, CE)<sup>10</sup>.

El Código Penal recoge este tipo en su art. 368 y demás concordantes del Capítulo III titulado “De los delitos contra la salud pública” y contenido en el del Título XVII “De los delitos contra la seguridad colectiva”, del Libro II<sup>11</sup>.

#### I.1.a) Concepto

El tipo básico del art. 368 del CP recoge como conductas punibles una enumeración muy amplia, que comprende actividades como: cultivo, elaboración, “tráfico” y cualesquiera otras que favorezcan, promuevan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como la posesión de las mismas sustancias con aquellos fines<sup>12</sup>.

La mayoría de la doctrina opina que el bien jurídico protegido es la salud pública, si bien, la cuestión no es pacífica. El defensor de la doctrina mayoritaria MUÑOZ CONDE define la salud pública como “conjunto de condiciones que, de acuerdo con el desarrollo tecnológico y científico de cada época, garantizan un nivel de bienestar, físico y psíquico, a la generalidad de los ciudadanos”<sup>13</sup>.

#### I.1.b) Objeto material del delito

El objeto material del delito conforme al art. 368 de nuestro CP son las “drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”. El legislador no definió en este precepto legal el concepto de los mismos, por lo que debemos acudir a preceptos extrapenales. Desde el punto de vista farmacológico y según la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), el concepto de droga<sup>14</sup>: “Resulta aplicable a cualquier sustancia terapéutica o no, que introducida en el organismo por cualquier mecanismo (ingestión, inhalación, administración intramuscular o intravenosa...) es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del consumidor provocando un cambio en su

<sup>9</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. et al. Derecho penal. Parte especial. *Tirant Lo Blanch*, 2016, pp. 577.

<sup>10</sup> Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311 (ELI: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229#a18>).

<sup>11</sup> Ley Orgánica (en adelante, LO) 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal. Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) de 24 de noviembre núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444#a301>).

<sup>12</sup> Idem nota 9 y 10.

<sup>13</sup> MUÑOZ CONDE, HASSEMER, W. La responsabilidad por el producto en el Derecho penal. *Tirant Lo Blanch*. Valencia, 1995, p.64.

<sup>14</sup> FERRO VEIGA, J.M. Experto en Toxicomanías. 2020, pp. 8.

comportamiento, ya sea una alteración física o intelectual, una experimentación de nuevas sensaciones o una modificación de su estado psíquico”.

En los Convenios Internacionales no existe una distinción, enumeración o concepto que diferencie unas sustancias de otras. Ante esta situación es la jurisprudencia quien da los criterios interpretativos, la STS de 12 de diciembre de 1994 (EDJ 1994/679)<sup>15</sup> aclara: “la mayor nocividad de las llamadas drogas duras, se caracteriza por los siguientes efectos: produce tolerancia, ocasionan dependencia o adicción física y psíquica; la letalidad del producto con bajas dosis de modo que el uso inadecuado o abusivo pueda producir incluso por accidente, la muerte por sobredosis”.

El concepto de estupefacientes se recoge en la Convención Única de New York de 30 de marzo 1961 sobre estupefacientes: “se entiende cualquiera de las sustancias de las listas I y II naturales o sintéticas anexas a la misma”, y en el art. 25 establece: “que los estupefacientes de la lista IV también serán incluidos en la lista I y estarán sujetos a todas las medidas de fiscalización (...)”, en definitiva los recogidos son opio y sus alcaloides y derivados, cannabis, resina de cannabis, cocaína y sus derivados.

En cuanto al de sustancias psicotrópicas, el Convenio de 31 de febrero de 1971 recoge que: “es cualquier sustancia, natural o sintética o cualquier material natural de las listas I, II, III o IV”<sup>16</sup>. Esta teoría es seguida de forma unánime por el Tribunal Supremo al remitirse en sus resoluciones a los listados de dichas Convenciones<sup>17</sup>. Otra parte de la doctrina defiende la denominada teoría de la definición elástica donde se debe buscar el concepto de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en el propio precepto penal. Si bien, podría tener un carácter orientativo las normas internacionales ratificadas por nuestro país<sup>18</sup>.

#### I.1.c) Vertiente subjetiva del tipo

Son necesarios dos elementos subjetivos: conciencia del carácter nocivo para la salud y favorecer o facilitar el consumo ilegal a terceras personas<sup>19</sup>. Se niega la existencia de delitos culposos.

#### I.1.d) Art. 369 bis

El subtipo agravado del art. 369 bis<sup>20</sup> se constituye como un delito pluriofensivo porque atenta contra la salud pública, pues deben ejecutarse los hechos descritos en el art. 368 CP, pero al mismo tiempo transgrede el orden público. Es preciso que los sujetos pertenezcan a una organización criminal conforme define el art. 570 bis CP. BRETONES ALCARAZ<sup>21</sup> considera que debe darse un tratamiento igual al de organizaciones y grupos terroristas en donde se entiende tutelado el bien jurídico dual: orden público y salud pública, bienes supraindividuales.

---

<sup>15</sup> No consta ECLI.

<sup>16</sup> Ratificado por la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 19 de diciembre de 1988, que fue ratificada por España en Instrumento de 30 de julio de 1990.

<sup>17</sup> STS núm. 484/2015 de 7 de junio (EDJ 2015/168977).

<sup>18</sup> MÚÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial. *Tirant lo Blanch*, 2013, Valencia, pp. 619 a 620.

<sup>19</sup> MOLINA PÉREZ, T. El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. *Anuario jurídico y económico escurialsense*, XXXVIII, 2005.

<sup>20</sup> Art 369 bis CP: “Cuando los hechos descritos en el art. 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos”.

<sup>21</sup> BRETONES ALCARAZ, F.J. El delito de tráfico de drogas. *Dykinson*, Madrid, 2020, pp. 55-56.

El fundamento de este subtipo penal agravado lo sitúan los autores en la cualidad especial que presentan los sujetos a que se refiere el precepto penal, al tener los mismos capacidad de planificación sobre los demás miembros de la organización<sup>22</sup>. Se pretende castigar con mayor pena a los sujetos al frente de las organizaciones ilegales que controlan el ciclo de la droga<sup>23</sup>.

El primer concepto a analizar es el de “jefe” definido por GUTIÉRREZ CASTAÑEDA<sup>24</sup> como “la persona o personas que ejercen el mando o la dirección sobre la organización y sus integrantes y, si las organizaciones tienen apariencia de legalidad, serían tales los dueños, gerentes o directivos”. Pero no sólo, por jefe se entiende aquella persona en la cúspide de la organización, sino, también “quienes se encuentran al frente de un determinado sector o rama relevante de la misma, sobre el que ejercen las facultades mencionadas”<sup>25</sup>.

Por “administrador” se entiende la persona o personas que tienen encomendada la gestión de los fondos patrimoniales de la organización y, en caso de existir, son los miembros del consejo de administración<sup>26</sup>.

En último lugar, los “encargados” son todos aquellos integrantes de la organización que, no siendo jefes ni administradores tienen atribuido por estos el ejercicio de facultades de organización, dirección y decisión en relación con sectores o parcelas concretas de aquella<sup>27</sup>. La diferencia con los jefes de la organización radica en: las funciones de los encargados son ejercidas a un nivel secundario, pues el encargado es subordinado en relación a los que actúan en la cúspide y esas facultades vienen delimitadas a un determinado sector de la organización<sup>28</sup>.

#### I.1.e) Cuestiones concursales

En el presente apartado vamos a analizar si existe un problema concursal entre el art. 369 bis CP y el art. 570 bis CP. La jurisprudencia opta por aplicar el principio de alternatividad, según el criterio de la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) y la Circular 3/2011 de la FGE en relación con los delitos de tráfico de drogas y STS 186/2015 de 1 de abril (EDJ 2015/51654), que indican que, con arreglo al art. 570 quáter 2 CP se aplicará el supuesto que tenga asignada una mayor pena (art. 8.4 CP). La diferencia entre ambos radica en que la prisión máxima en el delito de tráfico de drogas a través de organización es de 18 años, frente al concurso de 14 años<sup>29</sup>.

En cuanto al concurso de delitos entre los arts. 369, 369 bis y 370 CP, la Circular 3/2011 mencionada de la FGE recoge que en aquellos supuestos debe resolverse como un concurso de normas y con la aplicación del art. 8.4 CP, es decir, con la aplicación, una vez más, del principio de alternatividad<sup>30</sup>. MÉNDEZ RODRÍGUEZ establece que los tipos penales de los art. 370 y 369 bis CP se excluyen mutuamente al aplicarse ambos

<sup>22</sup> ALCALÉ SÁNCHEZ, M. Salud pública y drogas tóxicas. *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2002, p. 208.

<sup>23</sup> GALLEGO SOLER, J.L. Los delitos de tráfico de drogas. II. *J.M. Bosch Editors*, 1999, p. 234.

<sup>24</sup> GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. Tipos agravados del art. 370 CP. *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2009, pp. 240 y 241.

<sup>25</sup> *Idem* nota 23, p. 241.

<sup>26</sup> BRETONES ALCARAZ, F.J. El delito de tráfico de drogas. *Dykinson*, Madrid, 2020, pp. 156.

<sup>27</sup> *Idem* nota 23, p. 242.

<sup>28</sup> SOTO NIETO, F. Tipos agravados del art. 370 CP. Valencia, 2008, p. 242.

<sup>29</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, G. La determinación de la pena de multa “proporcional en los delitos de tráfico de drogas. *El Derecho*, 2018. (EDC 2018/503526), p. 2.

<sup>30</sup> BRETONES ALCARAZ, F.J. El delito de tráfico de drogas. *Dykinson*. 2020, p. 210.

sobre el tipo básico del art. 368<sup>31</sup> hecho que ha aplicado la jurisprudencia en la STS núm. 855/2013 de 11 de noviembre (EDJ 2013/231346) (Caso Fresh Flower International).

## **I.2 Delitos de blanqueo de capitales**

### **I.2.a) Concepto**

El delito de blanqueo de capitales está recogido en el CP en el Título XIII “Delitos contra el Patrimonio Económico y contra el Orden Socioeconómico”, Capítulo XIV “De la receptación y otras conductas afines”, del Libro II “Delitos y sus Penas”. El art. 301.1 del CP recoge: “el que adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva (...) o realice cualquier acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos (...)”.

### **I.2.b) Elemento objetivo**

La Convención de Viena recoge en su art. 1 que se entenderá por “bienes” los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos, concepto, asimismo, establecido en la Directiva de la UE 91/308/CEE (art. 1). Por “producto” la misma Convención entiende los bienes obtenidos o derivados directa e indirectamente de la comisión de un delito tipificado, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 3. Los bienes objeto material del delito de blanqueo de capitales deben provenir de un delito grave (art. 13.1 CP). Se considera al delito previo como un elemento normativo del tipo.

Como el delito de blanqueo de capitales se haya ubicado bajo el Título “Delitos contra (...) el orden socioeconómico” obliga a dotar y delimitar el bien jurídico con base en esta premisa. La discusión sobre cuál es el bien jurídico protegido del art. 301 ha desarrollado varias posturas diferentes, la posición doctrinal mayoritaria indica que es el interés del Estado en el buen funcionamiento de la administración de justicia. Por las dificultades en la delimitación algunos autores como VIVES ANTÓN, VIDALES RODRÍGUEZ o GONZÁLEZ CUSSAC<sup>32</sup> indicaron que es un delito pluriofensivo donde varios bienes jurídicos se encuentran afectados y deben ser protegidos. Considera que lesionan el bien jurídico ya lesionado por el delito previo, la administración de justicia, el orden socioeconómico, el orden social, la seguridad nacional o interior del Estado, la estabilidad del Estado y la democracia, la salud pública y la moral social<sup>33</sup>.

El CP contempla algunas circunstancias de agravación como el apartado 2º del art. 301.1 por el origen del objeto material de delito si se trata de tráfico de estupefacientes, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas en su mitad superior. El propio tipo agravado remite al art. 374 que indica que “además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se

---

<sup>31</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. *Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial. Estudios penales y criminológicos*. XXXIV. 2014, pp. 549.

<sup>32</sup> VIDALES RODRÍGUEZ, C. Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995. *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2002, pp. 40, 58, 85 y ss. VIVES ANTÓN, T.S y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2004, p. 1464.

<sup>33</sup> SSTS núm. 1312/2011 de 12 de diciembre (EDJ 2011/ 298218) y núm. 805/2004 de 25 de junio (EDJ 2004/116284).

refiere el art. 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias (...). El art. 302 prevé circunstancia de agravación para la persona que ostente la condición de miembro de organización criminal, de los cuales proceden los bienes blanqueados, así como jefe de banda criminal, administradores o encargados<sup>34</sup>. Y, el art. 303 tiene en cuenta la condición personal, referida a la actividad, profesión u oficio desempeñado de la persona que presuntamente comete el tipo.

#### I.2.c) Elemento subjetivo

El blanqueo de capitales admite la forma dolosa requiere para su configuración, en consecuencia, conocimiento de los elementos objetivos, descriptivos y normativos. El apartado 3º recoge la modalidad culposa “si los hechos se realizan por imprudencia grave”. La doctrina española mayoritaria considera que admite dolo eventual, al recoger el art. 301 la expresión “a sabiendas”<sup>35</sup>.

#### I.2.d) Jurisprudencia

La jurisprudencia establece como primer requisito del tipo la necesidad de que los acusados conozcan la ilicitud del origen del dinero, lo que no significa el conocimiento de la infracción procedente en todos sus pormenores o en todos los detalles<sup>36</sup>, bastaría con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que el dinero procede de la comisión de delitos<sup>37</sup>.

Si el acusado prueba desconocer el origen del dinero a través de la “ignorancia deliberada” opera el dolo eventual<sup>38</sup>. Esta fue una doctrina que se aplicó a actividades económicas fuertemente reguladas como la actividad bancaria, actividad que exige numerosos controles sobre la licitud del origen del dinero y cuyo incumplimiento consciente puede conformar una deducción sobre el conocimiento de dicha ilicitud<sup>39</sup>. A pesar de ello, hoy en día no rige la presunción del dolo, ni elimina sin más las exigencias probatorias del elemento cognitivo del mismo<sup>40</sup>.

En la conducta del delito de blanqueo de capitales se exige un elemento cognoscitivo referido a la procedencia de los bienes que tienen su origen en una actividad delictiva, y otro de carácter tendencial consistente en la finalidad de ocultar o encubrir aquel origen ilícito<sup>41</sup>.

Además, para el tráfico de estupefacientes se debe apreciar el tipo agravado<sup>42</sup>:

- a) Como primer indicio destaca la relación del responsable con personas, grupos u organizaciones dedicadas al tráfico de estupefacientes<sup>43</sup>.

---

<sup>34</sup> Art. 302 CP: “1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones”.

<sup>35</sup> BLANCO CORDERO, I. El delito de blanqueo de capitales. *Aranzadi*, Madrid, 1997, pp. 373.

<sup>36</sup> SSTS núm. 1070/2003 de 22 de julio (EDJ 2003/80625) y núm. 1450/2004 de 2 diciembre (EDJ 2004/219316).

<sup>37</sup> STS núm. 557/2012 de 9 de julio (EDJ 2012/149713).

<sup>38</sup> SSTS núm. 420/03 de 20 de mayo (EDJ 2003/25323), 628/2003 de 17 de febrero (EDJ 2003/3227) y núm. 16/2009 de 27 de enero (EDJ 2009/10492) entre otras.

<sup>39</sup> STS núm. 653/14 de 7 de octubre (EDJ 2014/188258).

<sup>40</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, G. El delito de blanqueo de capitales. Respuesta de los Tribunales. *El Derecho Editores. Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 2016, 1. (EDC 2016/1010908).

<sup>41</sup> STS núm. 317/16 de 15 de abril (EDJ 2016/38939).

<sup>42</sup> Art. 369 bis CP.

<sup>43</sup> SSTS 33/2005 de 19 enero (EDJ 2005/4963) y núm. 289/2006 de 15 de marzo (EDJ 2006/37288).

- b) Tener en cuenta la cuantía, circunstancias y frecuencia de las operaciones, un suministro continuo y prolongado de cantidades de efectivo abundantes.
- c) El “modus operandi” es esencial en relación con las pautas habituales de generación de fondos de la delincuencia vinculada al tráfico, incluidos otros datos, como la localización geográfica.
- d) El último indicio es una condena anterior por tráfico de drogas, siempre que los actos realizados sean idóneos para lesionar el bien jurídico protegido apreciándose la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o ayudar a eludir la persecución del delito base. Los informes periciales que pudiera emitir la Agencia Tributaria y la Unidad de Droga y Crimen Organizado (en adelante, UDYCO), Sección de Delincuencia Económica y Blanqueo de capitales tendrían validez si obrasen en la causa<sup>44</sup>.

### **I.3 Delito de tenencia ilícita de armas**

#### **I.3.a) Concepto**

El CP recoge en el Título XXII “Delitos contra el orden público”, en el Capítulo V “De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos” del Libro II, en los arts. 563 a 565 del CP.

#### **I.3.b) Elemento objetivo**

La conducta típica radica en la posesión del arma en el propio domicilio o su porte fuera del mismo. El art. 563 CP contiene la primera de las figuras consistente en tener armas prohibidas (recogidas en el Reglamento de Armas<sup>45</sup>) u otras no prohibidas pero que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de las armas reglamentadas. El art. 564 CP sanciona la tenencia de armas de fuego reglamentadas, pero sin licencias o permisos necesarios. En el apartado 2 del citado artículo se prevén tres tipos agravados para el caso de que carezcan de marcas de fábrica o de número, o los tengan alterados o borrados que fueran introducidas ilegalmente en nuestro país y que hayan sido transformadas, por la modificación de sus características originales.

El bien jurídico protegido es la seguridad de la comunidad frente a los riesgos que representaría la libre circulación, tenencia y depósito de armas concretados en una más frecuente utilización de las mismas o en la probabilidad de su uso<sup>46</sup>. Es un delito de peligro abstracto por lo que no se requiere el uso de las mismas pero este peligro debe existir, es de mera actividad. Tanto doctrina científica como jurisprudencia consideran este delito como un delito permanente, pues la situación antijurídica se inicia desde que el sujeto tiene el arma en su poder y se mantiene hasta que se desprende de ella; como un delito formal, en cuanto no requiere para su consumación resultado material alguno, ni producción de daño.

<sup>44</sup> STS núm. 487/2004 de 9 de junio (EDJ 2017/100717).

<sup>45</sup> El art. 1 indica como fin del Reglamento de Armas que “regula los requisitos y condiciones de la fabricación y reparaciones de armas, sus imitaciones y réplicas, y de sus piezas fundamentales, así como todo lo concerniente a su circulación, almacenamiento y comercio, su adquisición y enajenación, su tenencia y utilización, determinando las medidas de control necesarias para el cumplimiento de tales requisitos y condiciones, con objeto de salvaguardar la seguridad pública”.

<sup>46</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L, VIVES ANTÓN, T.S et al. Derecho penal. Parte especial. *Tirant Lo Blanch*, Madrid, 2016, pp. 754 y 755.

### I.3.c) Elemento subjetivo

El delito exige dolo que debe extenderse a la condición de arma, la necesidad de obtención de permiso o licencia y demás extremos. Es admisible el dolo eventual. Es decir, exige el “animus possidendi”, dolo o conocimiento de que se tiene el arma pese a la prohibición<sup>47</sup>. Para su posesión lícita serían necesarias la licencia tipo B y la guía de pertenencia.

### I.3.d) Jurisprudencia

Para que concurra el delito de tenencia ilícita de armas es necesario que el arma tenga idoneidad para el disparo<sup>48</sup>. La STS núm. 454/2015 de 10 de julio (EDJ 2015/130311) recoge en relación con los elementos del delito:

- a) El elemento dinámico estriba en la mera posesión, basta una relación entre la persona y el arma que permita una disponibilidad de esta y su utilización a la libre voluntad del agente para los fines propios. La tenencia debe superar lo que es un pasajero contacto a efectos de examen, o la ocupación fugaz propia de un servidor de la posesión, como sucede en el caso de reparador o transmisor.
- b) El elemento material u objetivo consiste en el arma de fuego.
- c) El elemento subjetivo estriba en el conocimiento de que el arma poseída es de fuego, con idoneidad para disparar y de que no puede poseerse lícitamente sin guía de pertenencia y sin licencia de armas<sup>49</sup>.
- d) El elemento jurídico extrapenal consiste en la falta de habilitación administrativa de la posesión del arma.

## I.4 Delito de amenazas

### I.4.a) Concepto

En el Título VI del CP “Delitos contra la libertad”, Capítulo II “De las amenazas” del Libro II se regulan los delitos de amenazas (arts. 169 a 171 CP).

### I.4.b) Elemento objetivo

La conducta recogida en el CP consiste en el anuncio de un mal que, debe ser futuro, concreto, determinado e injusto y revestir la apariencia de seriedad y firmeza<sup>50</sup>. El núcleo de la conducta se basa en actos o expresiones objetivamente idóneas para violentar el ánimo del sujeto pasivo ante el daño que se le anuncia. El art. 169 CP puede afectar a “él, su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado”.

Restringe el propio art. 169 CP los delitos susceptibles de constituir el mal típico de esta infracción. Acude a rúbricas completas de Títulos del Libro II. Estas amenazas constitutivas de delito se dividen en condicionales (apartado 1º) e inconstitucionales (numerario 2º). Las condicionales son todas aquellas en que el sujeto activo exige una cantidad o impone cualquier otra condición, aunque no sea ilícita. El párrafo 2º constituye el tipo agravado cuando la amenaza se hiciera “por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o

---

<sup>47</sup> SSTS núm. 709/2003 de 14 de mayo (EDJ 2001/2157), núm. 201/2006 (EDJ 2006/16017) de 1 de marzo y 311/2014 de 16 de abril (EDJ 10775/2013).

<sup>48</sup> STS núm. 467/2015 de 20 de julio (EDJ 2015/10253).

<sup>49</sup> SSTS núm. 201/2006 de 1 de marzo (EDJ 2006/16017), núm. 960/2007 de 29 de noviembre (EDJ 2007/222944), y 84/2010 de 18 de febrero (EDJ 2010/13510).

<sup>50</sup> Idem nota 10.

supuestos”. Las amenazas incondicionales se han denominado tradicionalmente, como “amenazas simples o no condicionales”. La conducta es idéntica a las anteriores, pero sin condición. El bien jurídico protegido es la libertad de la voluntad que persigue la tutela en fase de formación de la misma<sup>51</sup>.

#### I.4.c) Elemento subjetivo

El dolo debe enmarcar el citado delito de amenazas.

#### I.4.d) Jurisprudencia

La STS de 23 de septiembre de 2014 (RJA 4529122) indica que “el significado de las expresiones sólo puede ser captado contextualmente. No se trata de analizar aisladamente como un laboratorio lingüístico, sino de calibrar cómo había de interpretarlas la persona a la que iban dirigidas, proviniendo de quien las profería y teniendo en cuenta las circunstancias. Un “te voy a matar” puede encerrar significados amenazantes o no según el contexto en que se enmarca esa frase (un padre, con tono que revela afecto, a su hijo pequeño autor de una “trastada”).”

### **I.5 Delito contra la Hacienda Pública y Delito contra la Seguridad Social**

#### I.5.a) Concepto

El delito contra la Hacienda Pública se encuentra incardinado en el Título XIV “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social” del Libro II “Delitos y sus penas”.

El delito contra la SS se encuentra en el mismo Título XIV denominado “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social” del Libro II.

#### I.5.b) Elemento objetivo

El art. 305.1 CP tipo básico del delito contra la Hacienda Pública requiere del presupuesto de la previa existencia de una determinada relación jurídico – tributaria entre el sujeto activo del delito y la Administración tributaria de que se trate, esto es, que haya nacido una deuda tributaria o existido la concesión de un beneficio fiscal. La STC núm. 50/2010 de 4 de octubre (EDJ 2010/201296) indica que el término “defraudar” implica “ocultación de bases o datos esenciales que sea idónea para imposibilitar o dificultar la liquidación del tributo”. Podría hacerse tanto por acción como por omisión por la no presentación de la declaración tributaria.

En cuanto al bien jurídico protegido es posible hablar de dos líneas doctrinales, la denominada tesis funcional y la de orientación patrimonial. La más aceptada es la de tesis de orientación patrimonial. Si partimos de ella el bien jurídico protegido es “el interés patrimonial de la Hacienda Pública”, el Erario Público. Siempre que se concrete en la necesidad de “obtener recursos públicos tributarios en la fase de liquidación de los tributos”. El tipo contiene “modalidades genéricas de acción” como la elusión del pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie, la obtención indebida de devoluciones y el disfrute indebido de beneficios fiscales. La cantidad exigida para poder aplicar citado delito son 120.000 euros, que pueden alcanzarse de modo alternativo como perjuicio global causado por la combinación de diversas modalidades de acción. Esto lo diferencia de la infracción administrativa. La suma defraudada se integra por la “cuota tributaria” (arts. 56 y 58 LGT) y no por la “deuda tributaria”.

---

<sup>51</sup> Idem nota 10.

A diferencia del art. 305 CP, el art. 307 CP contra la SS exige la presencia de una determinada relación jurídica en materia de SS, que entraña una obligación de cotización que también posee naturaleza “ex lege”. El titular del bien jurídico protegido y sujeto pasivo es la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) por ser acreedora de la prestación eludida. El bien jurídico tutelado es el patrimonio de la SS. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ<sup>52</sup> añade que a la vista del art. 307 CP habría que añadir al lado de la SS, el Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SEPE) y el Fondo de Garantía Salarial (en adelante, FOGASA). Se trata de un delito de carácter especial cometido por personas que mantengan una relación jurídica con la SS. Las “modalidades genéricas de conducta” del art. 305 CP son aplicables al delito de defraudación a la SS. La cuantía en este caso debe ser superior a los 50.000 euros.

#### I.5.c) Elemento subjetivo

No se puede apreciar la comisión impudente, pues esta no está expresamente prevista en aplicación del “*numerus clausus*” del art. 12 CP. Es un delito esencialmente doloso como consecuencia de su contenido defraudatorio<sup>53</sup>. El dolo eventual también es posible<sup>54</sup>, el autor tan sólo debe ser consciente de que las maniobras fraudulentas que lleva a cabo pueden ocasionar con una alta probabilidad, el perjuicio exigido.

#### I.5.d) Jurisprudencia

La STS núm. 523/2006 de 19 de mayo (EDJ 2006/76630) hace referencia al concepto de “cuotas” que está en general y sin especificar en el delito contra la SS y demuestra que la voluntad del legislador ha sido incluir tanto la cuota empresarial como la obrera, a ello añade lo que la norma penal denomina “conceptos de recaudación conjunta” que son las primas por accidente de trabajo y enfermedad profesional, aportación al FOGASA y cuotas para formación profesional y desempleo; también añade los recargos de mora, apremio e intereses.

La STS núm. 657/2017 de 5 de octubre (EDJ 2017/208852) reúne una serie de parámetros para medir la defraudación indica expresamente que se “estará en cada supuesto al caso concreto”. Así la Sentencia establece: “altas y bajas sistemáticas de trabajadores trasvasándolos entre empresas del grupo; diversificación artificial de las actividades entre las diversas entidades controladas por el recurrente, en establecimientos y centros comerciales simultánea o sucesivamente por el conjunto de las empresas de la trama; diversos procedimientos empleados para generar confusión patrimonial y a la sucesión entre grupos empresariales y así la adquisición de la práctica totalidad de las participaciones sociales de unas entidades por otras del mismo grupo; incumplimiento sistemático de los requerimientos de la Inspección de Trabajo y SS (en adelante, ITSS) para la presentación de la documentación empresarial”.

### I.6 Delitos contra los derechos de los trabajadores

#### I.7.a) Concepto

El Título XV “Delitos contra los derechos de los trabajadores” fue utilizado en el CP para recoger ocho artículos (arts. 311 a 318 CP).

---

<sup>52</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. En: VIVES ANTÓN, T.S et al. Derecho penal. Parte especial. *Tirant Lo Blanch*, Madrid, 2016, p. 520.

<sup>53</sup> Art. 12 CP: “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”.

<sup>54</sup> BAYLOS, A. y TERRADILLOS BASOCO, J. Derecho Penal del trabajo. *Trotta*, Madrid, 1997, p. 176, BRANDARIZ GARCÍA, JA. El nuevo delito de defraudación a la Seguridad Social. *Tirant Lo Blanch*, Madrid, 2000, pp. 528 y ss.

#### I.7.b) Elemento objetivo

El bien jurídico protegido gira en torno a los derechos propios nacidos de la relación laboral: condiciones de trabajo, sindicación, SS...

El art. 311 bis CP recoge que “será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de doce a treinta meses, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, quien: a) De forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo b) emplee o dé ocupación a un menor de edad que carezca de permiso de trabajo”. El art. 312.2 apartado 2º CP establece penas y multa para quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. El bien jurídico protegido son los derechos mínimos y esenciales derivados de la contratación laboral<sup>55</sup>.

#### I.7.c) Elemento subjetivo

Los tipos penales requieren del dolo.

#### I.7.d) Jurisprudencia

Las SSTS núm. 208/2010 de 18 de marzo (EDJ 2010/26465) y 372/2005 de 17 de marzo (EDJ 2005/37496) señalaron en relación a la contratación de los inmigrantes ilegales, que su interpretación debe efectuarse desde una perspectiva constitucional. En la medida en que el llamado derecho penal laboral sanciona fundamentalmente situaciones de explotación que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores.

### I.7 Decomiso

El decomiso o comiso es una pena o medida ordenada por un tribunal como consecuencia de una infracción penal que consiste en la privación permanente de un bien relacionado con el delito ya sea el arma, efectos, instrumentos, medios de transporte empleados para su comisión o las ganancias obtenidas del mismo para adjudicarlos al Estado<sup>56</sup>. El CP la considera una medida accesoría.

Se podrán decomisar los bienes que procedan de las actividades delictivas distintas del delito por el que haya sido condenado si estos provienen de otras actividades ilícitas del mismo sujeto, figura conocida como “decomiso ampliado”<sup>57</sup> (arts. 127 bis, quinquies y sexies CP). Existe un catálogo más o menos amplio de estos delitos entre los que se hallan los delitos de blanqueo de capitales y delitos contra la salud pública. El art. 127 bis CP recoge que en caso de que hubiesen desaparecido los bienes de procedencia ilícita se admite el decomiso de cantidad equivalente y si, el condenado lo fuese por otros delitos posteriores se tendrán en cuenta los decomisos previos. En cuanto a su determinación no cabe la aplicación del principio de presunción de inocencia, el cual sólo es aplicable a la declaración de culpabilidad y no al decomiso.

---

<sup>55</sup> Idem nota 10.

<sup>56</sup> AA.VV. Enciclopedia jurídica. TOMO VII. *La Ley*. 2016, p. 3688. Según la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos, Viena 20 diciembre 1988; Convenio núm. 141 del Consejo de Europa, Estrasburgo 8 noviembre 1990 y Decisión Marco 2005/212/JAI.

<sup>57</sup> PORRES ORTIZ DE URBINA, E. de. Novedades del decomiso introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 y por la Ley 41/2015. 2015. (EDC 2015/264593).

## I.8 Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal son aquellas que rodean la comisión de un delito y que pueden aumentar o disminuir la responsabilidad criminal del autor de los hechos delictivos, se recogen en los arts. 21, 22 y 23 CP.

De entre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se encuentran las atenuantes, definidas por el diccionario de la Real Academia Española (en adelante, RAE) como el “motivo legal para disminuir la responsabilidad penal del condenado” y las circunstancias agravantes.

### I.7.a) Atenuante de confesión

En cuanto a las circunstancias atenuantes, la confesión al igual que las dilaciones indebidas surgen una vez que se produce el delito. Recogido en el art. 21.4 CP: “La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”. Para poder aplicarla es necesario según la doctrina denominada clásica<sup>58</sup> y alguna jurisprudencia<sup>59</sup>: 1. Un acto de confesión de la infracción; 2. El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3. La confesión habrá de ser veraz en lo sustancial; 4. La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5. La confesión habrá de hacerse ante Autoridad, Agente de la Autoridad o funcionario cualificado para recibirla y tendrá que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él.

### I.7.b) Atenuante de grave adicción a determinadas sustancias.

El art. 21.2 CP recoge “La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo anterior” (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos).

Si el sujeto al cometer la infracción penal además de ser adicto se encuentra en estado de intoxicación aguda provocado por el consumo de la droga o bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, la consecuencia aplicable es la eximente del art. 20.2 CP o, en su caso, la incompleta del art. 21.1 CP, pero, si la disminución de imputabilidad que padece procede de la adicción será una atenuante del art. 21<sup>60</sup>. Se exige así un doble requisito, una grave adicción a estupefacientes y/u otras sustancias que produzcan efectos análogos y una relación de causalidad con los hechos realizados<sup>61</sup>.

### I.7.c) Atenuante de reparación del daño

La atenuante de reparación del daño se recoge en el apartado 5 del art. 21 del CP, el cual establece “la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o disminuir sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral”. Para la aplicación de esta atenuante el TS<sup>62</sup> exige dos elementos: el primero de ellos, que se haga efectivo en cualquier momento del

<sup>58</sup> URBANO CASTRILLO, E. de. La atenuante de confesión: problemática aplicativa. *Revista Aranzadi Doctrinal. Aranzadi. Cizur Menor*, 2019, 7.

<sup>59</sup> STS núm. 729/2018 de 30 de enero (EDJ 2019/266).

<sup>60</sup> OBREGÓN GARCÍA, A y GÓMEZ LANZ, J. Derecho Penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito. *Tecnos*, Madrid, p. 210.

<sup>61</sup> ARANZADI. La inaplicación de la atenuante de drogadicción, no impide la suspensión de la pena por drogodependencia. *Aranzadi*, 2019.

<sup>62</sup> SSTS núm. 121/2017 de 23 de febrero (EDJ 2017/12308) y 125/2018 de 15 de marzo (EDJ 2018/22183).

procedimiento antes de la celebración del juicio oral, pero, si se realizan durante este periodo existe la posibilidad de aplicar la atenuante analógica<sup>63</sup>; el otro elemento es el elemento sustancial que consiste en la reparación del daño causado o en la disminución de los efectos del delito.

Para que sea aplicable la reparación debe ser lo suficientemente significativa y relevante, pues no se minorará la respuesta punitiva cuando el autor no contribuya de modo eficiente a la reparación selectiva o ficticia, que busquen el beneficio de la disminución de la pena<sup>64</sup>.

### **I.9 Concurso de delitos**

La jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>65</sup> indica que “si una de las normas a aplicar no abarca la total antijuricidad del hecho nos hallaremos en presencia de un concurso real, al ser necesario aplicar las dos normas penales en juego para cubrir esa total significación antijurídica de lo acaecido. En caso contrario, habrá concurso de normas”<sup>66</sup>. No basta con sancionar la aplicación del art. 368 y ss. del CP, sino que en la conducta del autor del hecho hay un “plus” que hace preciso acudir a las otras normas penales para cubrir esa total ilicitud<sup>67</sup>.

### **I.10 Principio “non bis in idem”**

En primer lugar, se procederá a analizar si el concurso entre el delito de blanqueo de capitales y tráfico de estupefacientes violan, en algún caso, el principio “non bis in idem”. No se podrá realizar una interpretación “laxa” del delito de autoblanqueo, pues el resultado puede conllevar la doble incriminación.

El legislador ha decidido expresamente que el blanqueo de ganancias procedentes de una actividad delictiva por su propio autor, aun cuando puede también considerarse acto de aprovechamiento o aseguramiento de las ganancias derivadas del delito antecedente ya condenado, o de autoprotección de su autor debe sancionarse autónomamente en atención a la especial protección que requiere el bien jurídico que conculca, que tutela el orden socioeconómico<sup>68</sup>. La acción típica sancionada como delito de blanqueo no consiste en adquirir, poseer o utilizar los beneficios adquiridos sino en realizar estos u otros actos cuando tiendan a ocultar o encubrir el origen ilícito de las ganancias<sup>69</sup>.

Existe una posición que versa alrededor de la redacción típica a través de dos incisos “sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva” y “cometida por él o por cualquier tercera persona”<sup>70</sup> conduce a algunos intérpretes a estimar, por error, que la finalidad del tipo sólo se predica de “cualquier otro acto” y no de todas las conductas descritas. Afirman que el mero hecho de poseer o utilizar bienes procedentes de una actividad delictiva conociendo su procedencia, integra el delito de blanqueo y sostiene que el castigo de autoblanqueo supone una vulneración del principio objeto de

---

<sup>63</sup> FARALDO CABANA, P. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. *Universidade de A Coruña*, p. 254.

<sup>64</sup> DURÁN SÁNCHEZ, A. La atenuante de reparación del daño. *Universitat de les Illes Balears*, 2020.

<sup>65</sup> SSTS núm. 809/2014 de 26 de noviembre (EDJ 2014/6030), núm. 245/2014 de 24 de marzo (EDJ 2014/2265) y núm. 858/2013 de 19 de noviembre (EDJ 2013/7898).

<sup>66</sup> PALMA HERRERA, J.M: Los delitos de blanqueo de capitales. *Edersa*, 2000, pp. 384 y 385

<sup>67</sup> SSTS núm. 57/2008 de 25 de enero (EDJ 2008/1911), núm. 737/2009 de 6 de julio (EDJ 2009/5977)

<sup>68</sup> Art. 369 bis CP.

<sup>69</sup> ALCALÉ SÁNCHEZ, M. Salud pública y drogas tóxicas. *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2002, p. 208.

<sup>70</sup> ALCALÉ SÁNCHEZ, M. Salud pública y drogas tóxicas. *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2002, p. 208.

estudio<sup>71</sup>. Esta posición no es acertada, para ello, se prescindirá de los incisos anteriores y se hará referencia a las acciones: adquirir, poseer, utilizar, convertir, transmitir, realizar... y su finalidad “de ocultar o encubrir el origen ilícito”. Sólo se recoge una única conducta que consiste en realizar actos encaminados a un fin en concreto. De esta manera, se limita el concepto sin penar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente por el mero hecho de adquirir los bienes, que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización del delito, o considerar a la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal para gastos ordinarios sin finalidad de ocultarlos, entre otros<sup>72</sup>.

### **I.11 Calificación penal de los actos del caso práctico**

A continuación, se aplicará cada uno de los tipos al caso práctico propuesto.

#### **1.11.a) Delito de tráfico de drogas**

A continuación, si analizamos el caso propuesto con la teoría recogida, D. Francisco Pérez Álvarez dispone de un nivel de vida que no se corresponde con los medios económicos acreditados legalmente, consta con D. José Jiménez Santos en la cuenta bancaria del Banco Santander ES04 0073 4000 5689 9687 5321 que unido a las conversaciones telefónicas interceptadas por la policía judicial investigadora de los hechos lo vinculan con D. Javier Manuel Sánchez Barreiro y los envoltorios entregados por este el 24 de diciembre: uno de color blanco y otro de color azul de aproximadamente 4 cm. Son indicios y pruebas suficientes para poder imputar el tipo del art. 369 bis CP a los señores (en adelante, Sres.) Pérez Álvarez y Jiménez Santos, dados los continuos viajes del primero de ellos a Venezuela, Costa del Sol, Madrid y Barcelona, con el fin de proveerse de droga y dedicarla a la venta. Al igual que hace su compañero a Madrid y Majadahonda, el cual contacta con un conocido narcotraficante. A D. Javier Manuel Sánchez Barreiro el art. 369 bis CP agravado por ser de jefe de la organización y aprehendérsele la cantidad de 0,836 gramos de cocaína de una pureza de 33,15% y otro de 0,624 gramos de la misma sustancia y correspondiente pureza de 66,22%, así como una sustancia identificada como resina de cannabis con un peso de 8,483 gramos. Igualmente, el Sr. Sánchez entrega los dos bultos a D. Francisco Pérez, que resultaron ser 10 gramos de cocaína.

Igualmente, D. José Ramón García Méndez y D. José Suárez Rodríguez que mantienen regulares visitas al Sr. Sánchez (vigilancias policiales realizadas el 21 de diciembre) pertenecen a dicha organización y venden, en principio, lo que era 1 kg de cocaína, que resultó ser 800 gramos con una pureza que rondaba el 20% a D.ª María Díez Pateira. Ambos son autores de un delito recogido en el art. 369 bis del CP. La baja pureza de la droga es un indicio de que se dedican a la mezcla de cocaína con otros elementos.

Se trata de una organización criminal formada por los cinco investigados pues existe una estructura organizativa con vocación de permanencia o por tiempo indefinido<sup>73</sup> así como por estar formado por más de dos personas<sup>74</sup> que programan un proyecto para

---

<sup>71</sup> Presidente del TS CONDE-PUMPIDO TOURÓN a través de STS núm, 265/15 de 29 de abril (EDJ 2015/73564).

<sup>72</sup> Art. 369 bis CP.

<sup>73</sup> SAP Pontevedra núm. 219/2017 de 1 de junio (EDJ 2017/141344).

<sup>74</sup> Exigencia del nuevo concepto del art. 570 bis CP en consonancia con las definiciones establecidas por la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada y por la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada, y por la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada (Documento A/55/382), Resolución de la Asamblea General 55/25 de fecha 15 de noviembre de 2000.

desarrollar una idea criminal, con una coordinación entre ellas. Existe un plan previo, distribución de papeles, estructura jerárquica y la utilización de medios idóneos<sup>75</sup>. Todos ellos en calidad de coautores del art. 28 del CP. STS de 24 de febrero de 2009 (EDJ 2009/22880): “Todos los que se concertaron para la operación cualquiera que sea la actividad desarrollada son autores, toda persona que colabora en el tráfico o difusión de la droga, con conocimiento de dicha conducta, se convierte en coautor del delito”.

En cuanto a las sanciones penales en la pena privativa de libertad debe regir para su determinación la proporcionalidad en base al art. 1.1 CE. Otro aspecto es la motivación de la individualización de la pena. El art. 369 bis CP establece pena privativa de libertad de entre 9 a 12 años; si se trata de jefes, encargados o administradores se impondrán las penas superiores en grado.

En cuanto a la multa, el art. 377 CP recoge que:

“(…) para la determinación de la cuantía de las multas que se impongan en aplicación de los arts. 368 al 372, el valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos, será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener”.

Si leemos con detenimiento observamos la expresión “en su caso” la cual plantea una cuestión que carece de asertividad a la hora de determinar el importe de la multa. Se fijará el citado importe bien tomando en consideración el valor de la droga intervenida conforme a la prueba pericial que se practique en su caso o, bien, por la recompensa o ganancia que el acusado hubiera obtenido o podido obtener con el tráfico de drogas<sup>76</sup>.

El Alto Tribunal se pronuncia sobre este tema, a través de diversas resoluciones<sup>77</sup>, sin ser cuestión pacífica. POLO GARCÍA aboga por “la opción (...) de fijar la pena de multa en relación a su valor de venta (...) y, a tal efecto, dispuso de la precisa prueba pericial que determinó el valor de la droga objeto del tráfico en el que el acusado intervenía”<sup>78</sup> (véase Anexo I), criterio aplicado por antonomasia.

Si el informe pericial realizado arroja una pureza de la sustancia, cantidad de principio activo, por debajo de la dosis mínima psicoactiva fijada por el Informe del Instituto Nacional de Toxicología (en adelante, INT) se desestimarán como objeto del delito recogido en el art. 368 CP y la conducta se considerará impune. Las dosis mínimas psicoactivas de algunas sustancias son según el Informe del INT: para la heroína 0,66 miligramos, cocaína 50 miligramos, hachís 10 miligramos. El Tribunal puede llegar a la conclusión de que el porcentaje de principio activo es superior a la dosis mínima. Expuesto por la STS núm. 380/2009 de 16 de abril (EDJ 2009/ 62995): “la ausencia de analítica sobre el porcentaje activo de la droga ocupada no impide que a la vista de la cantidad de droga ocupada y otros datos se pueda inferir razonadamente que se sobrepasó los límites del principio de insignificancia”.

Inclusive la mujer de D. Francisco Pérez Álvarez al acompañar al procesado a Venezuela realiza una aportación causal a su actividad, siendo cómplice, la denominada como “conducta de favorecimiento al favorecedor del tráfico”, pues se trata de una

---

<sup>75</sup> SSTS núm. 719/2013 de 9 de octubre (EDJ 2013/197218), 855/2013 de 11 de noviembre (EDJ 2013/231246).

<sup>76</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, G. La determinación de la pena de multa “proporcional en los delitos de tráfico de drogas. *El Derecho*, 2018. (EDJ 2018/503526).

<sup>77</sup> SSTS de 14 de febrero de 2008 (EDJ 2008/25621), de 12 de abril de 2011 (EDJ 2011/51337) y de 9 de junio de 2015 (EDJ 2015/115555).

<sup>78</sup> STS núm. 279/2011 de 12 de abril (EDJ 2011/51337).

acompañante de otro implicado con la sola finalidad de proveer la apariencia de licitud al viaje que tenía por objeto el transporte de la sustancia de tráfico prohibida<sup>79</sup>. Se trata de una colaboración esporádica y de escasa consideración<sup>80</sup>. En caso de que se probara, la esposa, podría ser cómplice si v.gr: colaboraba en la recepción de la droga<sup>81</sup> o llevaba la mochila donde se portaban esas sustancias<sup>82</sup> o si conducía el coche donde se trasladaba la droga<sup>83</sup>. La SAN núm. 12/2017 de 12 de junio (EDJ 2017/135987): “El elemento subjetivo del delito de tráfico de drogas del art. 371 está compuesto por la conciencia de lo que se importa, transporta o posee, es decir, en la plena conciencia de que con su actividad se está favoreciendo el delito de tráfico de drogas, y por la voluntad de realizar esa actividad, en definitiva, los dos elementos configuradores del dolo directo. El elemento anímico debe estar por tanto preordenado al ilícito tráfico”.

Si se producen varios actos de venta de droga, en palabras de GALLEGO SÁNCHEZ<sup>84</sup> “no existen varios delitos”. Inclusive la variedad de sustancias tampoco tiene un efecto multiplicador del número de infracciones por cuanto el bien jurídico protegido es idéntico<sup>85</sup>.

Por lo que se refiere al tipo agravado de notoria importancia, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 19 de octubre de 2010 lo aplica a partir de las 500 dosis calculadas sobre la cantidad correspondiente al consumo diario estimado de un adicto medio, se debe tener en cuenta, exclusivamente, el resultado obtenido en cada caso de sustancia o base tóxica, una vez reducida la pureza con la salvedad del hachís y sus derivados respecto de los cuales no es necesario tener en cuenta el porcentaje de principio activo<sup>86</sup>, en este caso no se aplica.

#### 1.11.b) Delito de blanqueo de capitales

En cuanto al blanqueo de capitales los indicios más relevantes son<sup>87</sup>:

- a) La importancia de la cantidad de dinero blanqueado, en billetes de 100 euros.
- b) La vinculación del autor con el delito de tráfico de drogas y tenencia ilícita de armas.
- c) El inusual incremento patrimonial del Sr. Sánchez que bajo ninguna causa puede provenir del pub.
- d) La naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, realiza transferencias a Venezuela y a Miami, ingresos en efectivo, solicita cheques en divisas y realiza pagos al exterior (Colombia y Estados Unidos) a diferentes sociedades y personas físicas. Ingresa billetes de euros de poco valor en cuenta a su nombre a través de las oficinas bancarias y, solicita el

---

<sup>79</sup> SSTS núm. 1234/2005 de 21 de octubre (EDJ 2005/171730), 312/2007 de 20 de abril (EDJ 2007/23354) y 335/2008 de 10 de junio (EDJ 2008/82779).

<sup>80</sup> STS 384/2009 de 13 de abril (EDJ 2009/72834).

<sup>81</sup> STS 404/2004 de 30 de marzo (EDJ 2004/31408).

<sup>82</sup> STS 1430/2002 de 24 de julio (EDJ 2002/29091).

<sup>83</sup> STS núm. 768/1995 de 14 de junio (EDJ 1995/4817).

<sup>84</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, G. Los tipos penales que incluyen “conceptos globales” y el delito continuado. Respuesta de los Tribunales. *El Derecho*, 2020. (EDC 2020/563851).

<sup>85</sup> STS 730/2012 de 26 de septiembre de 2012 (EDJ 2012/216687).

<sup>86</sup> SSTS núm. 217/2003 de 18 de febrero (EDJ 2003/3220) y 487/2004 de 16 de abril (EDJ 2004/62995).

<sup>87</sup> STS núm. 238/2016 de 29 de marzo (EDJ 2016/35058) citándose las SSTS núm. 801/2010 de 23 de septiembre (EDJ 2010/206786), de 4 de julio de 2006 (EDJ 2006/98744) y de 1 de febrero de 2007 (EDJ 2007/5412).

reintegro en billetes de 100 euros, que transporta a Venezuela a través de “mulas”.

e) No existe justificación plausible de estos ingresos.

Se realizan varias operaciones desde diversas oficinas bancarias, beneficio del tráfico de estupefacientes, lo introduce en diferentes países a través de “mulas” que iban en avión. Estos medios excepcionales, contacto con otros cuatro países y la propia naturaleza de las actividades, denotan la existencia de una organización. Por el que, el jefe Sr. Sánchez Barreiro era el que dirigía y ejecutaba desde España mientras que otros en los propios países extranjeros recibían el dinero y lo entregaban, una actuación de menor trascendencia, fácilmente sustituible por otras personas, pues eran prescindibles. Les sería de aplicación los arts. 301.1 y 302.1 del CP.

Además, como el que blanquea el dinero es, entre otros, D. Javier Manuel Sánchez Barreiro, estaríamos ante un tipo de “autoblanqueo” que también recoge el art. 301 del CP, pues el mismo tiene su origen en una actividad delictiva cometida por el propio blanqueador, procedente del tráfico de drogas. La doctrina jurisprudencial lo determinó así en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006 y SSTS núm. 960/2008 de 26 de diciembre (EDJ 2008/272920) y núm. 313/2010 de 8 de abril (EDJ 2010/53523), al igual que el propio legislador en la reforma de 2010<sup>88</sup>.

#### 1.11.c) Decomiso

En cuanto al decomiso en los delitos de tráfico de drogas aparece recogido en el art. 374 CP donde serán objeto de decomiso los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el art. 371 CP y de los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en los arts. 127 y 128 CP. Se debería comisar el dinero en efectivo y en cuentas corrientes bloqueadas, donde depositaron el millón de euros los Sres. Pérez y Jiménez; vehículos, como el Porsche Panamera de D. Francisco Pérez Álvarez; bienes inmuebles, como el Pub del Sr. Sánchez y efectivos intervenidos. Por el blanqueo de capitales se le decomisarían al Sr. Sánchez las cuentas bancarias bloqueadas y otros.

#### 1.11.d) Delito de amenazas

En el caso los vendedores D. J.R García Méndez y D. J.J Suárez Rodríguez le dicen a D.<sup>a</sup> María Díez Pateira “te voy a matar, ya vendrá otra gente a mantenerte callada”, se le amenaza con causarle un mal futuro, injusto, posible, dependiente de la voluntad de los vendedores y a través de la intimidación, con un delito de homicidio (Título I del CP)<sup>89</sup>. Dicha acción es subsumible en el art. 169.2º CP pues es realizado sin condición.

Si se presentara como única prueba de cargo la declaración de la Sra. Díez Pateira el Alto Tribunal en reiteradas sentencias, como la de 6 de octubre de 2000 y 5 de febrero de 2001 (EDJ 2001/2906) establecen que para que tal declaración se tenga en cuenta como prueba de cargo ha de realizarse con totales garantías, ser contundente<sup>90</sup>, firme, coherente, clara, indubitada, no contradictoria y además el Juez o Tribunal sentenciador han de realizar un esfuerzo por justificar los razonamientos que les conducen a considerarla como única prueba suficiente, para desvirtuar la presunción de inocencia.

---

<sup>88</sup> LO 5/2010 de 22 de junio por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 23 de junio núm.152 (ELI: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>).

<sup>89</sup> Art. 169.2 CP: “El que amenazare a otro con causarle a él (...) un mal que constituya delitos de homicidio (...): Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional.” y STS de 14 julio 2011.

<sup>90</sup> SAP de Murcia núm. 186/2019 de 3 de diciembre (EDJ 2019/833556).

Las expresiones “te voy a matar” y “ya vendrá otra gente a mantenerte callada” provocan temor en la persona a la que va dirigida con independencia de que en el fuero interno del transmisor existiere o no la intención de llevar a cabo lo amenazado, lo cual, es indiferente para apreciar el delito de amenazas.

#### 1.11.e) Delito de tenencia ilícita de armas

El Sr. Sánchez Barreiro tiene en su poder dos armas: una pistola marca “FN BROWING”, semiautomática, calibre 6,35 mm, con número de identificación 0793, originalmente pistola detonadora y otra pistola de “alarma gas” marca “RECK” sin número de identificación. Ambas fueron transformadas para disparar cartuchos de fuego real, en perfecto estado de funcionamiento y conservación. Por ello, le sería imputable el art. 564 CP agravado por su apartado 2º por no poseer la segunda, número de identificación y estar modificadas sus características originales.

#### 1.11.f) Delito contra la Hacienda Pública y Delito contra la SS

Relativo al Impuesto de Sociedades (en adelante, IS) y al Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA) no nos encontramos ante un delito contra la Hacienda Pública (en adelante, HP)<sup>91</sup> pues se debe causar un perjuicio patrimonial a la misma en una cuantía superior a 120.000 euros<sup>92</sup>. Como en el caso práctico D. Javier Manuel Sánchez Barreiro deja de ingresar 6.892 euros en el periodo impositivo correspondiente a 2019 se trata de una infracción administrativa tributaria.

#### 1.11.g) Delito contra los derechos de los trabajadores

En cuanto al delito contra los derechos de los trabajadores tipificado en el art. 312.2 inciso 2º es calificado por HORTAL IBARRA<sup>93</sup> como una ley penal en blanco que “hay que delimitar cuál es el conjunto de derechos laborales reconocidos a los trabajadores extranjeros en situación irregular”. La carencia de permiso de trabajo no invalida el contrato suscrito respecto a los derechos del trabajador extranjero (art. 36.5 LOEX). Así, se considera que únicamente podrían incluirse en el delito la conducta de contratación de un trabajador extranjero sin permiso de trabajo cuando se lesionan derechos laborales mínimos, cuyo cumplimiento depende del empresario. Quedarían fuera del ámbito penal el no formalizar el contrato por escrito y la omisión de alta en la SS (la legislación impide al empleador afiliar al trabajador irregular, aspecto estudiado en capítulos posteriores). El tipo exige contratar a un extranjero sin permiso e imponerle condición perjudicial, algo que D. Javier Manuel no realiza.

#### 1.11.h) Posibles alternativas

A “sensu contrario”, el investigado D. Javier Manuel Sánchez podría alegar que las cantidades incautadas en su domicilio, de 0,836 y 0,624 gramos son para consumo propio, de difícil defensa pues las conductas que ejecuta la organización criminal en el ámbito del narcotráfico lo constituyen, en general, grandes cantidades de droga, pues realizan grandes operaciones para las que se necesita una importante estructura organizativa con una coordinada distribución de funciones entre sus miembros, como es

---

<sup>91</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., indica que “no se podrá calificar a un delito como económico o socioeconómico si el bien jurídico protegido no posee tal carácter” en MARTÍNEZ-BUJÁN, C. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial. *Tirant Lo Blanch*, 2019.

<sup>92</sup> CUERDA MARTÍN, M. de la. Aspectos generales del delito de defraudación a la Hacienda Pública. *Gabilex: revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 2017, 9. (EDC 2018/510751).

<sup>93</sup> HORTAL IBARRA, JC. Delitos contra los derechos de los trabajadores en: CARCOY BIDASOLO et al. Manual de Derecho penal, económico y de empresa. Parte general y parte especial. Tomo 2. *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2016, p. 528.

el caso. En el domicilio se encuentra resina de cannabis que es una sustancia pegajosa que sirve para capturar el polen que expulsan las plantas macho y de este modo polinizar a la hembra y producir semillas, elemento indiciario del cultivo de la sustancia. Este hallazgo podría ser indicio de la conducta típica tipificada del art. 368 “cultivar” que la RAE define como “dar a la tierra y a las plantas las labores necesarias para que fructifiquen”. La Convención de Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, firmada en Viena el 20 de diciembre de 1988, en el art. 3.1.a) ii) “el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta del cannabis objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961”.

Posteriormente, en el peaje se para el coche en el cual el Sr. García depositó el envoltorio entregado por el Sr. Sánchez en ese vehículo se encuentran 10 gramos de cocaína y 10.000 euros, cantidades que superan el consumo compartido. Este, también denominado “compra compartida” o “compra común”<sup>94</sup> para ser considerado como tal, exige cuatro requisitos<sup>95</sup>, que no se dan en el caso:

- a) Consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia. El fin principal de esta exigencia es evitar supuestos de favorecimiento de consumo ilegal por terceros.
- b) Consumo de la misma en “lugar cerrado”. Evita la promoción pública del consumo y la difusión de la sustancia.
- c) Grupo reducido de drogodependientes, identificables y determinados.
- d) Cantidad necesaria para el consumo inmediato.

#### 1.11.i) Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

En relación con las circunstancias atenuantes o agravantes podría ser de aplicación la atenuante de reparación del daño y la de adicción a sustancias estupefacientes, debería aplicarse el art. 66.1. 2º del CP y rebajar la pena en dos grados:

Tanto D. Francisco Pérez Álvarez como D. Álvaro José Jiménez cometieron los hechos influidos por su adicción a sustancias estupefacientes las que entonces se hallaban afectos y les disminuían sus capacidades, se podría apreciar atenuante de drogadicción (art. 21.2 CP) pues podrían demostrar la afectación mental a causa del consumo o un estado consiguiente de intoxicación o síndrome de abstinencia que disminuya de forma relevante su capacidad para conocer la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión<sup>96</sup>.

El Sr. Sánchez Barreiro en la diligencia de entrada y registro le hace entrega a los Agentes la cantidad de 0,836 gramos de cocaína de 35,15% de riqueza y un valor de mercado de 45 euros, así como, de 0,624 gramos riqueza del 66,22% y un valor de 30 euros. En este caso, no se cumple el requisito temporal, pero como el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, podría aplicarse la atenuante muy cualificada, siendo ésta potestativa por el Tribunal<sup>97</sup>. Como es una atenuante muy cualificada podría reducirse en uno o dos grados, pero si concurre con agravantes y otras

---

<sup>94</sup> STS núm. 484/2015 de 7 de septiembre (EDJ 2015/168977).

<sup>95</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, G. La doctrina jurisprudencial del “consumo compartido”. Respuesta de los Tribunales. *El Derecho*, 2016. (EDC 2016/1010887).

<sup>96</sup> STS núm. 710/2013 de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:4890), Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Murcia núm., 36/2013 de 5 de febrero (JUR 2013/92609 ECLI:ES:APMU:2013:335), STS núm. 840/2006 de 20 de julio (EDJ 1092/2005).

<sup>97</sup> STS núm. 93/2019 de 20 de febrero (EDJ 2019/513243).

atenuantes el art. 66.1. 7ª CP, se impone la pena inferior en grado si en el caso, se estima prevalente la atenuación sobre la agravación<sup>98</sup>.

Si alguno de los investigados fue condenado por un hecho delictivo ya enjuiciado<sup>99</sup> con condena anterior firme, perteneciente al mismo título del CP y con idéntica naturaleza y sin dichos antecedentes cancelados o que hubieran debido serlo, se apreciará agravante de reincidencia (art. 22.8 CP).

#### 1.11.j) Principio “non bis in idem”

Finalmente, el delito de blanqueo de capitales y de tráfico de estupefacientes no conculcan el principio “non bis in idem” pues deben sancionarse autónomamente por la especial protección que requieren sus bienes jurídicos.

## **II. PROCEDENCIA EN LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES, REGISTROS Y SOBRE QUÉ MUEBLES E INMUEBLES SE DEBEN PRACTICAR EN LA PRESENTE INVESTIGACIÓN. PRECEPTOS CONSTITUCIONALES AFECTOS**

En este segundo epígrafe se estudiará la procedencia de la intervención de las comunicaciones y registros, así como sobre qué muebles e inmuebles se deben practicar, todo ello, con indicación de los preceptos constituciones afectos.

### **II.1 ¿Es procedente la intervención de las comunicaciones realizadas entre los investigados? ¿Qué preceptos constitucionales estarían afectos?**

La intervención de las conversaciones telefónicas “es un medio de investigación que consiste en vigilar, con la ayuda de aparatos electrónicos las conversaciones orales realizadas a través del teléfono (...) que busca establecer la existencia de un delito y sus responsables”<sup>100</sup>. Infiere directamente en el derecho fundamental del secreto a las comunicaciones, intimidad y libertad informática (art 18 CE). Su regulación se encuentra en los Capítulos IV y V del Título VIII del Libro II, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECRIM)<sup>101</sup>. El propio art. 18 de la CE en su apartado 3º establece como excepción “salvo resolución judicial”<sup>102</sup>.

Las características que debe tener una comunicación para poder protegerse constitucionalmente “se predica de lo comunicado sea cual sea su contenido”<sup>103</sup>, forman parte de este derecho datos que se producen como resultado de la comunicación (identidad de los interlocutores, listado de llamadas o existencia de la comunicación, momento, duración, destino). Estas intervenciones son diligencias de investigación acordadas por la autoridad judicial en fase de instrucción, ejecutadas bajo el control y supervisión del órgano jurisdiccional competente, para captar el contenido de

---

<sup>98</sup> SSTS núm. 467/1999 de 18 de marzo (EDJ 1999/5864), núm. 1018/1999 de 30 de septiembre, núm. 118/2005 de 9 de febrero (EDJ 2005/71475), núm. 187/2009 de 3 de marzo (EDJ 2009/22861) y núm. de 26 de septiembre. (EDJ 2012/216687).

<sup>99</sup> STS de 6 de marzo de 2007 (EDJ 2007/3247).

<sup>100</sup> VARGAS GALLEGU, A.I. Algunos apuntes sobre la interceptación de las comunicaciones. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 2020, 1. (EDC 2020/730132).

<sup>101</sup> Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Boletín Oficial del Estado, de 6 de octubre 2015, núm. 239 (ELI:[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725) )

<sup>102</sup> Asimismo, se recoge en la STS núm. 246/1995 de 20 de febrero (EDJ 1995/1021) y STS núm. 77/2019 de 12 de febrero (EDJ 2019/509153).

<sup>103</sup> SSTC 114/1984 de 29 de noviembre (EDJ 1984/114), 34/1996 de 11 de marzo (EDJ 1996/897), 70/2002 de 3 de abril (EDJ 2003/7116).

comunicaciones del sospechoso o de otros aspectos del “iter” comunicador, cuyo fin es investigar el delito, circunstancias y autores<sup>104</sup>.

Se debe hacer referencia a los arts. 588 ter a) y 579.1 de la LECRIM. El primero de ellos recoge: “(...) sólo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el art. 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación”, completado con el segundo que añade aquellas investigaciones que tengan por objeto los delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. Es una medida que se debe tomar cuando no exista otra de menor incidencia<sup>105</sup> siempre y cuando sea proporcional, para ello, se tendrán en cuenta la gravedad de la pena, el bien jurídico protegido, la comisión del delito por organizaciones criminales e incidencia del uso de las tecnologías de la información<sup>106</sup>. A los indicios que motivan su correspondiente ejecución no se les puede exigir solidez de una “provisional cuasi certeza”<sup>107</sup> pero sí “más que simples conjeturas o suposiciones, más o menos aventuradas”<sup>108</sup>.

Las intervenciones se desenvuelven en dos dimensiones: una de ellas como medio de investigación y, otra como prueba directa en la correspondiente sede judicial<sup>109</sup>. De acuerdo con el art. 588 quáter a) es posible la grabación de las comunicaciones orales directas en los siguientes términos<sup>110</sup>: podrá autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados. Si fuese necesaria la instalación en domicilio o en algún lugar privado, habrá de extender la motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares. Podrá complementarse con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde. Cesada la medida por alguna causa del art. 588 bis j) en relación con el art. 588 quáter e), la grabación o la captación de imágenes necesitarán de nueva autorización judicial.

## **II.2 ¿Qué tipo de registros y sobre qué muebles e inmuebles se deben practicar en la presente investigación? ¿Qué preceptos constitucionales estarían afectos?**

En el siguiente epígrafe se pasará a exponer aquellos bienes muebles e inmuebles sobre los que se podrían practicar registros en la presente investigación, en conjunción con los preceptos constitucionales afectos.

### **II.2.a) Entrada en registro de lugar cerrado**

La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado se regula en los arts. 545 a 572 LECRIM incardinados en el Capítulo I “De la entrada y registro en lugar cerrado”, del Título VIII “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución”. Consiste en la penetración en un determinado recinto aislado del exterior con la finalidad de buscar y recoger fuentes de investigación o la

---

<sup>104</sup> Circular 1/2013 de 11 de enero de la Fiscalía General del Estado y STS núm. 71/2017 de 8 de febrero (EDJ 2017/6938).

<sup>105</sup> STS de 18 de junio de 1992.

<sup>106</sup> STS 104/2006 de 3 de abril (EDJ 2006/42683).

<sup>107</sup> STS 485/2018 de 18 de octubre (EDJ 2018/654336).

<sup>108</sup> GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. Tipos agravados del art. 370 CP. Valencia, 2009, pp. 240.

<sup>109</sup> SSTS núm. 441/2010 de 13 de mayo (EDJ 2010/78776) y núm. 457/2010 de 25 de mayo (EDJ 2010/92255).

<sup>110</sup> MONTERO AROCA, J. Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal. *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2018.

propia persona del investigado (arts. 546 y 550 LECRIM). Posee dos finalidades claras: 1. Asegurar pruebas y piezas de convicción (físicas) para estar a disposición de las partes y del órgano jurisdiccional el día del juicio y 2. Detener al presunto culpable que se sospecha dentro del domicilio. El art. 18 de la CE establece “ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. En caso de que esto se vulnere la autoridad cometerá un delito tipificado en el art. 202 en relación con el art. 204 CP, la posible comisión de un delito de allanamiento de morada, en su modalidad agravada, por la condición de funcionario público del agente de policía, o si se estimase que tiene recorrido el hecho de que se hubiera cometido previamente un delito de desobediencia, podría apreciarse la conducta como integrante del art. 534.1 CP. Asimismo, si se fractura la puerta para su entrada estaríamos ante un delito de daños del art. 263 CP.

Si se quiere entrar en domicilio particular se exigen estos presupuestos:

1. Consentimiento del interesado conforme al art. 18.2 CE y art. 550 LECRIM el cual puede presumirse si no alega derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 551 LECRIM).
2. Si se niega sólo puede procederse a la entrada notificándose en el acto o dentro de las 24 horas siguientes el auto motivado que deberá contener las circunstancias de los arts. 558, 550 y 566 LECRIM.

#### II.2.b) Libros y papeles

La diligencia de registro de libros y papeles se regula en los arts. 573 a 578 LECRIM, en el Título VIII “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución”, Capítulo III “Del registro de libros y papeles”. En este acto se pretende recoger toda la documentación que o bien constituya objeto del delito o sirva para esclarecer los hechos criminales que han dado lugar a la causa, con respeto al art. 18.3 CE la LECRIM distingue entre: libros y papeles en general, contables, consulares y notariales, de los registros de la propiedad, civil y mercantil.

#### II.2.c) Equipos informáticos

Recogido en los arts. 588 septies a) a 588 septies c) LECRIM, Capítulo IX del Título VIII del Libro II “Registros remotos sobre equipos informáticos”. Se funda en el art. 18.3 CE, art. 18.4 CE y el derecho a la privacidad del art. 18.1 CE.

Se trata de utilizar programas informáticos altamente sofisticados que se introducen desde centros de control policial en el ordenador u ordenadores estáticos o portátiles, tabletas, teléfonos, móviles... pues almacenan datos del investigado, con el fin de extraer cualquier tipo de información que en él se contenga válida a efectos de investigación de un delito. Únicamente podrá realizarse si entre otros, son delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. La duración máxima será de un mes, prorrogables por periodos iguales hasta un máximo de 3 meses (art. 588 septies c)).

#### II.2.d) Almacenamiento masivo de información

Del art. 588 sexies a) al art. 588 sexies c) en el Capítulo VIII del Título VIII del Libro II de la LECRIM “Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información”.

El apartado c) de este artículo recoge que:

- a) La resolución del juez de instrucción mediante la que se autorice el acceso a la información contenida en los dispositivos, fijará los términos y alcance del registro y podrá autorizar a la realización de copias de los datos informáticos.
- b) Se evitará la incautación de los soportes físicos que contengan los datos o archivos informáticos cuando ello pueda causar un grave perjuicio a su titular o propietario y sea posible realizar una copia.
- c) Si existe urgencia la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen de los datos, comunicándolo inmediatamente dentro del plazo de las 24 horas por escrito al juez competente, con las razones que justificaron la medida, la actuación realizada, la forma y resultado. El juez en un plazo máximo de 72 horas ratificará o revocará la actuación.

### **II.3 Aplicación al caso práctico**

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción ordena una diligencia de entrada y registro, que fue efectuada el 10 de diciembre en el domicilio de D. Javier Manuel Sánchez Barreiro.

La solicitud debió ser presentada por la Policía Nacional fundamentada en la existencia de fundadas sospechas de que en el domicilio de D. Javier Manuel Sánchez se pudieran encontrar sustancias estupefacientes, dinero y otros efectos utilizados para la comisión de un delito, en principio, de tráfico de drogas.

El art. 18.1 de la CE tiene reflejo en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas de 1950, preceptos que coinciden en el reconocimiento a toda persona del derecho a erigir ámbitos privados para el libre desarrollo de su personalidad, se excluye la observación de los demás y de las Autoridades.

Como no se recoge que se haya cometido un flagrante delito ni que tenga el permiso de quien lo ocupa, es más, es el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción quien lo ordena, se necesita de autorización por dicho órgano (art. 550, 579.1 y 3 de LECRIM y arts. 245.1 b) y 248.2 LOPJ) para acordar la intervención. Consideran que es una diligencia de investigación irrepetible, imprescindible e idónea. Se exige que se plasme dicha autorización en auto motivado (arts. 546 y 550 LECRIM) y que se funde en la existencia de indicios de que en el domicilio se halla el responsable del delito o efectos o instrumentos de este o libros, papeles u objetos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación<sup>111</sup>.

En las diligencias que deberían obrar en autos para solicitar la diligencia de entrada y registro se recogerían los siguientes datos objetivos: indicios como la carta-denuncia presentada el 13 de noviembre de 2020, dirigida al comisario jefe de la policía de Ribeira, en la que se comunica que D. Francisco Pérez Álvarez y D. Álvaro José Jiménez cometen estos hechos; será a partir de la misma, cuando se realicen varias escuchas a través de las cuales nombran a D. Javier Manuel Sánchez Barreiro, que hace referencia a la “droga” como “coche” y al “dinero” como “documentación”; los continuos viajes que se realizan para reunirse con conocidos traficantes de sustancias

---

<sup>111</sup> SSTC núm. 122/1991 de 3 de junio (EDJ 1991/5837) y 209/1993 de 28 de junio (EDJ 1993/6336).

estupefacientes, así como la vida de opulencia que llevan, sin tener ingresos conocidos. Todo ello hace pensar que el Sr. Pérez pertenece a una organización criminal.

Esto acredita la conexión entre la investigación del delito objeto de estudio y la persona que es afectada por la medida. Se infiere la existencia de indicios racionales, suficientes y bastantes de que en el mencionado lugar pudieran encontrarse sustancias estupefacientes, dinero u otros instrumentos o efectos relacionados con el delito investigado o procedentes del mismo, pues se comprueba que reside en dicha vivienda.

Se trata de una medida necesaria ya que no existe otra más moderada para conseguir el fin propuesto con igual eficacia. Supera el juicio de proporcionalidad al derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Los hechos objeto de investigación pueden ser constitutivos de un delito de tráfico de drogas, también de blanqueo, conductas que pueden ser castigadas con una pena de prisión de 3 a 9 años, delito grave. Sin contar con la innegable trascendencia social de que este tipo de conductas exige la mayor de las atenciones y el máximo de los esfuerzos<sup>112</sup>. Citada práctica debe realizarse de forma regulada por la LECRIM<sup>113</sup>.

Asimismo, desde que se recibe la carta-denuncia anónima el 13 de noviembre se intervienen las comunicaciones a D. Francisco Pérez Álvarez y D. Álvaro José Jiménez Santos. Esta diligencia de intervención telefónica debe respetar unas claras exigencias de legitimidad constitucional, cuya concurrencia es necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas<sup>114</sup>. La decisión sobre la restricción del derecho lo tiene el poder judicial (art. 18.3 CE), en específico, el juez de instrucción, persona sobre la que recae la ponderación de los intereses en juego mediante un juicio acerca de la legitimidad, proporcionalidad y necesidad de la medida, el cual deberá desprenderse de una resolución judicial motivada, adoptada en un proceso penal. Dicha resolución contendrá al menos, los datos fácticos para poner de manifiesto que el juez ha realizado la valoración exigida. Esto conecta directamente con el art. 24 CE que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva y el art. 120.3 CE que impone la motivación de las resoluciones judiciales.

La restricción del ejercicio de un derecho fundamental se ha dicho, “necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó. Por ello la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de Derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho”<sup>115</sup>.

Es preciso que exprese las razones que hagan legítima la injerencia, en este caso, serían los mismos indicios que hacen necesaria la diligencia de entrada y registro en el domicilio, a excepción de las propias conversaciones que fueron fruto de las escuchas realizadas una vez fuera ordenada la diligencia. En suma, estaríamos hablando de los frecuentes viajes realizados por el Sr. Pérez Álvarez y el Sr. Jiménez Santos al extranjero en el que entablan conversaciones y contacto con conocidos traficantes y la venta de cocaína que realizan a D.<sup>a</sup> María Díez Pateira, todo ello unido a la vida de opulencia y gastos sin ingresos conocidos hasta la fecha. Estos indicios o sospechas son basados en

---

<sup>112</sup> SSTC de 27 de octubre de 1997 (EDJ 1997/7038) y de 22 de julio de 1999 (EDJ 1999/19191).

<sup>113</sup> STS de 27 de febrero de 2001 (EDJ 2001/3256).

<sup>114</sup> SSTS núm. 924/2009 de 7 de octubre (EDJ 2009/234657) y 834/2009 de 16 de julio (EDJ 2009/183914).

<sup>115</sup> STC núm. 158/1996 (EDJ 1996/5825), núm. 170/1996 (EDJ 1996/6496). SSTS núm. 201/2006 de 1 de marzo (EDJ 2006/16017), 415/2006 de 18 de abril (EDJ 2006/65308).

elementos objetivos y no meramente anímicos como exige el TC. Infiere la comisión de un delito, sin conocer más datos hasta esa fecha de tráfico de drogas. El delito es importante, lo que impide que pueda calificarse de desproporcionado el recurso a dicha intervención (STS de 19 de noviembre de 2003 y de 6 de junio de 2005).

Se podrían realizar posteriormente, basados en los hechos acaecidos el 21 de diciembre y 24 de ese mismo mes cuando se detectan varias visitas y la entrega de dos envoltorios de plástico uno de color blanco y otro de color azul: el registro en equipos de almacenamiento masivo de información, equipos informáticos y otros libros.

### **III. IMPAGO DE IMPUESTOS**

El objetivo de este tercer capítulo es analizar el procedimiento de imposición de sanciones por parte de la Agencia Tributaria. Posteriormente, se hará referencia a los impuestos que deja de declarar, el Impuesto de Valor Añadido y el Impuesto de Sociedades, así como el método indirecto.

#### **III.1 ¿Qué sanciones conllevaría por parte de la Hacienda Pública?**

Ante el incumplimiento de la obligación de presentación de la declaración o autoliquidación, la Administración podría exigir junto con el pago de la cuota y de los intereses de demora, responsabilidad por infracción tributaria. Si presenta una declaración tardía sería aplicable el art. 27 LGT por presentación extemporánea se aplican recargos e intereses de demora si el resultado es a ingresar o se impone una multa de 100 euros si es cero o a devolver. El recargo será:

- a) Si el retraso es de hasta 3 meses: recargo 5%.
- b) Si el retraso es entre 3 meses y un día a 6 meses: 10%.
- c) Si el retraso es de entre 6 meses y un día a 12 meses: 15%.
- d) Más de 12 meses de retraso: 20% + intereses de demora.

Si la Administración Tributaria realiza un requerimiento por la falta de presentación, se dan dos supuestos: si el resultado es a ingresar aplicaríamos las sanciones recogidas en los arts. 191 y 192 de la LGT, suponen sanciones de entre el 50% al 150%, pero, si el resultado es cero o a devolver la multa será de 200 euros. En el caso de tratarse de declaraciones informativas la sanción será de 20 euros por dato o conjunto de datos referidos a una misma persona o entidad que hubiera debido incluirse en la declaración. Los arts. 27.5 y 188.3 LGT establecen que si se realiza el ingreso en los plazos indicados por la liquidación provisional los recargos y sanciones se reducirán un 25%.

En las sociedades mercantiles se deben llevar un total de cinco libros obligatorios englobados en tres categorías<sup>116</sup>: libros contables, mercantiles y fiscales. La no llevanza de estos libros se sanciona en la Ley General Tributaria, en su art. 200, la considera infracción grave, en el apartado c) “El incumplimiento de la obligación de llevar o conservar la contabilidad, los libros y registros establecidos por las normas tributarias, los programas y archivos informáticos que les sirvan de soporte y los sistemas de codificación utilizados”. La multa será del 1% de la cifra de negocios del sujeto infractor en el ejercicio al que se refiere la infracción, con un mínimo de 600 euros.

La cifra de negocios es un concepto mercantil que se define en el Plan General Contable, tercera parte “cuentas anuales”, “I. Normas de elaboración de las cuentas anuales” como “11ª. (...) se determinará deduciendo del importe de las ventas de los

---

<sup>116</sup> Arts. 28, 34 y demás concordantes del Código de Comercio (RD de 22 de agosto de 1885).

productos y de las prestaciones de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades ordinarias de la empresa, el importe de cualquier descuento (bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas) y el del impuesto sobre el valor añadido y otros impuestos directamente relacionados con las mismas, que deban ser objeto de repercusión”.

### **III.2 ¿Qué actuaciones debería realizar la Agencia Tributaria?**

El art. 141 LGT establece que son órganos de inspección tributaria los de carácter administrativo que realizan determinadas funciones, como son las actuaciones de comprobación e investigación (art. 145 LGT), actuaciones de obtención de información y actuaciones de comprobación de valores. Las facultades de inspección de los tributos se pueden ejercer en el desarrollo de las labores de inspección, aunque no esté actuando en un procedimiento, en sentido estricto (art. 142 LGT), con las siguientes facultades: examen de la documentación con trascendencia tributaria, entrada y reconocimiento de fincas, colaboración de los obligados tributarios, consideración como agentes de la autoridad y adopción de medidas cautelares.

El inicio del procedimiento se recoge de los arts. 147 a 149 de la LGT el cual puede realizarse:

- a) Mediante comunicación notificada al interesado para que se persone en el lugar, día y hora que se le señale y ponga a disposición de los órganos de inspección o aporte la documentación y demás elementos que se estimen necesarios. Entre la notificación y la personación deberá mediar un plazo mínimo de 10 días.
- b) Sin previa comunicación mediante personación de la inspección en la empresa, oficinas, dependencias, instalaciones, centro de trabajo o almacenes del obligado tributario o donde existe alguna prueba de la obligación tributaria, aunque sea parcial. El inicio se documentará en diligencia.

En el art. 150.1 y 2 LGT se recoge que el plazo de carácter general es de 18 meses y de 27 meses en casos establecidos. Una vez que el órgano de inspección considere que se obtuvieron los datos y pruebas necesarios se notifica el trámite de audiencia previo a la formalización de las actas de conformidad o disconformidad. El resultado de las actuaciones se recoge en las actas (art. 143.2 LGT), propone la regularización que estime procedente de la situación tributaria del obligado o declara correcta la misma. El procedimiento se termina con la notificación del acto de liquidación.

### **III.3 Impuesto Valor Añadido**

El IVA es un impuesto indirecto que grava el consumo. La obligación de presentar declaraciones y autoliquidaciones es una obligación formal que debe regularse por ley (art. 8 y 29 LGT). En 2017 se inició un nuevo sistema de gestión donde la Hacienda Pública ya no tiene que solicitar los libros a las empresas, pues, por el sistema de suministro inmediato de información (en adelante, SII) las empresas envían el detalle de los registros de facturación en un plazo de 4 días.

En caso de que la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, AEAT) una vez realizada la autoliquidación requiera para aportar los libros registros y estos no se entreguen en el plazo establecido legalmente, no queda acreditado el cumplimiento tanto de los requisitos formales como materiales que dan derecho a la deducción de las cuotas soportadas. En consecuencia, se eliminaría el IVA soportado deducido.

### **III.4 Impuesto de Sociedades**

En caso de no presentar la declaración no será posible la compensación de bases imponibles negativas (Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central 1510/2013 de 4 de abril 2017), lo mismo sucede con la libertad de amortización (Resolución 01524/2017 de 14 de febrero 2019). Además, debe tenerse en cuenta que la LIS prevé beneficios fiscales tales como la reserva de nivelación, reserva de capitalización o reserva para inversiones en Canarias que precisan de unas cuentas anuales aprobadas. Si no se dispone de ellas se corrige en un sentido u otro la autoliquidación presentada. Pueden incrementar las cargas administrativas de los contribuyentes que se verían forzados a solicitar la rectificación de sus autoliquidaciones en el caso de que la autoliquidación inicial perjudicara sus intereses o presentarían alguna complementaria para los supuestos en que se constate que la autoliquidación inicial dio lugar a un resultado inferior al que correspondía o a una devolución superior a la que resultaba procedente<sup>117</sup>.

### **III.5 Método**

El método de estimación indirecta se recoge en el art. 53 de la LGT, su procedimiento en el art. 158 LGT. Es un método de aplicación subsidiaria cuando la Administración no conoce otra forma (por el método de estimación directa u objetiva) la base o cuota tributaria<sup>118</sup>. Se podrá aplicar tanto en los impuestos directos como en los indirectos.

Se aplicará cuando se encuentran ante la falta de presentación de declaraciones o presentación de declaraciones incompletas o inexactas, cuando se produce resistencia, obstrucción, excusa o negativa a la actuación inspectora; desaparición o destrucción, aún por causa de fuerza mayor, de los libros y registros contables o de los justificantes de las operaciones anotadas en los mismos o, finalmente, cuando exista un incumplimiento sustancial de las obligaciones registrales o contables. No sólo exige anomalías contables, sino que se “oculten o dificulten gravemente la exacta comprobación de las operaciones realizadas”<sup>119</sup>.

### **III.6 Aplicación al caso práctico**

Durante el periodo impositivo correspondiente al 2019 D. Javier Manuel Sánchez Barreiro dejó de llevar, si bien era su obligación hacerlo, los libros de contabilidad y los libros de registro del IVA. De igual modo dejó de ingresar a la Hacienda Pública por el Impuesto de Sociedades e IVA la cantidad de 6.892 euros, al ser su volumen de ingresos durante ese periodo de 60.000 euros por los pubs, cuyo código del CNAE es 5630.

D. Javier Manuel Sánchez podrá presentar las distintas declaraciones de forma extemporánea, con más de 12 meses de retraso en 2021. En función de la fecha de cierre del ejercicio se enfrentaría a un recargo del 20% más los intereses de demora correspondientes (art. 27 LGT).

En cambio, si el empresario opta por esperar a un requerimiento de pago por parte de la Administración y el resultado es a ingresar. los 6.892 euros se incrementarían entre un 50 y un 150%.

---

<sup>117</sup> NOGUEIRA DE ZAVALA, J y CAGIGA MATA, G. Derecho tributario en el estado de alarma: plazos de cumplimiento de las obligaciones tributarias. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 2020, 1.

<sup>118</sup> TEAC núm. 7004/2012 de 19 de febrero de 2015 (EDD 2015/8425).

<sup>119</sup> STS de 20 de noviembre de 2014 (EDJ 5193/2014).

Otra las cuestiones es el dejar de llevar los libros de contabilidad y los libros de registro del IVA que acarrea un incumplimiento de las obligaciones registrales y contables. La ocultación a la Administración mediante la falta de declaraciones no puede integrar al mismo tiempo una infracción tributaria y circunstancia de agravación porque entonces cualquier conducta de tales dimensiones sería agravada, de forma que se debe razonar o explicar las circunstancias concurrentes en el caso que permitan considerar que la incompleta o inexacta declaración con disminución de la deuda tributaria no sólo es una infracción, sino que opera como criterio de agravación. La propia Resolución del TEAC señala que la falta de presentación o la presentación inexacta constituye un ilícito tributario, lo que excluye la aplicación de la agravación de ocultación. La infracción a la que se enfrentaría será del art. 200.1.c) LGT, la multa será del 1% de la cifra de negocios del dueño del pub en el 2019, como mínimo de 600 euros por cada ejercicio.

El volumen de ingresos de 60.000 euros y la cifra de negocios no tienen porqué coincidir. Si suponemos que el pub emite facturas por todo lo que vende en el momento de transmisión del bien y que no recibe otro ingreso, el 1% sería sobre citada cantidad, dando un resultado de 600 euros, coincidente con el mínimo exigido por ley.

#### **IV. DERECHO AL HONOR E IMAGEN**

En este cuarto capítulo se responderá a la cuestión de si se podría ejercer alguna acción legal por la que se solicite al periódico “Ciudad de Santiago” el retracto y alguna indemnización por daños y perjuicios.

##### **IV.1 ¿Podrían ejercer alguna acción legal pidiendo que se retracte el periódico?**

El proceso civil de tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen encuentra su fundamento en el amparo de estos derechos fundamentales de naturaleza sustantiva recogidos en el art. 18 CE y regulados por la LO 1/1982 de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LOPDH)<sup>120</sup>. Citada ley no establece ninguna diferencia entre los tres derechos, de ello, podría inferirse que la tutela del derecho al honor comporta al mismo tiempo, la de la intimidad y la propia imagen. El art. 20 CE reconoce y protege el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito u otro medio de reproducción, así como, el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de comunicación. Estos derechos fundamentales gozan de prioridad, prevalencia o preferencia frente al derecho al honor, intimidad e imagen<sup>121</sup>.

##### **IV.1.a) Derecho al honor**

En cuanto al derecho al honor el TC ha establecido que no es posible encontrar una definición adecuada en el ordenamiento jurídico<sup>122</sup> pero, no impide al Alto Tribunal definirlo como “el derecho al respeto y al reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda ser encarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás”<sup>123</sup>. El ámbito de protección de este derecho tiene un aspecto privado, en cuanto, a la esfera íntima que para

---

<sup>120</sup> CALAZA LÓPEZ, S. Delimitación de la protección civil del derecho al honor a la intimidad y a la propia imagen. *UNED*, 2011, 9.

<sup>121</sup> MAGRO SERVET, V. Presupuestos de concurrencia para entender infringido el derecho al honor de una persona por la divulgación de noticias sobre ella. *El Derecho*, 2014, 1.

<sup>122</sup> STC núm. 223/1992 de 14 de diciembre (EDJ 1992/12332).

<sup>123</sup> STS 404/2004 de 30 de marzo (EDJ 2004/31408).

cada persona tiene su propio honor también una dimensión pública, lo que se pretende proteger realmente es la visión pública que de una persona tienen los demás y que puede verse menoscabada por esos ataques al honor (art. 7 LOPDH)<sup>124</sup>.

La libertad de información cuando redundaría en descrédito de la persona para que pueda prevalecer el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de veracidad, como resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales que se ajusten a las circunstancias del caso, aún cuando la información con el transcurso del tiempo pueda más adelante ser desmentida o no ser confirmada<sup>125</sup>. La transmisión de la noticia no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado porque la “Constitución no reconoce un hipotético derecho al insulto”<sup>126</sup>.

#### IV.1.b) Derecho a la propia imagen

El derecho a la propia imagen atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y le permita determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública. En el sentido negativo otorga la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta<sup>127</sup>. El TC indica que es “un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública y a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad”<sup>128</sup>.

La libertad de información puede entrar en colisión con el derecho a la propia imagen. Este sólo ha de sacrificarse en la medida en que resulte necesario para asegurar la información libre en una “sociedad democrática”, tal como recoge el art. 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos<sup>129</sup>. La SSTS núm. 91/2017 de 15 de febrero (EDC 3361/2015) y núm. 91/2017 de 15 de febrero (EDC 3361/2015) declaraban que la libertad de información no justificaba la publicación de una fotografía de su perfil de Facebook sin el consentimiento expreso del afectado. Argumentaba el Tribunal esta posición en que la cuenta en particular, no tiene la consideración de un “lugar abierto al público”. Tampoco el que la cuenta estuviese abierta al público constituía un “consentimiento expreso” (art. 2.2 de la LO 1/1982). Ahora bien, la STS núm. 476/2018 de 20 de julio (EDC 2355/2017) diferencia la publicación a través de Facebook de la inclusión de una imagen en un tuit. En Twitter la inclusión de una imagen en un tuit equivale a la inclusión en el mismo del enlace a la web en que tal imagen se encuentra, lo que puede considerarse como una “consecuencia natural” de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general.

---

<sup>124</sup> MAGRO SERVET, V. La protección civil del derecho al honor de las personas. Respuesta de los tribunales. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 2019, 2.

<sup>125</sup> SSTC núm. 139/2007 de 4 de junio (EDJ 2007/36036) y núm. 29/2009 de 26 de enero (EDJ 2009/11663).

<sup>126</sup> STC núm. 204/1997 de 25 de noviembre (EDJ 1997/8135).

<sup>127</sup> STS núm. 697/2019 de 19 de diciembre (EDJ 4528/2018).

<sup>128</sup> SSTS núm. 818/2013 de 17 de diciembre (EDJ 2013/267545) y 293/2015 de 20 de mayo (EDJ 2015/86717).

<sup>129</sup> SSTC núm. 171/1990 de 12 de noviembre (EDJ 171/10283), núm. 121/2002 de 20 de mayo (EDJ 2002/18835).

#### IV.1.c) Derecho a la intimidad

Por último, el derecho a la intimidad cuyo término “intimidad” se utiliza para designar un espacio que las personas o familias deciden sustraer al conocimiento o a la intervención de otras personas, o de todas las personas que no estén incluidas en esa zona que se ha construido personal y socialmente como “privada” (art. 10.1 CE)<sup>130</sup>. Trata de impedir que los terceros decidan cuáles van a ser las lindes de la vida privada. Cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido en ese espacio. La controversia entre la libertad de información y el derecho a la intimidad y el requisito de veracidad goza de un tratamiento diferente al que recibía con el derecho al honor. La veracidad actúa en sentido diverso<sup>131</sup> tiene en cuenta la “relevancia pública del hecho divulgado”<sup>132</sup> que resulte necesaria en función del interés público del asunto sobre el que informe. Los tres derechos son inalienables, imprescriptibles e irrenunciables.

#### IV.2 ¿Podrían reclamar indemnización por daños y perjuicios?

Para cuantificar la indemnización se utilizan los criterios previstos en el art. 9.3 LO 1/1982: gravedad de la intromisión, difusión del reportaje infractor, repercusión de la vulneración en el estrés traumático que sufrió el demandante.

Contempla una serie de medidas que pueden clasificarse por su finalidad: atajar el daño o evitar su propagación o, por otro lado, resarcimiento. El primero engloba la declaración o reconocimiento de la intromisión sufrida y la reposición a su estado anterior, el ejercicio del derecho de réplica y rectificación, así como, la publicación total o parcial de la sentencia condenatorio a costa del condenado con al menos la misma difusión que tuvo la que fue objeto de demanda. El segundo, se obtiene a través de la indemnización de daños y perjuicios<sup>133</sup>. Los criterios de valoración del daño recoge el art. 9.3 de citada LO que “se valorarán atendiendo a las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se valorará en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”, tendrá en cuenta las “circunstancias del caso”, tales como edad, reputación social... se discuten otros criterios como la situación económica del perjudicado, pues así lo fundamentan algunas sentencias del Tribunal Supremo, como la de 14 de noviembre de 2002 al publicar una fotografías de un financiero tumbado en la playa junto con su mujer, el mismo, atendió a la “capacidad económica alta” del demandante, algo que el Alto Tribunal anuló.

El siguiente criterio a aplicar será la “gravedad de la lesión efectivamente producida” que la conducta reporta a la víctima. PANTALEÓN PRIETO indica que esta indemnización será mayor o menor según si se ha producido por dolo o culpa grave o por culpa leve<sup>134</sup>. La difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido, se

---

<sup>130</sup> ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. Derechos Fundamentales en la Relación del Trabajo. *Universidad de Cádiz. Departamento del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 2014.

<sup>131</sup> Art. 7.3 LOPDH en relación con las SSTC 197/1991 de 17 de octubre (EDJ 1991/9838) y 115/2000 de 10 de mayo (EDJ 2000/8895).

<sup>132</sup> STC 172/1990 de 12 de noviembre.

<sup>133</sup> ATIENZA NAVARRO, M. Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. *Rev. Boliv. De derecho*, 2013, 15, pp 216 – 233.

<sup>134</sup> PANTALEÓN PRIETO, F. Comentario al art. 1902 CC en Comentarios al Código Civil. Tomo II. *Ministerio de Justicia*, 1991, Madrid, p. 1972.

tendría, asimismo, en cuenta<sup>135</sup>. Esto se podría cuantificar con encuestas de audición, ejemplares vendidos, ubicación física... para aquellos casos publicados en medios de comunicación. Si se ha publicado no sólo en prensa escrita o televisión, sino también en portales de internet, tendría difusión casi infinita. La tutela negatoria o inhibitoria sería difícil, pues no se puede controlar el reenvío privado entre particulares.

El “quantum indemnizatorio” corresponde a los Tribunales de instancia sin poder revisarse en casación. Salvo que el TS considere que no se han tenido en cuenta los criterios legales o los hayan tenido en cuenta de manera arbitraria, inadecuada o irracional<sup>136</sup>.

### IV.3 Aplicación al caso práctico

Tal como indica el caso, el diario “Ciudad de Santiago” publica un organigrama titulado “la droga de la región” califica a los investigados como “nuevos capos”.

Estos, podrían interponer una demanda por el derecho al honor y propia imagen si se tomasen imágenes por los periodistas. En cuanto a si dichas acciones prosperarían ya es diferente, en la STS 136/2012 de 29 de febrero (EDJ 2012/36867) SGAE c. CNT por publicar la segunda en su portal web un artículo titulado “por la desaparición de la SGAE, a las barricadas” en el que acusaba a la Sociedad de gestión de “robo” y de ser una “cueva de ladrones”. Así, el TS considera la prevalencia del derecho a la libertad de expresión al tener en cuenta: “El elevado interés público del asunto, al ser un conflicto entre los detractores y partidarios del cobro por la SGAE de retribuciones económicas. Que, aunque las expresiones se formularan como imputaciones delictivas, de su contexto se infería que no tenían por objeto la imputación de un delito, sino la crítica de sus remuneraciones como causa de enriquecimiento injusto a favor de la Sociedad...Las palabras no son suficientes para desvirtuar la prevalencia de la libertad de expresión atendiendo al contexto de fuerte discusión social, nacional e internacional existente sobre el tema y a la falta de alusiones personales”.

Para ello, el jornal debería demostrar la veracidad de la información, desplegar una diligencia adecuada en la comprobación de la misma recogida en la noticia, que, por la redacción, podría ser atribuida a “fuentes policiales”. Esta fuente ha de suponerse real y de tal envergadura que debe agotar la investigación periodística y resultar inexigible responsabilidad alguna al profesional. Posteriormente, aunque dicha información no sea exacta o, tras el proceso judicial o investigador fuera falsa no vulneraría citado derecho al honor.

Los delitos presuntamente cometidos por los investigados, pueden hacer posible la información en medios de comunicaciones de tales hechos pueden incluirse información gráfica relacionada con esos hechos, como: detención del acusado, su entrada en el juzgado o su entrada en prisión<sup>137</sup>. Pero no que pueda utilizarse cualquier imagen del investigado, en concreto, aquellas que no tengan conexión con los hechos y cuya difusión no haya consentido expresamente.

---

<sup>135</sup> STS 24 de julio de 2012 (EDJ 2012/8371): Se tuvieron en cuenta para la valoración del daño: la entidad o gravedad del daño moral (angustia, desazón, grave sufrimiento moral...) y la difusión de los reportajes en las revistas (repercusión mediática). Además, se obligó a los demandados a entregar las fotografías para su destrucción, así como prohibición de divulgación o utilización en un futuro. Finalmente, se instó a publicar la sentencia condenatoria en diarios, revistas y páginas digitales elegidas por la demandante.

<sup>136</sup> ATIENZA NAVARRO, M. Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. *Rev. Boliv. De derecho*, 2013, 15, pp 216 – 233.

<sup>137</sup> SSTS núm. 719/2013 de 9 de octubre (EDJ 2013/197218), 855/2013 de 11 de noviembre (EDJ 2013/231246).

La otra parte demandante podría alegar que no es veraz desde el mismo momento en que se quebranta el secreto sumarial para obtener los datos que constituyen el núcleo de información, lo que no puede formar una opinión libre en la población y, consecuentemente, redundar en beneficio del ente social. Podría vulnerar los deberes de secreto y sigilo, lo sin ser neutral por introducir juicios de valor. Pero ello es independiente del derecho al honor.

La legitimación pasiva de la demanda la tendría la editorial del periódico de “Ciudad de Santiago”, el director del diario y los periodistas del reportaje. La doctrina aplicable indica que tiene carácter solidario, el demandante puede ejercer su derecho frente a todos o cualquiera de ellos como desee<sup>138</sup>. Otros mantienen que la presunción sólo abarca los daños morales<sup>139</sup>.

## **V. RELACIÓN “MORE UXORIO”**

En quinto lugar, se determinará si se puede solicitar por parte de la Sra. Díez Pateira alguna pensión compensatoria y/o en su caso alguna indemnización por desequilibrio económico.

### **V.1 ¿Puede solicitar a su ex pareja una pensión compensatoria?**

La unión “more uxorio” o de “facto” está constituida por una pareja, personas mayores de edad y/o emancipadas, con capacidad, con una relación extramatrimonial permanente y con una convivencia estable exenta de formalidades legales. No se recoge expresamente en nuestro Ordenamiento Jurídico español<sup>140</sup>, no está regulada ni en nuestra vigente Constitución Española, sin embargo, podemos incardinarla en su art. 14, que reconoce la igualdad de todos ante la Ley e incluso en el art. 39 donde la familia es el bien jurídico a proteger, e indudablemente se amplía a las uniones de hecho.

La pensión compensatoria se trata de un derecho de crédito que ostenta uno de los cónyuges, específicamente, aquel al que el cese de la convivencia matrimonial le causa un perjuicio económico respecto al otro, en definitiva, un empobrecimiento en su situación económica respecto de la que disfrutaría vigente el matrimonio<sup>141</sup>. Son varios los elementos a tener en cuenta para su cálculo: el tiempo que permanecieron casados, la edad de ambos, sus ingresos, los gastos del cónyuge deudor, si existe descendencia, la edad de estos, posibilidad de acceso al mercado laboral del cónyuge que reclame esta pensión. Además, como señaló la SAP Granada de 29 mayo 2009 (EDJ 2009/180158): “Para el cálculo de la pensión compensatoria la cantidad que percibe el esposo debe ser minorada en las cargas de carácter permanente y estable que debe soportar, entre las que se pueden incluir las pensiones alimenticias de los hijos, el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar si hubiere hijos menores, el alquiler de vivienda u otras de carácter semejante que tenga que satisfacer”.

Visto lo anterior, debemos ante la falta de regulación en nuestro sistema jurídico español para las parejas “more uxorio” analizar si es aplicable por analogía la pensión compensatoria del art. 97 CC determinada para la ruptura de los matrimonios o deben utilizarse otros conceptos legales. La doctrina jurisprudencial declara que no es

---

<sup>138</sup> STS 252/2003 de 20 de marzo de 2003 (EDJ 252/2003).

<sup>139</sup> BELLÓN MOLINA, F.A. La condena a indemnizar los perjuicios causados en la Ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral. *AC*, 1998. 2, pp. 397 – 399. CARRASCO PERERA, A. Comentario a la STS de 14 de diciembre de 1993. *CCJC*, 1993, 894 y AZURMENDI ADARRAGA, A. El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho de información, 1997, Madrid, p. 219.

<sup>140</sup> SAP Badajoz de 17 febrero de 2021 (EDJ 2021/526916).

<sup>141</sup> CAMPO IZQUIERDO, A.L. El otorgamiento de la pensión compensatoria. *El Derecho*, 2005, p.2.

subsumible en la unión de hecho la regulación del régimen económico matrimonial. Esta afirmación general se basa en que la situación ha sido deliberadamente querida por sus protagonistas. Carece de sentido forzar la aplicación de las normas reguladoras de la institución matrimonial para disciplinar las consecuencias de la ruptura de pareja a quienes deliberadamente no han deseado contraer matrimonio<sup>142</sup>. El TC ha declarado que el matrimonio y parejas de hecho no son realidades equivalentes. La Ley 15/2005 apoya esta tesis la cual afirma que los efectos sí se producen, pero no son los mismos que los del matrimonio. Dichos efectos son:

a) Efectos personales: Las partes son libres para establecer pactos que rigen durante su convivencia siempre respetando la libertad e igualdad.

b) Efectos patrimoniales: En esta relación económica se está primero a los pactos entre partes<sup>143</sup>.

c) Efectos tras la ruptura: Los convivientes pueden optar por acuerdos y determinar los efectos de su ruptura que puede tener el mismo contenido que el convenio regulador o contener otro tipo de pactos. Si no existe acuerdo, deben dirigirse al Juez y este decidirá<sup>144</sup>.

Ante esta situación es necesario optar por otras acciones, entre ellas, la aplicación de los principios generales del derecho. La SAP Castellón núm. 247/2001 de 3 de mayo (EDJ 2001/39476) recoge que: “en el caso de autos es obvio que no existió pacto alguno entre los litigantes en tal sentido, y examinadas las actuaciones y concretamente el contenido de la demanda reconventional se observa que la recurrente solicitó tal indemnización en base al art. 97 CC que no es de aplicación (...)”.

## **V.2 ¿Puede solicitar alguna indemnización por el desequilibrio económico que sufre a consecuencia de esta decisión?**

Se opta en la doctrina del TS por aplicar el enriquecimiento injusto en determinadas situaciones, v.gr: si existió aportación de uno de los convivientes a la adquisición de bienes privativos del otro<sup>145</sup> o si el no preceptor de ingresos hubiese ayudado al otro en la actividad a través de la cual los obtuvo<sup>146</sup>.

Para aplicarlo la jurisprudencia exige que se desarrolle esa relación “more uxorio” en “régimen vivencial de años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vía amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar”<sup>147</sup>. Junto con los siguientes requisitos: el enriquecimiento de una persona, como incremento patrimonial; el correlativo empobrecimiento de la otra parte como puede ser la pérdida o perjuicio patrimonial y la inexistencia de causa que justifique la atribución patrimonial del enriquecido, presupuesto que no se da cuando media una relación jurídica que la fundamente: carácter de subsidiariedad que se ha destacado jurisprudencialmente<sup>148</sup>.

---

<sup>142</sup> STC núm. 184/1990 de 15 de noviembre (EDJ 1990/10426).

<sup>143</sup> SSTS de 21 de octubre de 1992 (RJA 8589), de 18 de febrero de 1993 (RJA 1246), de 22 de julio de 1993 (RJA 6724) de 8 de mayo de 2008 (RJA 3345) y de 7 de julio de 2010 (RJA 3904).

<sup>144</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO et al. Manual de Derecho Civil. Derecho de familia. *Bercal SA*, 2015, Madrid, p. 45.

<sup>145</sup> SSTS de 11 de diciembre de 1992 (RJA 9733), 17 de junio de 2003 (RJA 4605) y de 12 de septiembre de 2005 (RJA 7148).

<sup>146</sup> PÉREZ UREÑA, A. La pensión compensatoria tras el cese de la convivencia more uxorio, a la luz de la reciente praxis judicial. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 2008.

<sup>147</sup> STS núm. 469/1992 de 18 de mayo (EDJ 1992/4871).

<sup>148</sup> STS de 25 de noviembre del 2011 (EDJ 576/2008).

### V.3 Aplicación al caso práctico

D. Javier Manuel Sánchez Barreiro decide romper unilateralmente su relación “more uxorio” tras 10 años de unión con su compañera sentimental. Los hechos se sitúan en Galicia, A Coruña para ser exactos, por tanto, se debe analizar la legislación al respecto en esta CA porque si bien la figura objeto de estudio no está regulada específicamente en nuestro ordenamiento jurídico estatal, sí se hizo por las Comunidades Autónomas, y en este caso, procede estudiar la Ley autonómica de Galicia. En su Disposición Adicional 3ª de la Ley 2/2006 de 14 de junio del Derecho Civil de Galicia equipara estas uniones de hecho con el matrimonio, extendiendo a sus miembros los derechos y deberes que corresponden en dicha ley a los cónyuges, y en su segundo apartado, describe dichas uniones: “ tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio” , así como las que no pueden constituir las.

Como la ley gallega no regula expresamente las consecuencias patrimoniales de la ruptura pese al grado de igualdad que ofrece a las mismas con las matrimoniales, no será admisible operar con la técnica de la analogía iuris<sup>149</sup> pero puede acudir a la figura del enriquecimiento injusto para evitar situaciones inicuas que, sin causa alguna, hubieran producido un empobrecimiento de uno de los componentes en su relación y un recíproco enriquecimiento del otro, en el caso práctico esta situación se produciría si su compañera sentimental trabajase en el pub sin remuneración alguna del que Sr. Sánchez obtiene ganancias.

Por tanto, es de aplicación a esta supuesto de hecho la acción de enriquecimiento injusto sin causa, una vez declarado desde la STS núm. 611/2005 de 12 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5270) que no cabía la aplicación analógica de las normas propias del matrimonio a los supuestos de ruptura de la convivencia “more uxorio”.

## VI. SEGURIDAD SOCIAL

En el sexto capítulo referente a la Seguridad Social se realizará un estudio en relación con la Inspección de Trabajo (en adelante, ITSS) y, si esta puede iniciar expediente liquidatorio por débito a la SS, así como iniciar expediente liquidatorio por débito y conceptos de recaudación conjunta o bonificaciones indebidas tanto para la nacional española como para las dos inmigrantes irregulares, así como las sanciones correspondientes.

### VI.1 ¿Puede la Inspección de Trabajo efectuar requerimientos de pago por deudas a la SS, así como iniciar expediente liquidatorio por débito a la SS y conceptos de recaudación conjunta o bonificaciones indebidas mediante la práctica de actas de liquidación en el caso de la nacional española?

La afiliación en la SS es obligatoria, exclusiva (art. 12 LGSS), única, general y vitalicia (arts. 6.1º, 24.1, 27.2, 29.1.1º y 32.3 RGSS y 100.1 LGSS). Es de obligado cumplimiento el alta y baja de los trabajadores (arts. 13 y 14 LGSS). Están obligados a solicitar el alta del trabajador, el empresario, si este lo omitiese podría realizarlo el propio trabajador y en su caso, si estos no lo hicieran podría la Administración de oficio en cuanto tenga conocimiento.

---

<sup>149</sup> SAP Pontevedra 10 noviembre de 2020 (EDJ 2020/767781).

El art. 8 del ET establece que: “El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel”<sup>150</sup>. La no formalización del contrato por escrito conlleva la presunción de la existencia de un contrato verbal de carácter indefinido y a jornada completa. El contrato existe y existen las obligaciones recíprocas.

El acta de liquidación no se define expresamente, dicho concepto se elabora a partir de una descripción de su contenido. En el Reglamento de Infracciones y Sanciones de Orden Social se señala que el acta es “un documento en el que se materializa una actividad administrativa de comprobación e investigación llevada a cabo por la ITSS con la que esta inicia, en los supuestos legalmente establecidos, un procedimiento administrativo de reclamación de deudas por cuotas a la Seguridad Social proponiendo una liquidación al sujeto responsable”.

Dentro de las funciones de la ITSS se encuentra el cumplimiento de la normativa en materia de cotización a la SS y respecto a los demás conceptos de recaudación conjunta. Si existiese deuda por falta de alta o afiliación a la SS se podrá extender esta acta, para ello, primero se le requeriría al sujeto responsable el ingreso del pago, sin iniciar expediente liquidatorio o sancionador. Se podrá iniciar mediante diligencia en libro de visitas de la ITSS o notificación de escrito ordinario, si se indicara los elementos esenciales de determinación de la deuda, plazo para su ingreso y la obligación de justificar documentalmente ante la IT la efectividad del mismo. Las deudas por cuotas a la SS y demás conceptos de recaudación conjunta prescriben a los 4 años contados a partir del día siguiente al del mes en el que debieron ingresarse tales cuotas (art. 42 RGSS).

Existen diversos grados de infracción: muy graves, graves y leves. Dentro de las graves en el art. 22.2 de la LISOS recoge “no solicitar, en tiempo y forma, la afiliación inicial, así como no comunicar en iguales términos el alta de cada trabajador que ingresa a su servicio”. La sanción pecuniaria la recoge el art. 40.1.e LISOS, en su grado mínimo será de 3.126 a 6.250 euros, en su grado medio de 6.251 a 8.000 y, en su grado máximo de 8.001 a 10.000 euros. Ello, podría ser complementado con la exclusión del empresario de los programas de fomento, bonificaciones y pérdida de ayudas concedidas. Si esta situación afectara a más de un trabajador la cuantía de la multa se incrementará: un 20% en cada infracción cuando se trate de dos trabajadores, un 30% si fueran tres los trabajadores, un 40% si fuera de cuatro trabajadores y un 50% si fuera de cinco o más trabajadores.

Hay que añadirle la sanción grave que requiere la formalización por escrito del contrato de trabajo cuando sea exigible o lo haya pedido la propia trabajadora, la multa abarca desde los 626 euros a 6.250 euros conforme al art. 7 de la ley de infracciones. Se traducirá en incumplimiento de los arts. 221.1 y 230.c) del RD 1/1994 de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la SS, arts. 100.1 y 102 del mismo texto legal y arts. 29, 30, 31 y 32.1 del RD 84/96, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores a la SS y procedimientos y plazos.

Sin perjuicio de la sanción se exigirán las correspondientes responsabilidades al empresario en el pago de las prestaciones a las que tuviera derecho el trabajador. El acta

---

<sup>150</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE de 13 de noviembre, núm. 255. (ELI: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>).

de liquidación de cuotas, se extenderá en este caso<sup>151</sup>. Las actas por liquidación e infracción por los mismos hechos se practicarán simultáneamente pero no en un documento único<sup>152</sup>. Si el responsable de la liquidación efectúa el ingreso en plazo, el importe de la sanción propuesta en el acta de infracción se reducirá un 50%. El art. 35.1.3º del RD establece: “la obligación de cotizar, en todo caso, nacerá desde el día en que se inició la actividad”, salvo que por su prescripción no fueran exigibles. La responsabilidad empresarial en materia de prestaciones no tiene plazo de prescripción<sup>153</sup>. Generan responsabilidad en materia de protección: si es de origen profesional se produce el alta de pleno derecho, deriva la automaticidad absoluta de las prestaciones con el anticipo por parte de la entidad gestora o colaboradora; si son contingencias comunes se produce la automaticidad relativa si está dado el trabajador de alta y la no automaticidad si el trabajador no está dado de alta. Así lo indica la STS de 13 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/246769): “cuando se trata de trabajadores que no han sido dados de alta por su empleador, la obligación de anticipo no alcanza a las contingencias comunes y queda restringida a las prestaciones derivadas de las profesionales, es decir, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; y ello porque, a tales efectos el art. 125.3 LGSS los considera de pleno Derecho en situación de alta”.

En el caso de que el alta se hubiera practicado de oficio por la TGSS se retrotraerán los efectos a la fecha en que los hechos que la motivan fueron conocidos. Cuando la actuación de la IT consista en un requerimiento de pago de cuotas o actas de liquidación definitiva en vía administrativa, siempre que se hubiera efectuado el ingreso de su importe, los efectos del alta se retrotraerán para futuras prestaciones a la fecha de inicio del periodo de liquidación (art. 35 RD 84/1996).

## **VI.2 ¿Puede la Inspección de Trabajo efectuar requerimientos de pago por deudas a la SS, así como iniciar expediente liquidatorio por débito a la SS y conceptos de recaudación conjunta o bonificaciones indebidas mediante la práctica de actas de liquidación en el caso de los inmigrantes irregulares?**

En cuanto a los inmigrantes irregulares se debe tener en cuenta al extranjero inmigrante en situación regular e irregular, comunitario, extracomunitario, transfronterizo, apátrida y refugiado. Migrante según la RAE es el “que se traslada de su propio país a otro, generalmente con el fin de trabajar en él de manera estable o temporal”. El inmigrante se encontrará en situación regular cuando se encuentra en posesión de las autorizaciones necesarias que exige la ley<sup>154</sup>. Estará en situación irregular cuando carezca de la autorización administrativa para residir. Cabe distinguir situaciones de irregularidad iniciales y sobrevenidas (a consecuencia de la caducidad de las autorizaciones iniciales). Irregularidad total (por no tener autorizaciones administrativas de residencia y trabajo) e irregularidad parcial (cuenta con autorización para residir, pero no desarrolla una actividad profesional).

La libre circulación de personas en el seno de la Unión Europea (art. 45 TFUE) hace inviable la situación de irregularidad entre comunitarios pues el único requisito es la solicitud ante la Oficina de Extranjería de la provincia donde se pretenda permanecer o fijar la residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente. la

---

<sup>151</sup> INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Seguridad Social. *Ministerio de Trabajo y Economía Social*: <https://www.mites.gob.es/itss/web/Utilidades/FAQs/SS/ss.html>.

<sup>152</sup> LÓPEZ FUENTES, R. Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. *IDUS*, 2003, pp. 204 – 210.

<sup>153</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de octubre de 2011 (EDJ 2011/424946).

<sup>154</sup> Art. 25.1 LO 7/1985.

inscripción en el Registro Central de Extranjeros en el plazo de 3 meses contados desde la fecha de entrada en España, cuando la residencia es superior a dicho periodo<sup>155</sup>.

En cuanto a los extranjeros no comunitarios el art. 19 de nuestra Carta Magna recoge el derecho de los españoles a entrar y salir libremente de nuestro país, le otorga este derecho a extranjeros que cumplan los requisitos exigidos legalmente<sup>156</sup>. Es indispensable para que estos nacionales de terceros países accedan al mercado de trabajo español que hayan obtenido una autorización de residencia y trabajo (art. 7.c) del ET. En casos limitados sólo la de trabajo, recogidos estos en el art. 41 LOEX<sup>157</sup> y arts. 117 y 119 REX<sup>158</sup>), y esta última autorización de trabajo conforme al art. 10.1 LOEX, habilita al extranjero a trabajar válidamente en nuestro país y le permite gozar de toda la protección tanto en materia laboral como la de Seguridad Social<sup>159</sup>. Si el extranjero no tuviese estos documentos para trabajar en España se encontraría, por tanto, en una situación irregular.

El contrato de extranjero no autorizado es, por imperativo legal (art. 7.1 ET y art. 36.1 LOEX), nulo de pleno derecho, si bien la misma ley salva la sanción de nulidad proclamando su validez respecto de los derechos del trabajador afectado, por aplicación del art. 36.5 de la LOEX. No se genera cotización alguna durante el tiempo que ha mantenido esta situación de irregularidad, ya que al empresario le es de imposible cumplimiento las condiciones de la LGSS. Y aunque el trabajador extranjero en situación irregular tras realizar un trabajo la regularizara y prestara un trabajo legal y autorizado, no se sanaría la primera fase para lucrar la prestación<sup>160</sup>.

Al empresario no le sería posible afiliar al extranjero irregular, ni dar de alta en la SS a un trabajador en estas condiciones, ni tampoco se le podría exigir que cotizase por él, al igual que no se le podría efectuar requerimientos de pago por deudas a la SS, así como iniciar expediente liquidatorio por débito a la SS y concepto de recaudación conjunta o bonificaciones indebidas mediante la práctica de actas de liquidación.

Por la falta de alta en la SS sí le sería de aplicación la sanción pecuniaria, la recoge el art. 40.1.e LISOS. En su grado mínimo será de 3.126 a 6.250 euros, en su grado medio de 6.251 a 8.000 y, en su grado máximo de 8.001 a 10.000 euros. Podría ser complementado con la exclusión del empresario de los programas de fomento, bonificaciones y pérdida de ayudas concedidas. Si esta situación afectara a más de un trabajador, la cuantía de la multa se incrementará, un 20% en cada infracción cuando se trate de dos trabajadores, un 30% si fueran tres los trabajadores, un 40% si fuera de cuatro trabajadores y un 50% si fuera de cinco o más trabajadores.

---

<sup>155</sup> BLASCO JOVER, C. et al. El trabajo y la protección social de los ciudadanos europeos y no europeos en España. Madrid. Tecnos 2020, p. 24.

<sup>156</sup> BLASCO JOVER, C. et al. El trabajo y la protección social de los ciudadanos europeos y no europeos en España. Madrid. Tecnos 2020, p. 70.

<sup>157</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, núm. 10. (ELI: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>).

<sup>158</sup> Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, núm. 103. (ELI: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7703>).

<sup>159</sup> BLASCO JOVER, C. et al. El trabajo y la protección social de los ciudadanos europeos y no europeos en España. Tecnos, Madrid, 2020, pp. 196 y 197

<sup>160</sup> BLASCO JOVER, C. El trabajo y la protección social de los ciudadanos europeos y no europeos en España. Tecnos, Madrid, 2020, p. 238.

### VI.3 Aplicación al caso práctico

Las dos inmigrantes irregulares en el caso práctico, no cuentan con la autorización de residencia, el hecho de no tener autorización de trabajo, no será inconveniente para obtener las “prestaciones que pudieran corresponderle”. Pero, ya no serían las que reconoce en los apartados 1 y 2 el art. 14 LOEX sólo a extranjeros residentes, sino los “servicios y prestaciones básicas”, tanto los servicios sociales del art. 53 LGSS, como prestaciones sociales que las leyes declaren o consideren básicas a estos efectos, entre las que están, la asistencia sanitaria de urgencia (art. 12 LOEX) y, también la “asistencia social externa a la SS que no está comprendida en la reserva competencial del Estado (art.149.1.17 CE) sino en el art. 148 de la norma suprema, como competencia, que puede ser exclusiva de las CCAA”<sup>161</sup>, basado en los arts. 263.1 TRLGSS y 268.1 .

Se basa esta interpretación en la exposición de motivos de la LO 7/1985 de 1 julio sobre “Derechos y libertades de los extranjeros en España”: “Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones”. Apoya este hecho la LO 4/2000 cuando subraya como objetivo “incentivar a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frene a la entrada y estancia irregular”. Vuelve a indicarlo la LO 14/2003 “el fin de favorecer la inmigración legal y la integración de los extranjeros que, de esta manera, accedan y residan en nuestro territorio”. Y la LO 2/2009 “aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los medios e instrumentos de control y los sancionadores (...)”

Basan este pronunciamiento en el art. 207.c) LGSS (actual 266 c) TRLGSS) en el requisito inexcusable de “acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad”. Si las trabajadoras están en situación irregular, mientras esta situación persista, no puede suscribir dicho compromiso. Todo ello, sin perjuicio de que pueda ser ajustado a derecho el resarcimiento por la empresa de los daños y perjuicios de toda clase, en caso de que fuera recogido en el contrato de trabajo, por el incumplimiento del mismo, aunque no tenga permiso de residencia ni de trabajo<sup>162</sup>.

Entre las obligaciones impuestas al empresario, “ex lege” figura la de “solicitar la incorporación al sistema de seguridad social de los trabajadores que ingresan a su servicio” (art. 100.1 LGSS), así como la de cumplir la obligación de cotizar siendo responsable de su cumplimiento (art. 104 LGSS). La LO 2/2009 refuerza que no es posible tener en cuenta el período de actividad prestado en situación irregular ante la carencia de autorización de residencia y para trabajar, es decir, “no se sana por el hecho de que haya regularizado posteriormente su situación, lo que únicamente le da derecho a las prestaciones, que, en su caso, haya podido generar por ese período trabajado legalmente y cotizado...Ambas etapas constituyen compartimentos estancos... tal regularización produce efectos, desde que tiene lugar y no posee eficacia retroactiva mientras no disponga así la normativa”<sup>163</sup>.

---

<sup>161</sup> STS 351/2003 de 26 de mayo (EDJ 2004/83105).

<sup>162</sup> STS núm. 76/2017 de 31 de enero (EDJ 2017/11132).

<sup>163</sup> STS 104/2006 de 3 de abril (EDJ 2006/42683).

D. Javier Manuel Sánchez Barreiro hipotéticamente podría dirimir que las dos personas extranjeras que están trabajando para él son amigas y que es su pareja, que no se encuentran realizando un trabajo por el que recibe una contraprestación económica, sino únicamente, ayudando a la realización de una actividad. Aparece regulado en el art. 1.3 d) del Estatuto de trabajadores (en adelante, ET) como “trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad”, conocido como “trabajo familiar o amistoso”<sup>164</sup>. Se encuentran aquí también, los no incluidos expresamente en el apartado e) como noviazgo, unión de hecho... La jurisprudencia exige prueba de amistad previa al ejercicio de actividad<sup>165</sup>. Los vínculos sentimentales, como parejas de hecho o noviazgos, formarían parte de trabajos amistosos. El art. 7.2 de la LGSS recoge que no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena salvo prueba en contrario: el cónyuge (...). Sólo la colaboración circunstancial exonera de las obligaciones del régimen de la SS. Si admite los hechos, pudo haber delegado en una entidad gestora la tramitación del alta de las mismas, pues confió y entendió que al inicio de la prestación de servicios estaban dadas de alta, porque la entidad gestora no le avisó de lo contrario<sup>166</sup>.

En cuanto a la nacional la IT iniciaría alta de oficio en la SS, acta de liquidación, por aquellas cantidades anteriores a la Inspección desde el inicio de la actividad y simultáneamente acta sancionadora.

## VII. INMIGRANTES IRREGULARES

En este último capítulo se analizará la posibilidad de iniciar un expediente de expulsión del territorio nacional de las dos inmigrantes irregulares o, por el contrario, regularizar su situación y alta en la SS.

### VII.1 ¿Podría iniciarse un expediente de expulsión del territorio nacional?

La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España como consecuencia jurídico-penal no se recoge en el listado de penas (art. 33 CP), sino en el listado de medidas de seguridad no privativas de libertad (art. 96.1.3. 2ª CP).

Existen varias etapas por lo que se refiere a la aplicación de la expulsión o, en su caso, de la multa. En la última, marcada por la reciente sentencia del TJUE de 8 de octubre de 2020 (asunto C-568/19) que tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Esta Directiva difería de la LO 4/2000 de 11 de enero, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción de la LO 2/2009 de 11 de diciembre (en adelante, LOEX). Incluye entre las infracciones graves, el “encontrarse irregularmente en territorio español (...)”, complementado con el art. 55.1.b) de citada ley, donde la multa va desde los 501 a 10.000 euros. El art. 57 de la LOEX recoge que “las conductas tipificadas como muy graves, graves, o conductas graves de los apartados a), b), c), d) y f) del art. 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción (...) 3. En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa”. El art. 63 de la misma hace referencia

---

<sup>164</sup> GARCÍA ORTEGA, J. et al. Curso de derecho del Trabajo. *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2007, pp. 264 y ss.

<sup>165</sup> STSJ Castilla y León núm. 321/2000 de 10 de julio (EDJ 2000/58507).

<sup>166</sup> STSJ de Castilla y León núm. 1175/2016 de 6 de octubre de 2016 (EDJ 2016/190234).

a que la expulsión del territorio nacional se hará de forma inmediata. Existe un plazo voluntario de cumplimiento por el procedimiento ordinario, entre 7 y 30 días desde el momento de la notificación (art. 63 bis apartado 2 LOEX).

Según la jurisprudencia del TJUE<sup>167</sup> las directivas no pueden por sí solas crear obligaciones a cargo de particulares y los estados miembros no pueden invocar las disposiciones de las directivas contra dichas personas. Por lo tanto, se seguirá la normativa nacional donde la expulsión a terceros países sólo podrá ordenarse si concurren circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular. Aclara el Ministerio de Interior español que este fallo se refiere a una situación en concreto la de “entrada regular y larga estancia en el país”.

## **VII.2 ¿Podrían regularizar su situación?**

El término “arraigo” jurídicamente es indeterminado. Para dar respuesta a este concepto debemos acudir a la vía jurisprudencial que lo entiende como “vínculos del extranjero en el lugar en que reside, ya sean de tipo económico, social, familiar o de otro tipo”<sup>168</sup>.

Existen el arraigo laboral por el cual la Dirección General de Inmigración dictó la Instrucción del 3 de agosto de 2005, en previsión de la entrada en vigor del art. 45.2.a) del Reglamento con fecha 8 agosto de 2005, la regulación de la autorización de residencial establece que ha de acreditarse si ha permanecido en España al menos 2 años y una relación laboral de duración no inferior a 6 meses; arraigo social si ha permanecido al menos 3 años en el país, cuenta con contrato de trabajo y acredita vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presenta informe de inserción social y el arraigo familiar si es hijo de padre o madre originariamente españoles o bien sean padre o madre de un menor de nacionalidad española. Si analizamos reiterada jurisprudencia la STS de 9 de enero de 2008 (EDJ 2008/1793) recoge que “el arraigo de un ciudadano extranjero en territorio español, bien sea por razones económicas sociales o familiares, es causa suficiente para suspender la ejecutividad de una orden de expulsión o la obligación impuesta de abandonar España, por considerarse (...) como prevalente, de ordinario, el interés particular frente al general”<sup>169</sup>.

Otros tipos de arraigo son: autorización excepcional por razones humanitarias, mujeres víctimas de violencia de género, autorización de residencia temporal por razones de protección internacional, autorización de residencia temporal por colaboración con autoridades policiales, fiscales, judiciales y de seguridad nacional; autorización de residencia temporal por colaboración con autoridades administrativas o interés público; residencia por circunstancias excepcionales por colaboración con autoridades policiales, fiscales o judiciales, contra redes organizadas; residencia temporal y trabajo de extranjeros víctimas de trata de seres humanos.

## **VII.3 ¿Sería posible solicitar el alta en la SS?**

Para dar solución a esta cuestión debe hacerse referencia al art. 36.5 LOEX, que derivó en diversas interpretaciones. La interpretación del Instituto Nacional de Seguridad Social (en adelante, INSS) es como expresión de un supuesto peculiar de alta de pleno derecho. Dichos trabajadores se consideran en situación de alta a efectos de “accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario incumpliera

---

<sup>167</sup> STJUE de 26 de febrero de 1986, Marshall 152/84 (EU:C:1986:84) y de 12 de diciembre de 2013, Portgás C-425/12 (EU:C:2013:829).

<sup>168</sup> SSTS núm. 8328/2007 de 7 de junio (EDJ 2007/70345) y 7341/2008 de 13 de mayo (EDJ 2008/56578).

<sup>169</sup> STS de 20 de diciembre 2007 (EDJ 2007/243213).

sus obligaciones” (art. 125.2 LGSS). El empresario debe pagar todas las cotizaciones correspondientes y se otorga al trabajador irregular un trato similar a los nacionales y regulares en casos de contingencias profesionales. Esta postura fue rechazada tanto por el “doble pago” (sanción y cotización obligada) como por el RD 84/1996 que niega la validez a las cotizaciones de las personas excluidas del Sistema de SS.

La falta de alta es indiferente para el nacimiento de la obligación de cotizar, pero no lo es, ni mucho menos, la inclusión o no del trabajador en el campo de aplicación del Sistema<sup>170</sup>. En el 2003 la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS (expediente 30/2004) adoptó un acuerdo a partir de la aprobación de la LO 14/2003 y SSTS de 9 de junio y de 7 octubre 2003 que recogía “se considerará al extranjero que trabaja en España sin la preceptiva autorización gubernativa, como trabajador que no está dado de alta por el empresario, debiendo estarlo, con las consecuencias legales de todo orden que tal incumplimiento comporta, de conformidad con la legislación vigente”. La última de las interpretaciones es realizada por el TGSS que considera que no se produce una incorporación formal y regular al Sistema de SS puesto que está vinculada a la autorización de trabajo y residencia (arts. 10.1 y 36.1 LOEX, 7.1 LGSS). Por tanto, permite el acceso del trabajador a las prestaciones, pero no a dicho Sistema de Seguridad Social<sup>171</sup>.

En definitiva, la pregunta es si la autorización para trabajar es “condición legal de la capacidad del extranjero para prestar servicios en nuestro país y, en consecuencia, para estar incluido en el campo de aplicación de SS”<sup>172</sup>. Si se apoyan las dos teorías más flexibles el alta presunta o la inclusión directa, perdería el sentido la autorización de trabajo, por ello, adquiere fuerza la interpretación realizada por el TGSS.

#### **VII.4 Aplicación al caso práctico**

La legislación de la SS exige que para recibir el mismo trato que los nacionales españoles los trabajadores extranjeros deben estar en situación de regularidad (permiso de residencia y de trabajo). Si esto no acontece quedarían excluidos del Sistema español de SS (art. 7 LGSS y 42.2 RD 84/1996). Lo anterior no posibilita el cumplimiento por parte de D. Javier Manuel Sánchez Barreiro de los requisitos formales de afiliación-alta, así como tampoco el cumplimiento de la obligación de cotizar. No pueden acceder las dos personas en situación de irregularidad a las prestaciones contributivas de la SS.

Sin perjuicio del beneficio a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales (art. 42.2 RD 84/1996 “de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales” se trata de una ficción, como si fuera un trabajador regular), existe la dimensión de las contingencias comunes que no ha sido una cuestión pacífica. Existe doctrina<sup>173</sup> y jurisprudencia que restringió estas contingencias. Fundamentaron su posición en el incumplimiento de las normas en materia de autorización sólo genera responsabilidades al empresario y que las prestaciones a las que tiene derecho el trabajador internacional son las profesionales, así recogidas por las

---

<sup>170</sup> MORENO PUEYO, M. Extranjeros inmigrantes y Seguridad Social española. *Estudios financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2004, 257-258, p.144.

<sup>171</sup> MORENO PUEYO, M. Extranjeros inmigrantes y Seguridad Social española. *Estudios financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2004, 257-258, p.143 y VALDUEZA BLANCO, MD. Repercusión de la reforma de los derechos sociolaborales de los extranjeros. *Temas laborales*, 73, p. 125.

<sup>172</sup> SÁNCHEZ- URÁN AZAÑA, Y. Derecho y protección social como factor de integración del inmigrante: La dialéctica universalidad/ ciudadanía. *RMTAS*, 2006, 63, p. 284.

<sup>173</sup> MONTOYA MELGAR, A. El empleo ilegal de inmigrantes. *Thomson-Civitas*, 2007, Madrid, p. 125 y ROQUETA BUJ, R. Las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de los extranjeros en España. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2005, 10, p. 82.

normas internacionales, la LOEX y el propio RD 84/1996. Otros, en cambio, se refieren al art. 36 LOEX como un mandato generalizado a “las prestaciones que pudieran corresponderle” que no establece ningún tipo de prestación de forma específica pero no impide que sea receptor de ninguna. Desde luego, afirma esta doctrina<sup>174</sup> que abarca las de origen profesional tanto porque el extranjero de estar afiliado y en alta tendría derecho a las mismas, como porque están reconocidas en el RD. Respecto a otras prestaciones, de naturaleza común, las dos trabajadoras irregulares no están incluidas en el régimen de SS, sin que ello signifique que no tienen derecho a las prestaciones causadas por dichas contingencias.

Es decir, tienen derecho a ambas prestaciones del Sistema de SS. Pero no tienen el mismo régimen jurídico, ni el derecho puede exigirse de la misma forma frente a los mismos sujetos y con la misma cobertura de mecanismos de garantía. Primero, las trabajadoras no están incluidas en el Sistema para las prestaciones derivadas de contingencias comunes, segundo, sólo a los efectos de las prestaciones sí se incluirá en el sentido de establecer el derecho, características, determinar la prestación y contenido. Las consecuencias son: no habrá anticipo por las prestaciones comunes pues no está dado de alta; no existe implicación alguna de la entidad gestora o colaborado en el pago o garantía de la prestación (sí ocurre con las contingencias profesionales) y se deben dirigir al empresario las reclamaciones de forma directa.

En cuanto al expediente de expulsión del territorio español de las dos trabajadoras se seguirá la normativa nacional donde la expulsión a terceros países sólo podrá ordenarse si concurren circunstancias agravantes adicionales a su situación irregular por lo que aquí cabría imponer una multa, pero no su expulsión, salvo agravantes adicionales no contempladas en el caso. Podrían regularizar su situación en el supuesto de demostrar algún tipo de arraigo, como v.gr. el arraigo laboral si estuvieran 2 años en el país y, además, el empresario formalizase su situación a través de un contrato, por un periodo no inferior a 6 meses.

---

<sup>174</sup> CEINOS SUÁREZ, A. EL trabajo de los extranjeros en España. *La Ley*, 2006, Madrid, p. 454.

## VIII. CONCLUSIONES FINALES

**Primera.** - Existe una estructura organizativa que constituye una organización criminal formada por los cinco investigados con un plan previo, distribución de papeles, estructura jerárquica y medios idóneos. Son autores del art. 369 bis del CP. A D. Javier Manuel Sánchez Barreiro se le aplica el tipo agravado por ser jefe de la organización. Además, son autores del delito de blanqueo de capitales del art. 301.1 y 302.1 del CP, inclusive el delito de autoblanqueo realizado por el Sr. Sánchez. Se procederá al decomiso de bienes y efectos procedentes de ambos delitos. La mujer del Sr. Pérez Álvarez también podría ser cómplice del delito de tráfico en caso de realizar la “conducta de favorecimiento al favorecedor del tráfico”. Les será aplicable a D. J.R García Méndez y D. J.J Suárez Rodríguez un delito de amenazas del art. 169.2 CP por intimidar a D.<sup>a</sup> María Díez Pateira con un mal constitutivo de delito. En cuanto al delito contra la Hacienda Pública no alcanza los 120.000 euros por lo que es constitutivo de infracción administrativa. El hecho de no formalizar el contrato de trabajo, ni realizar el alta en la SS no implica la comisión de un delito contra los derechos de los trabajadores. El Sr. Sánchez también sería autor de un delito de tenencia ilícita de armas del art. 564 agravado por el apartado 2º al no poseer la de marca “RECK” número de identificación y ambas tener sus características originales modificadas.

Las cantidades aprehendidas en el domicilio en un principio pueden ser destinadas al autoconsumo, si bien, en ese mismo registro se encuentra un trozo de sustancia vegetal que resultó ser resina de cannabis utilizado para el cultivo de dicha sustancia, posteriormente, en las vigilancias policiales se descubre que intercambian los Srs. Sánchez y García un paquete que se le incautaría en el airbag, el mismo contendría 10 gramos de cocaína y 10.000 euros lo que supera el consumo propio.

En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal los acusados realizaron los actos influidos por su adicción a sustancias estupefacientes, lo que indica la aplicación de la atenuante de drogadicción, junto a ella, podría ser aplicable la atenuante de reparación del daño y la muy cualificada de colaboración.

Finalmente, el delito de blanqueo de capitales y de tráfico de estupefacientes no conculcan el principio “non bis in idem” pues deben sancionarse autónomamente por la especial protección que requieren sus bienes jurídicos. El delito de blanqueo de capitales consiste en ocultar la adquisición, posesión o utilización de las ganancias cuando el origen de las mismas es ilícito y no en una mera adquisición, posesión o utilización de estas ganancias.

**Segunda.** - El registro tanto de bienes muebles como inmuebles podrían conculcar el art. 18 de la CE. La diligencia de entrada y registro en el domicilio debió ser ordenado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción con base en unos indicios: la cartadenuncia dirigida al comisario jefe de la policía de Ribeira, escuchas, continuos viajes que se realizan para encontrarse con traficantes de sustancias estupefacientes y la vida de opulencia que llevan los implicados. Así, se acredita la proporcionalidad de tal medida y la conexión entre la investigación del delito y la persona que es afectada por la medida. Lo mismo ocurre con las intervenciones telefónicas debe ser una medida proporcional, legítima y necesaria puesta de manifiesto por el Juez competente una vez realizada la valoración exigida (art. 24 y 120.3 CE). Otros registros en bienes muebles serían: en equipos de almacenamiento masivo de información, equipos informáticos y otros libros.

**Tercera.** - D. Javier Manuel Sánchez dejó de llevar los libros de contabilidad y los libros de registro de IVA, así como de pagar las cantidades correspondientes a 2019. El propietario del pub podrá: 1. Presentar las distintas declaraciones de forma

extemporánea, con más de 12 meses de retraso en 2021. 2. Esperar requerimiento de pago por parte de la AEAT donde la cantidad se incrementaría entre un 50% y un 150%. Por dejar de llevar los libros obligatorios se enfrentará una multa del art. 200.1.c) LGT del 1% de la cifra de negocios con un mínimo de 600 euros.

**Cuarta.** - El periódico “Ciudad de Santiago” publica un organigrama en que califica a los investigados como “nuevos capos” por lo que los afectados podrían interponer una demanda por el derecho al honor y propia imagen, si además, los periodistas tomasen imágenes. El éxito de esta acción es difícil si el rotatorio demuestra que desplegó una diligencia adecuada en la comprobación de la noticia.

**Quinta.** - El Sr. Sánchez Barreiro decide romper unilateralmente su relación “more uxorio” tras más de 10 años de unión sentimental por lo que sería de aplicación la acción de enriquecimiento injusto si la compañera sentimental trabajase en el bar sin remuneración alguna. No cabe la aplicación analógica del art. 97 CC referente a la pensión compensatoria ya que se trata de una ruptura de la convivencia en la cual se presume que las partes no desean se les apliquen los efectos legales característicos del matrimonio. Todo ello sería de aplicación en caso de no existir pactos entre las partes.

**Sexta.** - Por la falta de alta, tanto de la nacional como de las inmigrantes irregulares, el empleador se enfrentaría a una sanción pecuniaria del art. 40.1.e LISOS que va desde los 3.126 euros a los 10.000 euros. El empresario podría ser expulsado de los programas de fomento y bonificaciones y se incrementará la sanción en un 30% por ser tres las trabajadoras. Las empleadas extranjeras tendrán derecho “a las prestaciones que pudieran corresponderle” pese a estar en situación irregular, ello, implica los “servicios y prestaciones básicas” (art. 53 LGSS). En cuanto a la nacional se iniciaría de oficio por la IT el alta en la SS y acta de liquidación por aquellas cantidades anteriores a la Inspección desde el inicio de la actividad, junto con el acta sancionadora. Aunque el contrato de trabajo no se haya formalizado se presume existente, así como las obligaciones recíprocas.

**Séptima.** - Las dos personas en situación irregular no pueden recibir, en materia de SS, el mismo trato que los nacionales y extranjeros en situación regular por lo que quedan excluidos de citado sistema. No imposibilita el cumplimiento por parte del empresario de los requisitos formales de afiliación-alta y cotización. Junto con las prestaciones derivadas de las contingencias profesionales y comunes. La expulsión del territorio nacional sólo podrá ordenarse si concurriesen circunstancias agravantes adicionales a esa situación irregular, aspecto que no se produce en el caso práctico. Podrán regularizar su situación si demuestran algún tipo de arraigo, como el laboral si llevan más de 2 años en el país y se formalizase el contrato de trabajo por periodo no inferior a 6 meses.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

ALCALE SÁNCHEZ, M., 2002. *Salud pública y drogas tóxicas*. Valencia. Tirant Lo Blanch.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., 2014. *Derechos Fundamentales en la Relación del Trabajo*. Universidad de Cádiz. Departamento del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa. Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. *Rev. Boliv. De derecho*. 2013. 15.

AZURMENDI ADARRAGA, A., 1997. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho de información*. Madrid. ISBN 9788447009701.

BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J., 1997. *Derecho Penal del trabajo*. Madrid. Trotta. ISBN: 9788481642056.

BELLÓN MOLINA, Francisco Antonio. La condena a indemnizar los perjuicios causados en la Ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral. *Actualidad Civil*. 1998. 2. ISSN 0213 – 7100.

BLASCO JOVER, C et al., 2020. *El trabajo y la protección social de los ciudadanos europeos y no europeos en España*. Madrid. Tecnos.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A., 2000. *El nuevo delito de defraudación a la Seguridad Social*. Madrid. Tirant Lo Blanch.

BRETONES ALCARAZ, F.J., 2020. *El delito de tráfico de drogas*. Dykinson SL. ISBN 978-84-1377-027-7.

CALAZA LÓPEZ, Sonia. Delimitación de la protección civil del derecho al honor a la intimidad y a la propia imagen. *UNED*. 2011. 9. <https://doi.org/10.5944/rduned.9.2011.11067>.

CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis. El otorgamiento de la pensión compensatoria [en línea]. *El Derecho*. 2005 [consulta: 3 marzo 2021]. Disponible en: [elderecho.com](http://elderecho.com)

CARCOY BIDASOLO, M. et al., 2016. *Manual de Derecho penal, económico y de empresa. Parte general y parte especial*. Tomo 2. Valencia. Tirant Lo Blanch. ISBN: 978-84-9143-297-5.

CARRASCO PERERA, Ángel. Comentario a la STS de 14 de diciembre de 1993. *Cuadernos Civitas jurisprudencia civil*. 1993. 894.

CEINOS SUÁREZ, A., 2006. *El trabajo de los extranjeros en España*. Madrid. La Ley. ISBN 9788497256827.

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Estudio longitudinal del tráfico de drogas y de su impacto en la delincuencia*. Málaga. Indret. 2016. 1. ISSN 1698-739X.

CUERDA MARTÍN, Mónica. Aspectos generales del delito de defraudación a la Hacienda Pública. *Gabilex: revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*. 2017. 9. EDC 2018/510751.

DURÁN SÁNCHEZ, A., 2020. *La atenuante de reparación del daño*. Universitat de les Illes Balears. URI: 11201-154083.

FARALDO CABANA, Patricia. La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. 1997. 1. ISSN 1138-039X.

FERRO VEIGA, J.M., 2020. *Experto en Toxicomanías*. José Manuel Ferro Veiga.

GALLEGO SÁNCHEZ, Gemma. La doctrina jurisprudencial del “consumo compartido”. Respuesta de los Tribunales. *El Derecho Editores/ Revista de Jurisprudencia El Derecho*. 2016. 1. EDC 2016/1010887.

GALLEGO SÁNCHEZ, Gemma. El delito de blanqueo de capitales. Respuesta de los tribunales. *El Derecho Editores. Revista de Jurisprudencia El Derecho*. 2016. 1. EDC 2016/1010908.

GALLEGO SÁNCHEZ, Gemma. La determinación de la pena de multa “proporcional” en los delitos de tráfico de drogas. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*. 2018. EDC 2018/503526.

GALLEGO SÁNCHEZ, Gemma. Tipos penales que incluyen “conceptos globales y el delito continuado. Respuesta de los Tribunales. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*. 2020. 1. EDC 2020/563851.

GALLEGO SOLER, J.L., 1999. *Los delitos de tráfico de drogas*. II. J.M. Bosch Editors. ISBN: 847698569X.

GARCÍA ORTEGA, J et al., 2007. *Curso de derecho del Trabajo*. Valencia, Tirant Lo Blanch.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y VIVES ANTÓN, T.S. et al., 2016. *Derecho penal. Parte especial*. Madrid. Tirant Lo Blanch.

GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., 2009. *Tipos agravados del art. 370 CP*. Valencia, Tirant Lo Blanch.

JOSHI JUBERT, U., 1999. *Los delitos de tráfico de drogas*. Barcelona. JM Bosch Editor. ISBN: 8476985320.

LÓPEZ FUENTES, Ramón. Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. *IDUS*. 2003. ISBN 84-9767-052-3.

MAGRO SERVET, Vicente. Presupuestos de concurrencia para entender infringido el derecho al honor de una persona por la divulgación de noticias sobre ella. *El Derecho*. 2014. 1. EDC 2014/1020275.

MAGRO SERVET, Vicente. La protección civil del derecho al honor de las personas. Respuesta de los tribunales. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*. 2019. 2. EDC 2019/526301.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., 2019. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-1313-937-1.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. *Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial. Estudios penales y criminológicos*. 2014. 34.

MOLINA PÉREZ, Teresa. El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. *Anuario jurídico y económico escurialsense*. 2005. 38. ISSN: 1133-3677.

- MONTOYA MELGAR, A., 2007. *El empleo ilegal de inmigrantes*. Madrid. Thomson-Civitas.
- MORENO PUEYO, María. Extranjeros inmigrantes y Seguridad Social española. *Estudios financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*. 2004. 257-258.
- NOGUEIRA DE ZAVALA, Javier. y CAGIGA MATA, Gonzalo. Derecho tributario en el estado de alarma: plazos de cumplimiento de las obligaciones tributarias. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*. 2020. 1. EDC 2020/561651.
- OBREGÓN GARCÍA, A y GÓMEZ LANZ, J., 2015. *Derecho Penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*. Tecnos. Madrid
- PALMA HERRERA, J.M., 2000. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Edersa. ISBN 978-84-7130-967-9.
- PANTALEÓN PRIETO, F., 1991. *Comentario al art. 1902 CC en Comentarios al Código Civil*. Tomo II. Madrid.
- PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto. La pensión compensatoria tras el cese de la convivencia more uxorio. *El Derecho*. 2015. 1. EDC 2015/195764.
- PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo de. Novedades del decomiso introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 y por la Ley 41/2015. *El Derecho*. 2015. EDC 2015/264593.
- ROQUETA BUJ, Roqueta. Las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de los extranjeros en España. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. 2005. 10.
- SÁNCHEZ- URÁN AZAÑA, Yolanda. Derecho y protección social como factor de integración del inmigrante: La dialéctica universalidad/ ciudadanía. *RMTAS*. 2006. 63. ISSN 1137-5868.
- SOTO NIETO, F., 2008. *Tipos agravados del art. 370 CP*. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- URBANO CASTRILLO, E., 2019. *La atenuante de confesión: Problemática aplicativa*. Revista Aranzadi Doctrinal. Editorial Aranzadi S.A.U, Cizur Menor. 7. BIB: 2019/6297.
- VALDUEZA BLANCO, María Dolores. Repercusión de la reforma de los derechos sociolaborales de los extranjeros. *Temas laborales*. 2004. 73. ISSN 0213-0750.
- VARGAS GALLEGU, Ana Isabel. Algunos apuntes sobre la interceptación de las comunicaciones telefónicas. *El Derecho*. 2020. EDC 2020/730132.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C., 2002. *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- VIVES ANTÓN, T.S y GONZÁLEZ CUSSAC, JL., 2004. *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- WOLTERS KLUWER. Enciclopedia jurídica. Tomo VII. [en línea]. *La Ley*. 2016. [consulta: 10 marzo 2021]. Disponible en: <https://wolterskluwer.es>.

## **X. WEBGRAFÍA**

- Inspección de Trabajo y Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021. [Consulta: 10 abril 2021] Disponible en: <https://www.mites.gob.es>
- Ministerio de Interior*. Ministerio del Interior, 2021. [consulta: 22 abril 2021]. Disponible en: <https://www.interior.gob.es>
- Organización Mundial de la Salud*. OMS, 2021. [Consulta: 24 marzo 2021]. Disponible en: <https://www.who.int/es>

## XI. ANEXOS

<b>Número</b>	<b>Contenido</b>
<b>1</b>	<p>Mandamiento emitido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ribeira para el análisis y pesaje de la droga intervenida. Dirigido a la Policía Nacional de Ribeira.</p> <p>Documento para proceder al análisis y pesaje de la droga intervenida. Dirigido al Sr. Delegado de Sanidad de A Coruña.</p> <p>Informe de valoración sobre la analítica realizada a la droga intervenida, emitido por el Área de Sanidad de A Coruña.</p> <p>(Copias a modo ejemplificativo realizadas por la autora).</p>



ADMINISTRACIÓN DE  
JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTICIA

COPIA SIN VALOR  
REALIZADA POR LA  
AUTORA

**XDO. 1A. INST.E INSTRUCCIÓN N.2  
RIBEIRA**

-

RÚA BARBANZA-ESQUINA MARIÑO DE RIVERA TLF: 881 997 351/52 (CIVIL)  
**Teléfono:** 881997353/54 (PENAL) Fax: 881997355  
Equipo/ usuario: JO  
Modelo: GU0040

**DPA DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000434/2020**

**NIG :** 15073 41 2 2021 0000036

Delito: SOBRE SUSTANCIAS NOCIVAS PARA LA SALUD Y OTROS

DENUNCIANTE: -

Procurador/a:

Abogado/a:

Contra: JAVIER MANUEL SÁNCHEZ BARREIRO, JOSÉ RAMÓN GARCÍA MÉNDEZ, JUAN JOSÉ SUÁREZ RODRÍGUEZ, ÁVARO JOSÉ JIMÉNEZ SANTOS Y FRANCISCO PÉREZ ÁLVAREZ.

Procurador/a:

Abogado/a:

**MANDAMIENTO**

En RIBEIRA, a veintitrés de diciembre de dos mil veinte.

En virtud de lo acordado en el presente procedimiento adjunto remito mandamiento al Área de Sanidad de la Xunta de Galicia, para que proceda al análisis, pesaje de la droga intervenida, quedando la Policía Nacional autorizada para su diligenciado, y la consiguiente destrucción de la misma (dejando muestras suficientes, para un futuro contranálisis), informando del valor de mercado de la droga incautada.

s/ref.- atestado 2211/202

**EL / LA JUEZ**

**POLICÍA NACIONAL DE RIBEIRA**



ADMINISTRACIÓN DE  
JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTICIA

COPIA SIN VALOR  
REALIZADA POR LA  
AUTORA

**XDO. 1A. INST.E INSTRUCCIÓN N.2  
RIBEIRA**

-

RÚA BARBANZA-ESQUINA MARIÑO DE RIVERA TLF: 881 997 351/52 (CIVIL)  
**Teléfono:** 881997353/54 (PENAL) Fax: 881997355  
Equipo/ usuario: JO  
Modelo: GU0040

**DPA DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 00000434/2020**

**NIG :** 15073 41 2 2021 0000036

Delito: SOBRE SUSTANCIAS NOCIVAS PARA LA SALUD Y OTROS

DENUNCIANTE: -

Procurador/a:

Abogado/a:

Contra: JAVIER MANUEL SÁNCHEZ BARREIRO, JOSÉ RAMÓN GARCÍA MÉNDEZ, JUAN JOSÉ SUÁREZ RODRÍGUEZ, ÁVARO JOSÉ JIMÉNEZ SANTOS Y FRANCISCO PÉREZ ÁLVAREZ.

Procurador/a:

Abogado/a:

**MANDAMIENTO**

En RIBEIRA, a veintitrés de diciembre de dos mil veinte.

En virtud de haberlo así acordado en el procedimiento arriba indicado, dirijo el presente a fin de que se proceda al **análisis y pesaje de la droga intervenida** y que con el presente se adjunta, informando urgentemente del resultado de dicha gestión.

**EL / LA JUEZ**

**SR DELEGADO DE SANIDAD - A CORUÑA -**



MINISTERIO  
DEL INTERIOR

DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA



CUERPO NACIONAL DE POLICÍA

**RIBEIRA**

**Oficio n:** 0000/20

**Destinado a:** JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO DOS DE RIBEIRA

**Asunto:** TASACIÓN DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES

**Su referencia:** D.P.P.A. 434/2020

Por el presente, se da respuesta al escrito recibido derivado de las **Diligencias Previas Procedimiento Abreviado 434/2020, del Juzgado de Instrucción Número DOS de Ribeira (A Coruña)**, donde se solicita informe de valoración, sobre la analítica realizada a la droga intervenida a D. D. D. D. D. (número de certificado xx/xx/xxxxx).

### **ANTECEDENTES:**

Informe analítico emitido por el Área de Sanidad de A Coruña, número de certificado xx/xx/xxxxx, en el que se identifica como:

- **Muestra n1**, se corresponde con 0,836 gr. de cocaína. Tras su análisis, resultan ser cocaína (Art. apartado de la Convención única de 1961 sobre estupefacientes).
- **Muestra n2**, se corresponde con 0,624 gr. de cocaína. Tras su análisis, resultan ser cocaína (Art. apartado de la Convención única de 1961 sobre estupefacientes).



MINISTERIO  
DEL INTERIOR

DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA



CUERPO NACIONAL DE POLICÍA

**RIBEIRA**

- **Muestra n3**, se corresponde con 8,483 gr. de resina de cannabis. Tras su análisis, resultan ser resina de cannabis (Art. apartado de la Convención única de 1961 sobre estupefacientes).
- **Muestra n4**, se corresponde con 800 gr. de resina de cocaína. Tras su análisis, resultan ser cocaína (Art. apartado de la Convención única de 1961 sobre estupefacientes).
- **Muestra n5**, se corresponde con 10 gr. de cocaína. Tras su análisis, resultan ser cocaína (Art. apartado de la Convención única de 1961 sobre estupefacientes).

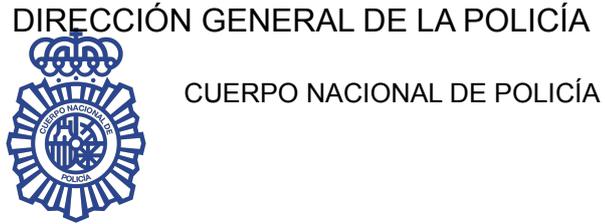
### **DATOS PARA EL CÁLCULO**

**1-CANNABIS:** De acuerdo con los datos facilitados por la O.N.C.E. (Oficina Central Nacional de Estupefacientes), en el segundo semestre de 2020, el precio de referencia es de 5,10 euros.

**2-COCAÍNA:** De acuerdo con los datos facilitados por la O.N.C.E. (Oficina Central Nacional de Estupefacientes), en el segundo semestre de 2020, el precio de referencia es de 50 euros.



MINISTERIO  
DEL INTERIOR



**RIBEIRA**

### **TASACIÓN:**

En la tasación, se calculará el valor de la sustancia estupefaciente intervenida en el mercado ilícito nacional, realizándose la valoración de dos maneras, coincidentes con las posibles formas de venta, si se vendiese en:

- En forma de gramos o
- En dosis.

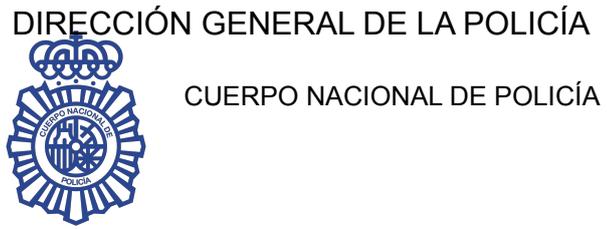
Se significa que la valoración de la Resina de Cannabis y del Cannabis se realiza en gramos y el resultado sería aplicar la cantidad de sustancia por el precio medio estipulado para dicha sustancia.

#### **\*\*\* EN GRAMOS:**

- MUESTRA NÚMERO 1: Con la muestra intervenida, en el mercado ilícito, **se podría obtener unas ganancias de 41,8 euros.**
- MUESTRA NÚMERO 2: Con la muestra intervenida, en el mercado ilícito, **se podría obtener unas ganancias de 31,2 euros.**
- MUESTRA NÚMERO 3: Con la muestra intervenida, en el mercado ilícito, **se podría obtener unas ganancias de 43,26 euros.**
- MUESTRA NÚMERO 4: Con la muestra intervenida, en el mercado ilícito, **se podría obtener unas ganancias de 40.000 euros.**
- MUESTRA NÚMERO 5: Con la muestra intervenida, en el mercado ilícito, **se podría obtener unas ganancias de 500 euros.**
- Sumando un valor total de **40.616,26 euros.**



MINISTERIO  
DEL INTERIOR



**RIBEIRA**

Lo que se comunica a los efectos oportunos

RIBEIRA, 21 de febrero de 2021.

(firma y sello)

INSPECTOR C.P xx.xxx