



**UNIVERSIDADE
DA CORUÑA**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Curso 2020-2021

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

**TRÁFICO DE DROGAS, BLANQUEO DE CAPITALS,
DEREITO AO HONOR E Á PROPIA IMAXE, CUESTIÓNS
LABORAIS E FISCAIS**

**DRUG TRAFFICKING, MONEY LAUNDERING, THE
RIGHT TO HONOR AND SELF-IMAGE AND LABOR AND
TAX ISSUES**

Alumno: Pablo Vázquez Candal

Tutor: Manuel José Vázquez Pena

ÍNDICE:

I	Listado de abreviaturas:	4
II	Antecedentes de hecho	5
III	Primera pregunta: Leído el supuesto, califique penalmente los hechos y determine las penas que habrían de recaer sobre cada uno de los investigados. En relación con esta última cuestión, indique si es posible aplicar alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Asimismo, clarificados todos los delitos cometidos, señale si está afecto el principio “non bis in idem”.	8
III.1	Calificación jurídico-penal de la conducta de D. Javier Manuel Sánchez Barreiro	8
III.1.a	Participación en el delito de tráfico de drogas	8
III.1.b	Sobre el blanqueo de capitales	12
III.1.c	Delito de tenencia ilícita de armas	15
III.1.d	Posible comisión de un delito contra los derechos de los trabajadores	15
III.1.e	Inexistencia de delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.....	16
III.1.f	Delito contable: el principio “non bis in idem” ante la responsabilidad conjunta de Javier Manuel y sus empresas.....	16
III.1.g	Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: imposibilidad de apreciar la atenuante de confesión	17
III.1.h	Determinación de la pena	17
III.2	Calificación jurídico-penal de las conductas de D. Francisco Pérez Álvarez y D. Álvaro José Jiménez Santos.....	18
III.2.a	Participación en el delito de tráfico de drogas	18
III.2.b	Participación en el blanqueo de capitales: de nuevo ante la disyuntiva absorción-autoblanqueo	20
III.2.c	Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: inaplicación de las atenuantes por grave adicción y confesión	20
III.2.d	Determinación de la pena	21
III.3	Calificación jurídico-penal de las conductas de D. José Ramón García Méndez y D. Juan José Suárez Rodríguez	21
III.3.a	Comisión de un delito de tráfico de drogas.....	21
III.3.b	Comisión de un delito de amenazas.....	22
III.3.c	Sobre la posible apreciación de un delito de estafa	23
III.3.d	Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal	23
III.3.e	Determinación de la pena	23
III.4	Calificación jurídico-penal de la conducta de D ^a . María Díez Pateira.....	24
III.4.a	Comisión del delito de tráfico de drogas.....	24
III.4.b	Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: imposibilidad de aplicar atenuante por grave adicción	24
III.4.c	Determinación de la pena	24
IV	Segunda pregunta: ¿Es procedente la intervención de las comunicaciones realizadas entre los investigados? ¿Qué tipo de registros y sobre qué muebles e inmuebles se deben practicar en la presente investigación? ¿Qué preceptos constitucionales estarían afectos?.....	24

IV.1	Presupuestos para la intervención de las comunicaciones telefónicas.....	24
IV.1.a	Observancia de los principios rectores de proporcionalidad, especialidad, idoneidad y excepcionalidad	25
IV.1.b	Incumplimiento del principio de exclusividad jurisdiccionalidad.....	26
IV.2	Diligencias de entrada y registro.....	26
IV.2.a	Entrada y registro en el domicilio de Javier Manuel	27
IV.2.b	Entrada y registro de los pubs	28
IV.2.c	Registro del vehículo de Francisco	28
V	Tercera pregunta: Por el impago de impuestos por los locales de negocio que pertenecen al investigado, ¿qué actuaciones debería realizar la Agencia Tributaria? ¿Qué sanciones conllevaría por parte de la Hacienda Pública?	29
V.1	Procedimientos de control de presentación de autoliquidaciones, comprobación limitada e inspección tributaria.....	29
V.2	Procedimiento de apremio	30
V.3	Procedimiento sancionador.....	30
V.3.a	Infracción tributaria por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación	30
V.3.b	Infracción tributaria por incumplir obligaciones contables y registrales	31
V.3.c	Infracción tributaria por incumplir obligaciones de facturación o documentación... ..	31
VI	Cuarta pregunta: A consecuencia de la publicación en el periódico Ciudad Santiago del organigrama de la droga de la región, exponiendo como nuevos capos a los investigados indicando los hechos que éstos presuntamente cometían. Los afectados consideran que se encuentra lesionado su derecho al honor e imagen, ¿podrían ejercer alguna acción legal pidiendo que se retracte el periódico? ¿Podrían pedir reclamar indemnización por daños y perjuicios?.....	31
VI.1	Sobre la existencia de una efectiva vulneración del derecho al honor y a la propia imagen de los investigados: ponderación con el derecho a comunicar y recibir información veraz	32
VI.2	Cauces legales a disposición de los aludidos para el restablecimiento de su derecho al honor y a la propia imagen.....	33
VI.3	Procedencia de la indemnización por daños y perjuicios: dualidad de acciones	35
VII	Quinta pregunta: D. Javier Manuel Sánchez Barreiro decide unilateralmente romper su relación <i>more uxorio</i> , tras diez años de unión ¿puede solicitar su expareja una pensión compensatoria y/o indemnización por el desequilibrio económico que sufre a consecuencia de esta decisión?	35
VII.1	Imposibilidad de aplicar la compensación por desequilibrio económico del art. 97 CC: prohibición de la <i>analogía legis</i> en las uniones de hecho.....	35
VII.2	Alternativas al art. 97 CC: apreciación de enriquecimiento injusto	36
VIII	Sexta pregunta: Teniendo en cuenta que ninguna de las tres trabajadoras del pub, ha sido dada de alta en la seguridad social, ni posee contrato laboral, ¿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 concepto de recaudación conjunta o bonificaciones indebidas mediante la práctica de actas de liquidación?.....	37
VIII.1	Sobre la ausencia de alta en la Seguridad Social de las inmigrantes irregulares: una obligación de cumplimiento imposible.....	38
VIII.2	Expediente de liquidación por las deudas relativas a la expareja de Javier Manuel.....	39

IX Séptima pregunta: En cuanto a las dos trabajadoras en situación irregular en España, ¿podría iniciarse un expediente de expulsión del territorio nacional?, o, por la contra, ¿podrían regularizar su situación? En cuanto a su situación laboral, ¿sería posible solicitar el alta en la SS?.....	39
IX.1 Sobre la posible expulsión de las inmigrantes irregulares: la necesaria concurrencia de circunstancias agravantes.....	39
IX.2 Un futuro en territorio español: regularización de su situación por razones de arraigo laboral u otras circunstancias excepcionales.....	40
IX.3 Acceso de las inmigrantes al Sistema de Seguridad Social: la imposibilidad de solicitar el alta y otros mecanismos de protección	41
X Conclusiones finales.....	42
XI Bibliografía	45
XII Apéndice jurisprudencial	48

I Listado de abreviaturas:

- AC: Actualidad Civil.
- AEPD: Agencia Española de Protección de Datos.
- AFDUE: Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura.
- CC: Código Civil.
- CE: Constitución Española.
- CP: Código Penal.
- CREDIT: Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo.
- CT: Crónica Tributaria.
- EPC: Estudios Penales y Criminológicos.
- IS: Impuesto de Sociedades.
- IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido.
- La Ley: Diario La Ley (Estudios doctrinales).
- LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- LGSS: Ley General de la Seguridad Social.
- LIS: Ley del Impuesto sobre Sociedades.
- LIVA: Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- LOEx: Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- LOPH: Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- PT: Práctica de Tribunales, revista de derecho procesal civil y mercantil.
- RAD: Revista Aranzadi Doctrinal.
- RDME: Revista de Derecho Migratorio y Extranjería.
- RDUNED: Revista de Derecho UNED.
- REDS: Revista de Derecho, Empresa y Sociedad.
- REDUE: Revista de Derecho de la Unión Europea.
- RGPD: Reglamento General de Protección de Datos.
- RGPSL: Reglamento General sobre Procedimientos para la imposición de Sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes Liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.
- SS: Seguridad Social.
- SSTJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- TD: Trabajo y Derecho, nueva revista de actualidad y relaciones laborales.

II Antecedentes de hecho

D. Francisco Pérez Álvarez, que reside en Ribeira con su compañera sentimental, carece de medios legales de vida, sin embargo, tiene en propiedad un PORSCHE PANAMERA 4 Sport del año 2019, hace un tipo de vida preferentemente nocturna, ya que no sale de su domicilio hasta pasado el mediodía y regresa a altas horas de la madrugada.

Asimismo, realiza frecuentes viajes acompañado de su pareja a la Costa del Sol, Madrid, Barcelona e incluso al extranjero; a países como Holanda y Venezuela, en este último a Isla Margarita el 12 de diciembre de 2019, y se alojó en el Hotel Margarita Hilton. Cuando acude a estos lugares, realiza contactos con conocidos traficantes de sustancias estupefacientes. En España, en uno de los viajes que realizó el día 10 de enero 2020, a Barcelona, contactó con individuos que posteriormente fueron investigados por delitos contra la salud pública. El motivo de dichas visitas es proveerse de droga y, posteriormente, dedicarla a la venta.

D. Francisco Pérez Álvarez tiene un socio, en esta presunta actividad, D. Álvaro José Jiménez Santos. Ambos se ven diariamente en persona y, en algunas ocasiones, mantienen conversaciones telefónicas. Han aparecido un total de un millón de euros en la cuenta bancaria, a nombre de ambos, de la entidad BANCO SANTANDER ES04 0073 4000 5689 9687 5321.

El 12 de noviembre de 2020, ambos se desplazaron a Majadahonda y Madrid, y contactaron con D. Juan Fernández García, conocido traficante. El viaje fue de ida y vuelta, en el mismo día y 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 venden un quilogramo de cocaína a D^a. María Díez Pateira, por el precio de 40.000 euros. Pero cuando recibió la droga, la cantidad entregada resultó ser la de 800 gramos de cocaína muy adulterada, con un porcentaje de pureza que rondaba el 20%. Por la citada razón, se produjeron discrepancias entre la compradora y los vendedores, tanto cara a cara, como por teléfono, estos vendedores la amenazaron diciendo “te voy a matar, ya vendrá otra gente a mantenerte callada”.

Ante estos hechos, y, al recibir una carta- denuncia, dirigida al comisario jefe de la policía de Ribeira, en la que se comunica que los aludidos son unos presuntos traficantes de sustancias estupefacientes, el 13 de noviembre de 2020, el Cuerpo de Policía Nacional inicia las investigaciones correspondientes. Se realiza una intervención de las llamadas de los investigados, de lo que resulta, que cuando se refieren a droga, utilizan la palabra clave de “coche” presuntamente, y cuando hablan de “documentación” se refieren a “dinero”. A estas conclusiones llegan al escuchar una conversación en la que afirman que “comprando un coche hacen tres”, refiriéndose al aumento que consiguen con la adulteración (conversación entre D. Francisco Pérez Álvarez, y D. Álvaro José Jiménez Santos el 20 de diciembre de 2020). Todos ellos cometieron los hechos influidos por su adicción a sustancias estupefacientes a las que entonces se hallaban afectos y que les disminuían sus capacidades.

Los intervenidos nombran a D. Javier Manuel Sánchez Barreiro, que se encuentra implicado por las diversas conversaciones telefónicas que ha tenido con D. Álvaro José Jiménez Santos. Este último es propietario de dos conocidos pubs de la zona, llamados “Olé S.L” y “Noruega S.L”, en los que trabajan dos inmigrantes en situación administrativa irregular y su compañera sentimental, con la que decide romper tras 10 años de relación. Todas ellas sin contrato laboral y sin cotización a la Seguridad Social. En dicho local poseía dos armas, una pistola marca “FN BROWNING”, semiautomática, calibre 6,35 mm, con número de identificación 0793, fabricada en Alemania originariamente como pistola detonadora, con su correspondiente cargador; y, también, otra pistola semiautomática de “alarma gas”, marca “RECK”, modelo PGE, de calibre 8 mm, sin número de identificación, fabricada en Alemania, con su cargador. Ambas pistolas fueron transformadas para disparar cartuchos de fuego real con proyectiles de calibre 6,35 mm, dicha modificación consiste, en hacer desaparecer el cañón primitivo e introducir otro de acero. Todos ellas en perfecto estado de conservación y funcionamiento.

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, han dejado 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.

Además, entre las personas de nacionalidad venezolana con las que se reunían y la mencionada ut supra, utilizan el sistema bancario europeo, depositan, aseguran e introducen en la corriente monetaria legal, el beneficio del tráfico de estupefacientes, realizando transferencias a Venezuela y a Miami, así como ingresos en efectivo solicitando cheques en divisas y realizando pagos al exterior (Colombia y Estados Unidos) a diferentes sociedades y personas físicas. D. Javier Manuel Sánchez Barreiro, realiza el ingreso de billetes de euros de poco valor en cuenta a su nombre a través de oficinas bancarias y, solicita el reintegro en billetes de 100 euros, que transportaba a Venezuela a través de “mulas”, es decir, de personas que viajan en avión transportando bienes ilícitos en favor de terceras personas.

El día 21 de diciembre del 2020, se realizan vigilancias policiales en los dos establecimientos de D. Javier Manuel Sánchez Barreiro y se detecta que es visitado en varias ocasiones por los socios primeramente reseñados, D. José Ramón García Méndez y D. Juan José Suárez Rodríguez. Se observa, el día 24 de diciembre del 2020, que, D. Francisco Pérez Álvarez, llega conduciendo su vehículo de alta gama, matrícula 0000 BXX, que no se baja del mismo, y se acerca D. Javier Manuel Sánchez Barreiro al vehículo, sale a recoger dos envoltorios de plástico, uno de color blanco y otro de color azul y ambos de un tamaño aproximado de 4 cm. Acto seguido el vehículo se pone en marcha y se ausenta del lugar (véase acta de vigilancia). Es detenido en el peaje de la autopista AP9, dirección Ribeira-Santiago y se le realiza un registro en el vehículo. En el interior del airbag y los fondos del mismo se le aprehende 10 gramos de cocaína y 10.000 euros que portaba consigo.

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. Los investigados, en dicha entrada y registro, les hacen entrega a los Agentes de Policía judicial la cantidad de 0,836 gramos de cocaína, con una riqueza del 35,15% y un valor de mercado de 45 euros, así como, 0,624 gramos de la misma sustancia, con una pureza del 66,22% y, un valor de mercado de 30 Euros. Encuentran un trozo de sustancia vegetal, que resultó ser, resina de cannabis con un peso de 8,483 gramos, teléfonos móviles, varios talonarios de cheques de distintas entidades bancarias y, la cantidad, de 45.000 euros, en billetes de curso legal.

Días más tarde, el 23 de diciembre, el periódico Ciudad Santiago publica el organigrama de la droga de la región, exponiendo como nuevos capos a los investigados, indicando los hechos que éstos presuntamente cometían.

Lista de hechos

En primer lugar, procederemos a hacer un desglose de los hechos del caso que presentan relevancia jurídica con la finalidad de delimitarlos claramente, lo que facilitará su posterior referenciación a lo largo del trabajo.

- **HECHO 1:** Francisco, sin medios de vida legales, realiza frecuentes viajes por España y el extranjero (Holanda y Venezuela), manteniendo un nivel de vida a priori insostenible (es propietario de un Porsche), con el objetivo de contactar con conocidos narcotraficantes para proveerse de droga y posteriormente dedicarla a la venta, junto a su socio Álvaro José.
- **HECHO 2:** Francisco y Álvaro José tienen a su nombre una cuenta (ES04 0073 4000 5689 9687 5321) con un millón de euros.

- **HECHO 3:** Francisco y Álvaro José se reúnen el 12 de noviembre de 2020 en Madrid con Juan Fernández, conocido traficante, tomando las precauciones oportunas para no ser detectados.
- **HECHO 4:** José Ramón y Juan José venden 1 quilogramo de cocaína a María por 40.000€, entregándole finalmente 800 gramos de cocaína muy adulterada (pureza del 20%).
- **HECHO 5:** José Ramón y Juan José profieren amenazas contra María, tanto en persona como por medios telemáticos: *“te voy a matar, ya vendrá otra gente a mantenerte callada”*.
- **HECHO 6:** la Policía Nacional, tras recibir una carta-denuncia de los hechos cometidos por José Ramón y Juan José dirigida al comisario jefe de la policía de Ribeira, en la que se comunica que los aludidos son unos presuntos traficantes de sustancias estupefacientes, inicia las investigaciones pertinentes el 13 de noviembre de 2020 e interviene las llamadas de los investigados. El 20 de diciembre de 2020 Francisco y Álvaro José afirman, en argot, que triplican el dinero con la adulteración de la droga.
- **HECHO 7:** todos los investigados cometieron los hechos influidos por su adicción a sustancias estupefacientes a las que entonces se hallaban afectos y que les disminuían sus capacidades.
- **HECHO 8:** Javier Manuel, implicado por las diversas conversaciones telefónicas que ha tenido con Álvaro José, también es nombrado por el resto de intervenidos.
- **HECHO 9:** Javier Manuel es propietario de dos pubs (“Olé S.L” y “Noruega S.L”) en los que trabajan dos inmigrantes en situación administrativa irregular y su compañera sentimental, todas sin contrato laboral y sin cotización a la SS.
- **HECHO 10:** Javier Manuel decide romper con su compañera sentimental tras 10 años de relación.
- **HECHO 11:** Javier Manuel posee en dicho local dos pistolas de fogeo modificadas (instalación de un cañón de acero) para disparar cartuchos de fuego real, en perfecto estado de conservación y funcionamiento.
- **HECHO 12:** Javier Manuel, durante 2019, dejó de llevar, si bien era su obligación hacerlo, los libros de contabilidad y los libros de registro del IVA.
- **HECHO 13:** Javier Manuel ha dejado de ingresar a la Hacienda Pública la cantidad de 6.892€ en concepto de IS e IVA, correspondientes a un volumen de ingresos de 60.000€ (Código CNAE 5630: *“Establecimientos de bebidas”*).
- **HECHO 14:** Javier Manuel y sus socios venezolanos blanquean (utilizan el sistema bancario europeo, depositan, aseguran e introducen en la corriente monetaria legal) los beneficios derivados del tráfico de estupefacientes mediante transferencias a Venezuela y a Miami, ingresos en efectivo solicitando cheques en divisas y pagos al exterior (Colombia y Estados Unidos) a diferentes sociedades y personas físicas. Así mismo, Javier Manuel suele intercambiar en las oficinas bancarias billetes de poco valor por billetes de 100€.
- **HECHO 15:** Javier Manuel transporta estos billetes de 100€ a Venezuela a través de *“mulas”*, esto es, personas que viajan en avión transportando bienes ilícitos en favor de terceras personas.
- **HECHO 16:** el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción ordena una diligencia de entrada y registro en el domicilio de Javier Manuel, efectuada el 10 de diciembre. En dicho registro los investigados entregan 0,836 gramos de cocaína (riqueza del 35,15% y valor de mercado de 45€), 0,624 gramos de la misma sustancia con una mayor pureza (66,22%, con un valor de mercado de 30€). Así mismo, la Policía encuentra 8,483 gramos de resina de cannabis,

teléfonos móviles, varios talonarios de cheques de distintas entidades bancarias y 45.000€ en billetes de curso legal.

- **HECHO 17:** el día 21 de diciembre de 2020 la policía detecta varias reuniones entre Javier Manuel, José Ramón y Juan José en los establecimientos de aquél.
- **HECHO 18:** el 24 de diciembre de 2020 se observa como Francisco intercambia con Javier Manuel dos envoltorios de plástico de un tamaño aproximado de 4 centímetros a las afueras de uno de sus pubs. Posteriormente Francisco es detenido y su coche registrado, hallándose escondidos en su interior 10 gramos de cocaína y 10.000€.
- **HECHO 19:** el periódico *Ciudad Santiago* publica los hechos que presuntamente cometieron los investigados, identificándolos como los nuevos capos de la región.

III Primera pregunta: Leído el supuesto, califique penalmente los hechos y determine las penas que habrían de recaer sobre cada uno de los investigados. En relación con esta última cuestión, indique si es posible aplicar alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Asimismo, clarificados todos los delitos cometidos, señale si está afecto el principio “non bis in idem”.

Dedicaremos esta primera sección del trabajo a calificar penalmente los hechos descritos, atendiendo a los requisitos que desde la ley y la jurisprudencia se exigen para la realización de los tipos básicos que a continuación indicaremos, sus subtipos privilegiados, así como las posibles circunstancias atenuantes/agravantes que resulten de aplicación. Para ello, nos centraremos en la conducta de cada interviniente por separado, estudiando en cada caso los conflictos que podrían surgir por la apreciación concurrente de delitos y agravantes que protejan idénticos bienes jurídicos y que podrían llevar a la vulneración del principio “*non bis in idem*”. Finalmente, calcularemos la pena correspondiente a cada investigado.

III.1 Calificación jurídico-penal de la conducta de D. Javier Manuel Sánchez Barreiro

Comenzaremos con el análisis de la conducta de Javier Manuel puesto que es, sin duda, el interviniente con más relevancia y que más delitos ha cometido, de modo que nos remitiremos a lo explicado en este apartado para el resto de investigados.

III.1.a Participación en el delito de tráfico de drogas

Dada la amplia variedad de conductas reconocidas en el art. 368 CP como promotoras, favorecedoras o facilitadoras del consumo ilegal de drogas, la actuación de Javier Manuel en el HECHO 18 ha de subsumirse en la modalidad de tráfico¹. Ahora bien, en orden a la apreciación de este delito, la jurisprudencia del Tribunal Supremo² exige los siguientes requisitos:

- a) la concurrencia de un elemento objetivo, cual es la realización de algún acto de producción, venta, permuta o cualquier forma de tráfico, transporte, tenencia con destino al tráfico o acto de fomento, propaganda o formulación de ofertas de dichas sustancias;
- b) que el objeto material de esas conductas sea alguna sustancia de las recogidas en las listas de los Convenios Internacionales suscritos por España, los que tras su publicación se han convertido en normas legales internas;

¹ Que incluiría, según Rey Huidobro (1999, pp. 54-69) conductas de almacenamiento y depósito, siempre que los estupefacientes vayan destinados al tráfico con terceras personas, actos de transporte (importación, exportación y tránsito), la adquisición cuando la sustancia adquirida se vaya a destinar a terceras personas y no al consumo personal, y la donación, siempre que la cesión gratuita vaya encaminada a promover, favorecer o facilitar la expansión del producto.

² STS de 4 abril de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:2633), F.J. 1º.

- c) la existencia de un elemento subjetivo de destino del objeto material al tráfico ilícito, que en ocasiones no será obtenible por prueba directa, sino deducible del conjunto de sus acciones.

Sabemos por los HECHOS 8 y 17 que existe una fuerte conexión entre Javier Manuel y el resto de investigados, que se dedican indudablemente al tráfico de drogas. Así mismo, en el HECHO 18 se detiene a Francisco con 10 gramos de cocaína que previamente le había entregado Javier Manuel, por lo que se dan los dos primeros requisitos exigidos jurisprudencialmente: un acto de tráfico en el que se incauta el objeto material. Por último, debemos extraer el elemento subjetivo del contexto de Javier Manuel, que se dedica al blanqueo de los beneficios derivados del tráfico (HECHO 14), de modo que no cabe ninguna duda de la concurrencia de dolo en su conducta, toda vez que la cantidad intervenida excede de la que podemos considerar tenencia para el propio consumo³, por lo que se deduce una finalidad de facilitación a terceros.

Por otra parte, lo descrito en el HECHO 16 podría dar lugar a la comisión de un acto de tenencia preordenada al tráfico, teniendo en cuenta las actividades a las que se dedican los investigados; no obstante, se indica que todos ellos son adictos a sustancias estupefacientes (HECHO 7), las cantidades incautadas se hallan en su domicilio, no superan la que se estima como destinada al propio consumo⁴, los intervenidos mantienen una actitud de cooperación durante la incautación y no se ocupan elementos auxiliares de manipulación⁵, por lo que no creemos que existan indicios suficientes⁶ para apreciar la preordenación al tráfico en este caso.

Ahora bien, independientemente de que no consideremos esta posesión como preordenada al tráfico, sí hallamos suficientes los indicios que se desprenden del HECHO 18 para entender cumplidos los elementos exigidos por el Tribunal Supremo para la apreciación de un acto de tráfico. Así mismo, la droga que se ha conseguido intervenir es cocaína, considerada como sustancia que ocasiona un grave peligro para la salud⁷, por lo que ha de aplicarse la correspondiente modalidad del art. 368 CP, que conlleva unas penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito (que cifraremos en 500€⁸), sin perjuicio de una aplicación posterior de las agravantes que analizaremos a continuación.

III.1.a.a Insuficiente información sobre la adulteración de la droga

De los HECHOS 4 y 6 se desprende que los investigados adulteran frecuentemente la droga para conseguir un mayor beneficio con su posterior venta, por lo que podría suscitarse la apreciación de la agravante del art. 369.1.6º CP. Ahora bien, el propio precepto exige para su aplicación que dicha adulteración produzca un mayor peligro para la salud del consumidor, *“por lo que no será de aplicación cuando, por el contrario, la adulteración disminuya o atenúe los potenciales efectos*

³ Se considera cantidad destinada al consumo propio la necesaria para cinco días [STS de 21 noviembre de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:8485), F.J. 3º], con referencia a la tabla elaborada por el Instituto Nacional de Toxicología el 18 de octubre de 2001 sobre las dosis medias de consumo diario. Respecto a la cocaína, se admiten para consumo propio hasta 7,5 gramos, habiéndose hallado 10 gramos.

⁴ De nuevo, se admiten para consumo propio hasta 7,5 gramos de cocaína y 25 gramos de hachís, pero lo hallado no supera dichas cantidades, que además han de dividirse entre todos los registrados.

⁵ Todos ellos hechos de los que no puede colegirse que el destino de la droga sea el tráfico según la STS de 14 de julio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:5154), F.J. 1º.

⁶ Debemos tener también en cuenta que se hallan dos tipos de cocaína distintos, con diferentes purezas, lo que refuerza la hipótesis de que se trata de droga destinada al propio consumo y de procedencia heterogénea en tanto que, si estuviese preordenada al tráfico, presumiblemente se habría adulterado de la misma forma.

⁷ Criterio unánime en la jurisprudencia, un ejemplo reciente se puede observar en la STS de 23 septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2987).

⁸ En este sentido debemos referirnos a lo dispuesto en el art. 377 CP, según el cual ha de tenerse en cuenta en la valoración la recompensa obtenida o esperada por el reo. En el HECHO 4 podemos observar que esta organización vende su producto por 50€ el gramo adulterado (entregan 800 gramos por 40.000€), por lo que debemos cifrar el valor de la droga en base a esta cantidad.

nocivos sobre el organismo de la sustancia resultante”⁹. Esta mayor lesividad no resulta acreditada respecto a la droga incautada en el HECHO 18, de modo que debemos realizar una interpretación a favor del reo, inaplicando esta agravante.

III.1.a.b Sobre el concurso de normas entre las agravantes por pertenencia a organización delictiva o red internacional de los arts. 369 bis y 370.3 CP y el delito de pertenencia a organización criminal del art. 570 bis

El art. 570 bis CP indica que: “*se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos*”. Considerando los HECHOS 1, 2, 3, 4, 14, 16 y 18, así como la relación existente entre los investigados derivada de los HECHOS 6, 8 y 17, entendemos que se dan indicios suficientes para calificar la asociación de los intervinientes como una organización criminal.

La falta de medios de vida de Francisco, sus frecuentes encuentros con traficantes y su cuenta conjunta con su socio Álvaro José (HECHOS 1, 2 y 3) advierten el carácter estable de su vínculo; así mismo, las conversaciones intervenidas referentes a la adulteración de la droga (HECHO 6) los vinculan a la organización. Por otro lado, Javier Manuel se dedica al blanqueo del dinero procedente del tráfico con sus socios venezolanos de forma estable y distribuye paquetes de droga entre el resto de investigados (HECHOS 17 y 18). José Ramón y Juan se dedican a la venta de la droga (HECHO 4) que presumiblemente les entregaría Javier Manuel en sus reuniones (HECHO 17). Poniendo en contexto los hechos del caso, resulta evidente una conexión entre los cinco intervinientes (pluralidad subjetiva), de carácter tan estable y permanente que de dicha actividad dependen los ingresos vitales de algunos de ellos y la dedicación de dos negocios, con un coordinado reparto de funciones con el fin de traficar con la droga y blanquear los beneficios obtenidos con ella.

Así pues, aunque no se haya acreditado una clara jerarquía, podemos afirmar que nos encontramos ante una organización criminal que reúne todos los requisitos del art. 507 bis CP y no una simple manifestación de codelinuencia, coparticipación o grupo criminal¹⁰. No obstante, no tenemos información suficiente para atribuir a ninguno de los aludidos la cualidad de jefe, administrador o encargado de dicha organización (aunque la participación de Javier Manuel sea más intensa que la del resto de investigados), por lo que, por aplicación de la máxima *in dubio pro reo*, no es de recibo agravar la pena por esta cuestión.

De lo relatado cabe concluir que Javier Manuel forma parte de dicha organización criminal; sin embargo, se abren ante nosotros diversos caminos para penar esta conducta: bien en forma de agravantes al delito de tráfico de drogas (arts. 369 bis o 370.3 CP), bien como un delito autónomo de pertenencia a organización criminal (art. 570 bis CP), pues resulta obvio que la apreciación conjunta de estas circunstancias vulneraría el principio *non bis in idem*¹¹, dado que su fundamento es el mismo. Nos encontramos, en consecuencia, ante un concurso aparente de leyes penales.

⁹ Circular 2/2005, de 31 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas, apartado I.7.

¹⁰ En este sentido, STS de 12 marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1511), F.J. 2º.

¹¹ Circular 3/2011, de 11 de octubre, de la Fiscalía General del Estado: “*nada impide que un delito de tráfico de drogas realizado a través una red internacional pueda sancionarse de conformidad con lo dispuesto en el art. 369 bis CP y, por tanto, también se produce un concurso de normas entre los 369 bis y 370 CP, toda vez que una misma actividad (tráfico de drogas realizada por una red internacional) está sancionada en ambos preceptos, que tienen la misma entidad, especialidad y complejidad a los efectos previstos en el art. 8 CP, y, por tanto, la resolución del mismo ha de venir por la vía de su regla 4ª*”. Todo ello fruto de la desafortunada redacción adoptada por el legislador, que ha acabado con la lógica interna que subyacía en estos artículos y que permitía la agravación sucesiva en función de la mayor gravedad de las conductas, obligándonos ahora a elegir entre varios preceptos.

Ahora bien, antes de resolver esta cuestión debemos aclarar que el art. 370.3 CP es aplicable a “*redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades*”¹², por lo que debemos analizar su existencia en el presente caso (dado que no concurre ninguna de las otras circunstancias contempladas en el art. 370.3 CP para considerar la conducta de extrema gravedad). Habida cuenta del HECHO 1, sabemos que Francisco viaja frecuentemente por España y por el extranjero (especialmente a Venezuela) para proveerse de droga, aunque no se nos proporciona ulterior información. Teniendo en cuenta los HECHOS 14 y 15, sabemos que Javier Manuel es auxiliado en el blanqueo del dinero procedente de la venta de droga por los mismos socios venezolanos con los que se aprovisionan. Si ponemos en contexto estos datos, especialmente con los viajes de Francisco a Isla Margarita (Venezuela), podemos encontrar indicios suficientes para considerar que los investigados integran una red internacional mediante la cual introducen droga de procedencia venezolana (y de otros países, entre ellos Holanda) en España, para posteriormente blanquear, con ayuda de los mismos traficantes, los beneficios obtenidos en nuestro país¹³.

Resuelta esta cuestión sobre la efectiva conformación de una red internacional, procede a continuación solventar el concurso entre las normas anteriormente citadas. La doctrina indica que este problema debería resolverse por especialidad a favor de los tipos agravados, en tanto que “*el elemento distintivo entre los delitos de asociación ilícita o de organización o grupo criminal y las agravaciones por organización radica en que los primeros se sancionan sin necesidad de que efectivamente se haya cometido alguno de los delitos que integran el plan delictivo de la asociación, mientras que las segundas abarcan la pertenencia a la asociación, organización o grupo y la posterior comisión de uno de esos delitos*”¹⁴. Así pues, dado que la comisión del delito de tráfico de drogas ya se ha efectuado, procedería la aplicación de una de las agravantes, pero esto conllevaría, en el caso del art. 369 bis CP, la imposición de una pena inferior a la que resultaría de aplicar un concurso real entre los arts. 368 y 570 bis CP.

En este sentido, la propia Circular 3/2011, de 11 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, nos recuerda la regla contenida en el art. 570 quáter 2 *in fine* CP, según la cual ha de acudir directamente al criterio de alternatividad o consunción impropia previsto en el art. 8.4 CP, debiendo imponer en estos casos el precepto que conlleve una mayor penalidad, evitando así incongruencias valorativas.

En orden a la realización de estos cálculos, hemos de recordar nuevamente que los artículos 369 bis y 370 CP no pueden aplicarse simultáneamente en concurso real o ideal¹⁵, puesto que se excluyen entre sí al referirse ambos al tipo básico del art. 368 CP¹⁶. Por ello, aunque nos encontremos ante una red internacional que podría suponer una modalidad agravada de la organización criminal a la que se refiere el art. 369 bis CP, deberemos acudir a las reglas contenidas en el art. 8 CP, toda vez que la imposición cumulativa de las agravantes en concurso real o ideal conllevaría una exacerbación punitiva notable que no parece ser la solución prevista por el legislador. Por ello, debemos entender

¹² Se trata éste de un concepto nada claro (y rara vez aplicado por la jurisprudencia), como apunta Méndez Rodríguez (2015, pp. 64-66), que puede entenderse en varios sentidos: como red de distintas organizaciones, como una única organización que actúa en red, e incluso como una organización transnacional (aquella que actúa más allá de las fronteras del Estado), criterio seguido por la Fiscalía General del Estado en su Circular de 2011.

¹³ Indica Méndez Rodríguez (2014) que “*es preciso, por tanto, si se quiere hablar de la existencia de una red (de organizaciones), que existan diversas organizaciones criminales autónomas entre sí radicadas en el territorio de distintos estados que se relacionan entre ellas para la comisión conjunta del tráfico internacional de drogas; o bien una sola (macro) organización internacional con una única dirección organizativa que disponga de estructuras organizadas y asentadas en el territorio de varios estados*”. En este caso, vistos los HECHOS 1, 14 y 15, podríamos estar ante cualquiera de estas dos opciones.

¹⁴ Faraldo Cabana, 2012, pp. 369-370.

¹⁵ Bretones Alcaraz, 2020, p. 226.

¹⁶ Así mismo, aunque podría discutirse que el principio “*non bis in idem*” no resultaría afecto, no cabe ninguna duda de que estaríamos ante una clara vulneración del principio de proporcionalidad, al resultar en la imposición de una pena desorbitada tanto desde una perspectiva sistemática como histórica.

que el desvalor de la agravante del art. 370 CP ya se ha incorporado en el art. 369 bis, procediendo la aplicación del principio de alternatividad del art. 8.4 CP e imponiendo así la pena más grave, en tanto que no existe ninguna relación de especialidad, subsidiariedad o complejidad entre los artículos citados.

En consecuencia, y dado que no podemos imponer conjuntamente las penas de los arts. 369 bis y 370.3 CP, habremos de calcular cuál de las opciones que se nos plantean permite una mayor condena, pero para ello debemos tener en cuenta que Javier Manuel también ha cometido un delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP, que puede agravarse por pertenencia a organización criminal dedicada a tales fines *ex art.* 302 CP, por lo que dejaremos estos cálculos para el apartado correspondiente.

III.1.a.c Decomiso de los efectos de delito

Por aplicación del art. 374 CP, procede el decomiso y destrucción de la cocaína hallada en el registro del vehículo de Francisco, así como la pérdida de los 10.000€ incautados y de los 45.000€ hallados en su domicilio de acuerdo con lo dispuesto en el art. 127.1 CP, dado que presumiblemente son ganancias obtenidas con el tráfico ilícito de dicha sustancia (recordemos que Francisco no tiene medios de vida conocidos y Javier Manuel se dedica al blanqueo de los beneficios del tráfico).

Por el contrario, no podemos aplicar estos preceptos sobre las drogas que Javier Manuel entrega en el registro de su domicilio (HECHO 16), puesto que hemos establecido que no se ha cometido ningún delito por la mera posesión para consumo propio, sin perjuicio de su aprehensión y posterior destrucción por los agentes de la autoridad en virtud de lo dispuesto en los arts. 47.1 y 49.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, por la comisión de la infracción recogida en el apartado 16º de su art. 36.

III.1.b Sobre el blanqueo de capitales

El delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP exige para su comisión la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes a sabiendas de que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, así como cualquier otro género de conductas que se realicen con la finalidad de encubrir dicho origen ilícito mediante la progresiva concesión a los mismos de una apariencia de legalidad¹⁷.

En este sentido, no cabe duda de que Javier Manuel y sus socios venezolanos realizaron en los HECHOS 14 y 15 la conducta típica descrita, blanqueando los beneficios procedentes del tráfico de drogas mediante una multiplicidad de operaciones ejecutadas en numerosas entidades bancarias y sirviéndose de la ayuda de terceras personas (“mulas”) que facilitaban el transporte del dinero. Con esta actuación también queda acreditado el efectivo cumplimiento de las tres fases que nuestro Tribunal Supremo distingue en el delito de blanqueo de capitales¹⁸: la primera fase, constituida por la colocación de los capitales en el mercado (ingresos en el sistema bancario europeo); la segunda, que consiste en una técnica de distracción para disimular su origen delictivo (transferencias, pagos al exterior, intercambio de billetes de poco valor, uso de “mulas”); y la tercera, la reintegración en virtud de la cual el dinero, ya blanqueado, vuelve a su titular (o a un tercero, pues en este caso constan un millón de euros en una cuenta bancaria a nombre de Francisco y Álvaro José cuyo origen es poco más que sospechoso).

Por lo que respecta a la pluralidad de actividades que Javier Manuel ha llevado a cabo para blanquear los beneficios obtenidos, debemos recordar que *“los delitos de blanqueo de capitales están tipificados como tipos que incluyen conceptos globales, actividades plurales que obligan a considerar forzosamente integrados en un único delito, una pluralidad de conductas homogéneas que, de otro modo, constituirían un delito continuado”*¹⁹. Así pues, Javier Manuel ha cometido un único delito de

¹⁷ César Martínez, 2017, pp. 26-27.

¹⁸ STS de 21 de marzo de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:1864), F.J. 10º.

¹⁹ STS de 29 enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:225), F.J. 5º.

blanqueo por el que le corresponde una pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los beneficios. Nada se indica en los antecedentes de hecho sobre la cantidad que finalmente se ha blanqueado, pero sí sabemos que se ha encubierto el origen ilícito del dinero con el que se ha comprado el vehículo de Francisco (aproximadamente 115.000€) y que se han introducido en el curso legal un millón de euros que figuran en la cuenta ES04 0073 4000 5689 9687 5321²⁰. En consecuencia, ha de imponérsele una multa de 1.115.000 a 3.345.000€.

III.1.b.a La afección del principio “non bis in idem” ante la absorción por el delito anterior de tráfico de drogas o la apreciación de autoblanqueo

El problema concursal que surge en aquellos casos en los que el mismo autor de un hecho delictivo blanquea las ganancias obtenidas de su actividad ilícita (autoblanqueo) es una cuestión poco novedosa en nuestro ordenamiento. La doctrina mayoritaria opta por considerar esta conducta como un supuesto de autoencubrimiento impune, de forma que la aplicación de un concurso real entre el delito de blanqueo y su precedente vulneraría el principio “non bis in idem”²¹. Sin embargo, éste no es el criterio seguido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que en su Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006 estableció que “*el artículo 301 Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente*”, de tal forma que “*el delito de blanqueo de capitales es un delito autónomo que tipifica y describe unas conductas concretas distintas al integrar el delito antecedente del que tienen causa los bienes receptados*”²².

Ahora bien, este criterio ha de interpretarse de forma restrictiva en tanto que todos los delitos en general, y de forma más específica los delitos contra la propiedad y la salud pública implican una vocación de aprovechamiento económico²³. Aun así, nuestro Alto Tribunal justifica esta doble punición, de un lado, “*en consideración al “retorno”, en cuanto eslabón necesario para que la riqueza así generada pueda ser introducida en el ciclo económico*”; y de otro, “*en atención a la especial protección que requiere el bien jurídico que conculca: el orden socioeconómico*”²⁴.

Hechas estas precisiones, consideramos que las conductas llevadas a cabo por Javier Manuel en los HECHOS 14 y 15 constituyen “*actos encaminados en todo caso a ocultar o encubrir bienes de procedencia delictiva*”, de forma que se excede “*el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito*”²⁵. Y ello en base a que las cantidades blanqueadas no proceden de un único acto de tráfico, sino de operaciones sistematizadas y prolongadas en el tiempo que pretenden encubrir la ilícita procedencia de tales beneficios, de modo que su continuada inyección en el cauce legal no se identifica únicamente con el mero encubrimiento del acto de tráfico por el que se le investiga, sino que constituye un plus de antijuridicidad que justifica su punición separada del delito de tráfico de drogas²⁶.

En cualquier caso, los beneficios que Javier Manuel blanquea con sus socios venezolanos no proceden únicamente de actos de tráfico que él mismo ha cometido, sino que también se dedica al blanqueo de

²⁰ En este sentido, aunque también se han hallado 45.000€ en el domicilio de Javier Manuel y 10.000€ en el coche de Francisco, no se nos indica si dichas cantidades ya han sido blanqueadas. El art. 127 bis CP tan sólo nos permite presumir que son beneficios derivados del tráfico de drogas y, por tanto, aunque puedan ser decomisados, no han de tenerse en cuenta a la hora de calcular la multa proporcional en el delito de blanqueo.

²¹ SAP Sevilla de 14 marzo de 2013 (ECLI:ES:APSE:2013:1), F.J. 13º.

²² STS de 19 mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2084), F.J. 19º.

²³ *ibid.* “*En los casos en los que existe identidad entre las ganancias y beneficios resultantes de un delito de tráfico de drogas y la realización de actos de conversión y transmisión sobre esos mismos bienes, no cabe la doble punición, del mismo hecho, como agotamiento del delito originario y como blanqueo de dinero, pues el mismo patrimonio es objeto de una doble punición penal. Esa doble punición lesionaría el non bis in idem y, además, ya aparece contemplado y recogido en la penalidad del delito antecedente como pena de comiso y entrega la pena pecuniaria, por lo tanto, ya está penado*”.

²⁴ STS de 29 enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:225), F.J. 5º.

²⁵ *ibid.*

²⁶ STS de 26 de noviembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5075), F.J. 1º.

las ganancias que obtienen el resto de investigados en sus propias operaciones vinculadas a la organización criminal que integran, de modo que la afección del principio “*non bis in idem*” también podría sortearse por medio de esta interpretación, que nos permitiría castigar a Javier Manuel por ambos delitos.

III.1.b.b Agravación por el origen de los bienes en el tráfico de drogas

Como queda acreditado en el HECHO 14, los beneficios que Javier Manuel y sus socios venezolanos blanquean proceden del tráfico de estupefacientes. En consecuencia, no cabe duda de que resulta aplicable la agravante del párrafo segundo del art. 301.1 CP, aplicando las penas previstas en el párrafo primero del mismo artículo en su mitad superior, esto es, prisión de tres años y tres meses a seis años y multa de 2.230.000 a 3.345.000€.

III.1.b.c Agravante a empresario

Como se desprende del HECHO 9, Javier Manuel es propietario de dos pubs: “Olé S.L” y “Noruega S.L”. Por ello, en su cualidad de empresario, procede la aplicación de la agravante del art. 303 CP, imponiéndosele, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Así mismo, el art. 301.1 CP prevé la posibilidad de que el juez o tribunal ordene la clausura temporal o definitiva de los locales atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente. No obstante, como no tenemos indicios de que Javier Manuel utilizase dichos locales para el blanqueo, recurriremos a una interpretación a favor del reo y no aplicaremos dicha medida.

III.1.b.d De nuevo sobre la agravante por pertenencia a organización delictiva y sus posibles concursos

Como se ha indicado anteriormente, Javier Manuel pertenece a una organización criminal dedicada tanto al tráfico de drogas como al blanqueo de las ganancias obtenidas con esa actividad delictiva (HECHO 14). Así pues, se nos plantean los mismos problemas a la hora de conjugar las distintas agravantes y delitos que castigan dicha pertenencia a la organización. En concreto, debemos decidir en este caso sobre la aplicación de la agravante del art. 302 CP o el concurso real con el delito del art. 570 bis CP.

La solución ha de ser la adoptada *ut supra*, esto es, acudir al principio de alternatividad del art. 8.4 CP, por mandato expreso del art. 570 quáter 2 *in fine*, aplicando, en consecuencia, el precepto penal más grave. En orden al cálculo de la pena más onerosa²⁷ debemos tener en cuenta las tres conductas en su conjunto (tráfico, blanqueo y pertenencia a organización), evitando así situaciones en las que apreciamos dos veces el mismo hecho. A modo de ejemplo, la apreciación de la pertenencia a organización criminal para agravar el delito de tráfico de drogas impide tener en cuenta esta circunstancia en el delito de blanqueo de capitales, dado que se vulneraría el principio “*non bis in idem*”²⁸, por lo que deberemos decidir respecto a qué delito ha de considerarse esta circunstancia. En definitiva, debemos ser especialmente cautelosos en esta cuestión.

Así pues, y teniendo en cuenta las posibles combinaciones que pueden resultar de estas tres conductas, se nos presentan las siguientes posibilidades:

- Aplicar en concurso real los arts. 368 (por drogas que causan grave daño a la salud), 301(en su mitad superior por el origen de los beneficios en el tráfico de drogas) y 570 bis 1 (en la modalidad de meros integrantes), resultando en una pena máxima de prisión de 17 años.
- Acudir a los arts. 369 bis y 301 (también su mitad superior), obteniendo así una pena máxima de prisión de 18 años.

²⁷ Para ello compararemos exclusivamente la pena de prisión, acudiendo a la pena de multa si aquella coincidiera en algún caso. Este es el criterio seguido por la Fiscalía General del Estado en la elaboración de las tables de la Circular 3/2011, de 11 de octubre.

²⁸ Vidales Rodríguez, 2014, p. 498.

- Finalmente, aplicar los arts. 370.3 (con una pena superior en dos grados por tratarse de una red internacional) y 301 (en su mitad superior) permitiría la imposición de una pena máxima de prisión de 19 años y 6 meses.

En consecuencia, debemos decantarnos por esta última combinación, sin perjuicio de que al resto de investigados les corresponda la condena por otros delitos en función de su cálculo individualizado.

III.1.b.e Decomiso de las ganancias

Tanto el vehículo de Francisco como el millón de euros que figuran en la cuenta a nombre de éste y de Álvaro José son beneficios del tráfico de drogas que, indiciariamente, han sido blanqueados mediante las actividades de Javier Manuel. En consecuencia, resulta de aplicación el art. 301.5 CP, que nos remite a las normas del decomiso del art. 127.1 CP, lo que implica la pérdida de estas ganancias, independientemente de las transformaciones que hayan experimentado.

III.1.b.f Participación de las “mulas” y posible trata de seres humanos

Por lo relatado en el HECHO 15 podría entenderse que nos encontramos ante una realización voluntaria de la conducta descrita por parte de las “mulas”, de lo que resultaría la comisión como autores del delito del art. 301 CP (dada la amplitud de su redacción). Ahora bien, también podría entenderse que la captación de esas personas pudo haberse realizado mediante las conductas descritas en el art. 177 bis 1 CP, lo que conllevaría, por un lado, la aplicación de dicho precepto a Javier Manuel, resultando responsable de un delito de trata de seres humanos para la realización de actividades delictivas; y de otro, la exención de la pena que correspondería a las “mulas” por las infracciones penales que hubieren cometido. No obstante, los antecedentes de hecho no ofrecen más detalles acerca de estas conductas, por lo que no podemos aplicar este delito a Javier Manuel ni procede examinar la responsabilidad penal de las mulas.

III.1.c Delito de tenencia ilícita de armas

Como queda acreditado en el HECHO 11, Javier Manuel es propietario de dos armas de alarma y señales²⁹ modificadas para disparar cartuchos de fuego real mediante la sustitución de sus cañones (componente esencial de acuerdo con el art. 1.2 del Reglamento de Armas), lo que supone una modificación sustancial³⁰ de las mismas que las convierte en armas prohibidas según el artículo 4 del Reglamento de Armas, ya que ésta se ha realizado sin la autorización pertinente.

En consecuencia, Javier Manuel ha cometido el delito tipificado en el art. 563 CP. Así mismo, debido a que las armas estaban en perfecto estado de conservación y funcionamiento, y teniendo en cuenta las actividades ilícitas en las que participa, no procede apreciar la atenuante del art. 565 CP. Así pues, ha de condenarse a Javier Manuel a la pena de prisión de uno a tres años y proceder al decomiso de las armas conforme a lo establecido en el art. 127.1 CP, pudiendo imponerse además la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior en tres años a la pena de prisión impuesta.

III.1.d Posible comisión de un delito contra los derechos de los trabajadores

Debemos tener en cuenta que el Título XV del Código Penal, dedicado a los delitos contra los derechos de los trabajadores, “*pretende evitar las situaciones de explotación a los trabajadores, no simplemente la defensa de sus derechos, que lo serán por las normas laborales..., sino cuando exceda la conducta*

²⁹ Las pistolas detonadoras y de “alarma gas” a las que se refiere el HECHO 11 se incluyen dentro de la definición de “arma de alarma y señales” del apartado 10 del art. 2 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas. Por ello, son armas de 7ª categoría, de acuerdo con el art. 3 de dicho Reglamento.

³⁰ Jiménez Romero, 2017, p. 173: “*Se entiende por modificación sustancial toda aquella operación o manipulación en un arma de fuego reglamentada que tiene por objeto alterar sus características de fabricación u origen de tal forma que aumente significativamente su capacidad lesiva y varíe la concepción del arma*”.

*de su mero incumplimiento por el empresario y pasen a una categoría superior de aprovechamiento desproporcionado del trabajo de otro*³¹.

Así pues, no resulta aplicable a lo descrito en el HECHO 9 el art. 311.1 CP, por cuanto no se ofrecen datos sobre el engaño o el abuso de situación de necesidad que requiere el tipo objetivo, debiendo prevalecer una interpretación a favor del reo. Tampoco concurren los elementos requeridos por el art. 311.2 CP, puesto que el personal de los pubs, de tan sólo tres personas, no alcanza los cinco empleados exigidos para considerarlos una pluralidad. De igual forma, no se proporciona información sobre la reiteración de esta conducta ni la edad de los empleados, por lo que no procede la aplicación del art. 311 bis CP.

Por último, el art. 312.2 CP sanciona a *“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”*. Podría pensarse que este precepto encaja con la conducta descrita en el HECHO 9 respecto a las dos inmigrantes en situación irregular, pero emplearlos sin contrato y no afiliarlos a la Seguridad Social no puede vulnerar unos derechos a los que no pueden acceder precisamente por carecer de las oportunas autorizaciones. Así pues, el artículo 312.2 CP exige un plus (al que nos referíamos al inicio de este apartado), de modo que, si se han empleado a las inmigrantes ilegales *“en las mismas condiciones de salario, horario, vacaciones, o seguridad e higiene en el trabajo que a cualquier trabajador extranjero con permiso de trabajo o nacional, no se atenta al bien jurídico protegido, que es precisamente impedir el someterlo a condiciones inferiores a las que están los trabajadores denominados legales”*³². En consecuencia, puesto que en el HECHO 9 nada se menciona sobre unas condiciones notoriamente perjudiciales para los inmigrantes irregulares, tampoco procede aplicar este artículo, por lo que Javier Manuel no ha cometido ningún delito contra los derechos de los trabajadores, sin perjuicio de las sanciones administrativas oportunas.

III.1.e Inexistencia de delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social

El art. 305.1 CP exige para la comisión del delito de defraudación a la Hacienda Pública una cuantía que exceda de 120.000€. Por el contrario, en el HECHO 13 se indica que Javier Manuel tan sólo ha dejado de ingresar 6.892€ en concepto de IS e IVA, cantidad insuficiente para considerar su actuación un delito, constituyendo únicamente infracción administrativa.

III.1.f Delito contable: el principio “non bis in idem” ante la responsabilidad conjunta de Javier Manuel y sus empresas

Por último, el artículo 310 CP castiga en su apartado a) al que, estando obligado por ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales, incumpla absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias. En el HECHO 9 se indica que nos encontramos ante sociedades limitadas, por lo que no resulta de aplicación el régimen de estimación objetiva del IVA (régimen simplificado) en virtud del art. 34.1 del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del IVA, que requiere que el sujeto pasivo sea una persona física o entidad en régimen de atribución de rentas en el IRPF. En consecuencia, resulta patente que el régimen por el que se determina la base imponible del IVA que pagan las sociedades de Javier Manuel es el de estimación directa (art. 81.1 LIVA).

Así mismo, el art. 164.1.4º LIVA establece que los sujetos pasivos del impuesto estarán obligados a *“llevar la contabilidad y los registros que se establezcan en la forma definida reglamentariamente”*, esto es, según lo establecido en los arts. 62 y ss. del Reglamento del IVA. En el HECHO 12 se indica que Javier Manuel ha dejado de llevar los libros de contabilidad y los libros de registro del IVA durante todo el período correspondiente a 2019, por lo que podemos afirmar que ha cometido el delito

³¹ Muñoz Cuesta, 2018.

³² *ibid.* Así mismo, la STS de 19 junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:4784), F.J. 7º también refuerza este planteamiento.

tipificado en el art. 310.a) CP, en tanto que ha incumplido absolutamente su obligación contable, por lo que será castigado con una pena de prisión de cinco a siete meses.

Ahora bien, por aplicación de la letra a) del art. 31 bis CP, “Olé S.L.” y “Noruega S.L.” también podrían ser penalmente responsables en tanto que Javier Manuel, como su propietario y representante legal, ha cometido este delito por cuenta de estas empresas y en su beneficio directo (pues se ha evitado un gasto en impuestos), debiendo imponerse la pena establecida en el apartado c) del art. 310 bis CP en base al modelo de heteroresponsabilidad que ha acogido el Tribunal Supremo³³. Ahora bien, en los antecedentes de hecho tan sólo se menciona a Javier Manuel como propietario, sin hacer referencia a otros socios. Por ello, si entendemos que estamos ante unas sociedades con un único socio y administrador, podría darse una *“identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de modo tal que sus voluntades aparezcan en la práctica totalmente solapadas, sin que exista verdadera alteridad ni la diversidad de intereses que son propias de los entes corporativos”*³⁴. En consecuencia, la personalidad jurídica de “Olé S.L.” y “Noruega S.L.” resultaría irrelevante, por lo que la incriminación de las entidades y de su administrador podría vulnerar el principio *“non bis in idem”* al castigar, fundamentalmente, un mismo hecho³⁵.

No obstante, no puede escapársenos que la denominación de estas empresas nos remite a sociedades limitadas, no a sociedades unipersonales, y aunque es posible que se trate de un caso de unipersonalidad sobrevenida del art. 14 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital., no podemos suponer esto, en tanto que no se menciona en los antecedentes de hecho. Así pues, dado que se trata de una sociedad limitada, existen más socios y, en definitiva, no se da esa identidad absoluta entre las voluntades de la persona física y la jurídica, por lo que procede la imposición de la pena de multa de seis meses a un año contenida en el art. 310 bis c) CP.

III.1.g Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: imposibilidad de apreciar la atenuante de confesión

Respecto de Javier Manuel no se suscita la aplicación de ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Si bien podría argumentarse que la entrega voluntaria de la droga en el HECHO 16 constituye una confesión tardía de los hechos, apreciada como una atenuante analógica (art. 21.7 CP) a la establecida en el art. 21.4 CP³⁶, ya hemos indicado que no consideramos delictiva esta posesión. Respecto de los otros delitos por los que se le acusa, también resulta evidente la imposibilidad de aplicar este precepto, puesto que es necesario que la información aportada sea útil y facilite de forma singular el desenlace de una investigación ya iniciada³⁷. La entrega de la droga durante el registro del domicilio ni fue útil ni facilitó la investigación, pues se trata de un elemento que presumiblemente se iba a encontrar durante su ejecución. Así mismo, cabe señalar que se ocultaron efectos relevantes, puesto que en el HECHO 16 se nos indica que, a pesar de la actuación de los investigados, los Agentes de la Policía Judicial encontraron 8,483 gramos de resina de cannabis y otros efectos que aquéllos omitieron en su entrega. En consecuencia, no procede apreciar esta atenuante.

III.1.h Determinación de la pena

Finalmente, corresponde imponer a Javier Manuel como autor de:

- Un delito consumado de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, tratándose de una red internacional dedicada a este tipo de actividades (pena superior en dos grados), las penas de 9 a 13 años y 6 meses de prisión, la accesoria de inhabilitación absoluta durante el

³³ STS de 29 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:613)

³⁴ Circular 1/2016 de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

³⁵ SAP Zaragoza de 22 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:APZ:2016:1564), F.J. 8º.

³⁶ STS de 29 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6835), F.J. 1º.

³⁷ STS de 13 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2360), F.J. 5º.

tiempo de la condena y dos multas³⁸ de 500 a 1.500€³⁹ cada una de ellas, ordenándose así mismo el decomiso de los 10 gramos de cocaína, los 10.000€ incautados en el registro del vehículo de Francisco y los 45.000€ hallados en su domicilio.

- Un delito consumado de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico realizado por empresario, las penas de 3 años y 3 meses a 6 años de prisión y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 2.230.000 a 3.345.000€ e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio, de 3 a 10 años. Así mismo, debe acordarse el decomiso del millón de euros de la cuenta de Francisco y Álvaro José y del coche de aquél.
- Un delito de tenencia de armas prohibidas, las penas de prisión de 1 a 3 años y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior en 3 años a la pena de prisión impuesta y el decomiso de las armas objeto del delito.
- Un delito contable, las penas de prisión de 5 a 7 meses y las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tener este derecho relación directa con el delito cometido.
 - o Así mismo, se les impondrá a “Olé S.L” y a “Noruega S.L” una multa de 6 meses a 1 año a cada una.

Estos delitos han de apreciarse en concurso real, lo que conlleva el cumplimiento sucesivo de todas las penas de prisión impuestas. Ahora bien, en ningún caso Javier Manuel cumplirá efectivamente más de 20 años, debiendo declararse extinguidas las penas que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, al no concurrir ninguna de las excepciones de art. 76.1 CP.

III.2 Calificación jurídico-penal de las conductas de D. Francisco Pérez Álvarez y D. Álvaro José Jiménez Santos

Proseguimos con el análisis de los hechos cometidos por Francisco y Álvaro José, a los que trataremos simultáneamente debido a su actuación conjunta, llegando a afirmarse incluso en los antecedentes de hecho que nos encontramos ante verdaderos socios.

III.2.a Participación en el delito de tráfico de drogas

En los HECHOS 1, 3 y 6 se indica que Francisco y Álvaro José contactan con traficantes para aprovisionarse de droga, adulterarla⁴⁰ y dedicarla a la venta, conducta que claramente integra un acto de tráfico de drogas del art. 368 CP⁴¹. En este sentido, han de ser castigados como autores de este delito, aunque nunca hubieran entrado en contacto con la droga y se limitasen a encargarla, toda vez que en el tráfico de drogas, al tratarse de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, rige una descripción extensiva del concepto de autor⁴². Ello sin perjuicio de que nuestro Alto Tribunal haya reconocido ocasionalmente ciertas formas accesorias de participación en supuestos de colaboración mínima, situación que no concurre en el presente caso, dado que de ninguna manera puede

³⁸ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2008: “El Art. 370.2, último párrafo del CP. Añade una segunda multa a lo que resulte de aplicar las reglas generales”.

³⁹ *ibid.*: “En los casos de multa proporcional, la inexistencia de una regla específica para determinar la pena superior en grado impide su imposición, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas para algunos tipos delictivos”. Por ello, nos ceñimos a la multa del tanto al triplo.

⁴⁰ Respecto a la apreciación de esta circunstancia como agravante ya nos hemos pronunciado en sentido negativo, por lo que nos remitimos a lo dispuesto anteriormente.

⁴¹ STS de 16 noviembre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:7399), F.J. 2º: “La compra para revender, con expectativas de ganancias, integra un acto de tráfico ilícito de drogas, al que resulta plenamente aplicable el art. 368 CP”. Así mismo, dada la desmesurada ampliación del ámbito de la consumación en el art. 368 CP, apenas existe la posibilidad de aplicar formas de complicidad o cooperación necesaria que no impliquen, al mismo tiempo, autoría (Friedro Elícegui, 2017, pp. 30-31).

⁴² STS de 11 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3747), F.J. 2º.

considerarse que el establecimiento de contactos con traficantes para el aprovisionamiento de droga son actos fácilmente reemplazables o de escasa significancia, sino que son aportaciones necesarias que exceden manifiestamente la actuación accesoria del cómplice⁴³.

Ahora bien, únicamente cabría discutir este extremo respecto a Álvaro José, pues queda acreditado en el HECHO 18 que Francisco es detenido con los 10 gramos de cocaína que le entrega Javier Manuel. Respecto a la droga incautada en el domicilio de Javier Manuel ya nos hemos pronunciado, de modo que debemos reiterar lo dispuesto *ut supra* sobre esta cuestión. Así pues, ha de condenarse a estos dos investigados por un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud⁴⁴ del art. 368 CP, sin perjuicio de la apreciación de las agravantes que comentaremos a continuación.

III.2.a.a Absorción de todos los actos de tráfico en un único delito ante una posible afección del principio “non bis in idem”

Antes de continuar debemos señalar que la actividad de Francisco y su socio Álvaro José ha sido prolongada en el tiempo, como se desprende del HECHO 1, por lo que si consideramos que los diversos actos de tráfico realizados por los investigados constituyen ilícitos diferentes, podríamos aplicar erróneamente un concurso de delitos o la figura del delito continuado, resultando en penas desproporcionadas que vulnerarían a todas luces el principio “*non bis in idem*”, dada la redacción del art. 368 CP. En este sentido, debemos referirnos por su claridad a la STS de 5 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8701), F. J. 12º, según la cual en este precepto el legislador ha acudido a un concepto global que abarca tanto un solo acto de tráfico como varios, de modo que con una acción ya se perfecciona el delito y su repetición no implica la comisión de nuevos ilícitos. Así pues, ante esta pluralidad de conductas homogéneas, que en otros casos serían constitutivas de un delito continuado, tan sólo podremos castigar a los investigados por un único delito de tráfico de drogas, aunque esté integrado por varias acciones.

III.2.a.b Pertenencia a organización criminal

Respecto a la apreciación de esta circunstancia, se plantean los mismos problemas que en el caso de Javier Manuel. Así pues, deberemos hallar la combinación de preceptos que nos permitan imponer la pena más grave sin vulnerar el “*non bis in idem*”. No obstante, como se indicará posteriormente, no es necesario tener en cuenta el delito de blanqueo de capitales para proceder al cálculo, por lo que podemos realizarlo a continuación:

- Si optamos por apreciar un concurso real entre el delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud del art. 368 CP y el delito de pertenencia a organización criminal del art. 570 bis, obtenemos una pena máxima de prisión de 11 años.
- Por el contrario, si aplicamos tan sólo el art. 369 bis CP, obtenemos un máximo de prisión de 12 años.
- Finalmente, la opción más onerosa es la recogida en el art. 370.3 CP (red internacional), puesto que si subimos los dos grados que nos permite podremos imponer una pena de hasta 13 años y 6 meses de prisión. En consecuencia, ésta será la solución que adoptemos.

⁴³ El acuerdo previo de compra de la droga constituye la consumación del delito en base al dominio del hecho que concede la detentación mediata de la droga, en este sentido STS de 4 de abril de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1842), F.J. 10º. Así mismo, afirma la STS de 16 de febrero de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:1199), F.J. 28º, que “*en los supuestos de envíos a distancia o desde el extranjero, el delito se consuma siempre que exista un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto la droga –en virtud del acuerdo– quedó sujeta a la voluntad de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiera materializado una detentación física del producto, si es patente su preordenación al tráfico*”.

⁴⁴ Y ello independientemente de que en el HECHO 18 se haya incautado cocaína, pues los nombrados se encargan de aprovisionar a la organización criminal de la que son parte, quedando acreditado en el HECHO 4 que sus miembros se dedican a la venta de esta droga.

III.2.a.c Decomiso de los efectos del delito

Como ya indicamos en el caso de Javier Manuel, debe acordarse el decomiso y destrucción de la cocaína hallada en el registro del vehículo de Francisco, así como la pérdida de los 10.000€ incautados. Por lo que respecta al PORSCHE PANAMERA 4 Sport de Francisco y al millón de euros de la cuenta ES04 0073 4000 5689 9687 5321, a nombre de ambos, a pesar de que ya ordenamos su decomiso en el delito de blanqueo de Javier Manuel, podría también aplicarse aquí la presunción contenida en el art. 127 bis CP, y en concreto la descrita en su apartado 2.1º, toda vez que se ha acreditado en el HECHO 1 que los investigados carecen de medios legales de vida. Así pues, existen indicios suficientes para suponer que estos bienes proceden del tráfico de drogas, debiendo ordenarse en consecuencia el decomiso del vehículo y del dinero depositado en dicha cuenta, sin perjuicio de que los investigados demuestren en el proceso su origen lícito.

III.2.b Participación en el blanqueo de capitales: de nuevo ante la disyuntiva absorción-autoblanqueo

Por lo que respecta al delito de blanqueo de capitales, debemos analizar ahora si la mera tenencia de los bienes descritos es suficiente para considerar a Francisco y a Álvaro José culpables a los efectos del art. 301.1 CP, o si, por el contrario, estamos ante un caso de autoencubrimiento impune.

Sabemos que dichas ganancias de origen ilícito han sido incorporadas al tráfico legal mediante su ingreso en una cuenta corriente y la compra de un coche de lujo, manifestando así un propósito de rentabilizar en canales financieros seguros los beneficios obtenidos⁴⁵. Ahora bien, no consta en los antecedentes de hecho que los ahora señalados hayan llevado a cabo ningún acto encaminado a ocultar o encubrir el origen de dichas cantidades, al contrario, se deduce que es Javier Manuel el encargado de realizar estas operaciones para, posteriormente, transferir su resultado al resto de miembros de la organización.

La jurisprudencia ha interpretado el art. 301.1 CP en el sentido de que no se tipifican en él dos tipos de conductas distintas, como son las de mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de los bienes conociendo su procedencia delictiva, y las de realización de cualquier otro acto con el objetivo de encubrir su origen ilícito; sino que, al contrario, sólo se tipifica una modalidad de conducta consistente en la realización de actos encaminados, en todo caso, a ocultar o encubrir bienes de procedencia delictiva⁴⁶. Es precisamente esta interpretación del precepto la que permite salvar la vulneración del principio “*non bis in idem*” en los casos de autoblanqueo.

En este sentido, debemos considerar que la mera posesión que ostentan Francisco y Álvaro José sobre los bienes descritos es un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido por este delito (el orden socioeconómico), puesto que no consta en los antecedentes de hecho “*la voluntad de activar un proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos*”⁴⁷, sino que este ánimo se aprecia tan sólo en Javier Manuel, limitándose aquéllos a la recepción del pago de la parte que les corresponde por su participación. Así mismo, tampoco cabe esquivar el “*bis in idem*” recurriendo a conductas previas de tráfico de drogas por las que no hayan sido castigados, en tanto que estamos penando aquí todos los actos de los que tenemos constancia como un único delito.

Por todo lo expuesto, no procede la condena de Francisco y Álvaro José por el delito de blanqueo de capitales.

III.2.c Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: inaplicación de las atenuantes por grave adicción y confesión

En el HECHO 7 se indica que los investigados Francisco y Álvaro José actuaron en todo momento influidos por su adicción a sustancias estupefacientes a las que entonces se hallaban afectos y que les

⁴⁵ STS de 29 enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:225), F.J. 5º.

⁴⁶ STS de 10 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2018), F.J. 3º.

⁴⁷ STS de 8 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8293), F.J. 9º.

disminuían sus capacidades. Así pues, se plantea una posible aplicación de la atenuante del art. 21.2 CP.

No obstante, como bien indica la STS de 9 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3263), F.J. 6, estamos ante “una atenuante funcional, es decir, aplicable solo cuando el acusado ha actuado “a causa” de su grave adicción”, de modo que “el simple hábito de consumo de drogas no modifica la responsabilidad criminal”. Por ello, no resulta aplicable esta atenuante al caso concreto, puesto que no se indica que los investigados hubieran actuado condicionados por una acuciante necesidad de consumir dichas sustancias, sino que hicieron del tráfico de drogas una actividad estable y su fuente habitual de ingresos.

Respecto a la atenuante de confesión tardía que podría apreciarse a raíz del HECHO 16 ya nos hemos pronunciado anteriormente, por lo que debemos dar por reproducido en este apartado lo dispuesto *ut supra*.

III.2.d Determinación de la pena

Así pues, corresponde imponer a Francisco y Álvaro José como autores de un delito consumado de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, tratándose de una red internacional dedicada a este tipo de actividades, las penas de 9 a 13 años y 6 meses de prisión, la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y el decomiso del vehículo de Francisco y el millón de euros depositado en la cuenta bancaria. No procede la imposición de multa a Álvaro José, puesto que no consta en los antecedentes de hecho ninguna información sobre la cantidad con la que se ha traficado, de modo que no existe un mínimo legal que fundamente dicha pena⁴⁸. Ahora bien, por lo que respecta a Francisco, sí conocemos (HECHO 18) que ha traficado, al menos, con 10 gramos de cocaína, por lo que procede imponerle la misma pena que a Javier Manuel, esto es, dos multas de 500 a 1.500€, así como el decomiso de los 10 gramos de cocaína y los 10.000€ hallados.

III.3 Calificación jurídico-penal de las conductas de D. José Ramón García Méndez y D. Juan José Suárez Rodríguez

Seguimos con el análisis de las conductas de los investigados José Ramón y Juan José, a los que trataremos también en común, debido a su actuación conjunta en todos los delitos que han cometido.

III.3.a Comisión de un delito de tráfico de drogas

El proceder de los nombrados en el HECHO 4 es claramente constitutivo de un acto de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud del art. 368 CP, por lo que procede la imposición de una pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga, sin perjuicio de la apreciación posterior de agravantes. En cuanto al valor de la droga, hemos de tener en cuenta, en virtud del art. 377 CP, el beneficio que los investigados pretendían obtener con su venta, como ya indicamos en el caso de Javier Manuel. Así pues, aunque reduzcamos la sustancia a pureza para calcular la cantidad efectivamente entregada, que es menor a la pactada, tomaremos como valor de referencia el precio final de 40.000€ abonado por la compradora.

Así mismo, podría plantearse la participación del resto de integrantes de la organización criminal en el delito al que ahora nos referimos, pero no debe confundirse la responsabilidad penal derivada de la pertenencia a dicha organización con la exigible por la comisión de los distintos delitos que se ejecutan en su seno. En este sentido, dado que no consta la participación de Javier Manuel, Francisco o Álvaro José en este concreto acto de tráfico, no podemos imputarles responsabilidades sin infringir los principios de culpabilidad y proporcionalidad⁴⁹.

⁴⁸ Expósito López, 2012, p. 120.

⁴⁹ STS de 17 de julio de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:5442), F.J.2°.

III.3.a.a Inaplicación de la agravante por cantidad de notoria importancia

El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001 asentó los criterios necesarios para la aplicación de la agravante del art. 369.1.5° CP, acordando en este sentido que la cantidad de notoria importancia se determina a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001.

En este sentido, indica nuestro Alto Tribunal que se tendrá “*exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados*”. Por ello, aunque la cantidad inicial que acordaron vender José Ramón y Juan José era de 1 quilogramo, tan sólo ha de tenerse en cuenta a efectos de esta agravante la cocaína pura efectivamente entregada. Así mismo, a pesar de que María recibió finalmente 800 gramos de la sustancia, su pureza rondaba el 20%, de modo que únicamente podrán computarse a efectos de esta agravante 160 gramos de cocaína pura. En definitiva, no se superan los 750 gramos exigidos en el citado Acuerdo del Tribunal Supremo, por lo que no podemos considerar la cantidad con la que traficaron José Ramón y Juan José como de notoria importancia.

III.3.a.b Inaplicación de la agravante por adulteración

Como ya indicamos en el caso de Javier Manuel, no tenemos suficiente información para considerar que la manipulación de la sustancia hubiese incrementado el posible daño a la salud, por lo que, de la misma forma, debemos inaplicar la agravante contenida en el art. 369.1.6 CP.

III.3.a.c Pertenencia a organización delictiva

Respecto a esta circunstancia procede adoptar la misma solución que en el caso de Francisco y Álvaro José, puesto que concurren las mismas circunstancias. Así pues, la pena más onerosa resulta de la aplicación del art. 370.3 CP, esto es, prisión de nueve a trece años y seis meses.

III.3.a.d Imposibilidad de apreciar la agravante por uso de violencia o armas

Así mismo, podría suscitarse la aplicación de la agravante del art. 369.1.8 CP, en tanto que José Ramón y Juan José han proferido amenazas contra María. Ahora bien, no puede prosperar esta agravación, puesto que si ya es cuestionable la inclusión de las amenazas en el concepto de violencia (más acertado sería tratarlas como intimidación), este precepto sólo es aplicable cuando el empleo de estos medios está orientado directamente a la comisión del delito, pero no cuando se usa con posterioridad, como indica la Circular 2/2005, de 31 de marzo, de la Fiscalía General del Estado. En consecuencia, dado que las amenazas del HECHO 5 se producen con posterioridad a la consumación del delito de tráfico, esto es, cuando ya ha sido entregada la cocaína, no debemos apreciar esta agravante, sin perjuicio de su consideración como un delito autónomo.

III.3.a.e Decomiso de los efectos del delito

Por aplicación de los arts. 374 y 127.1 CP, procede el decomiso de los 40.000€ obtenidos con la venta de la sustancia.

III.3.b Comisión de un delito de amenazas

La conducta de José Ramón y Juan José en el HECHO 5 integra un delito de amenazas, entendido éste como “*el anuncio consciente de un mal futuro, injusto, determinado y posible, con el único propósito de crear una intranquilidad de ánimo, inquietud o zozobra en el amenazado, pero sin la intención de dañar materialmente al sujeto mismo*”⁵⁰. Bajo esta definición, las palabras: “*te voy a matar, ya vendrá otra gente a mantenerte callada*” constituyen un delito de amenazas no condicionales de un mal constitutivo de delito (homicidio) del art. 169 CP. Así mismo, consideramos necesario advertir que, aunque se indica explícitamente que las amenazas se produjeron tanto

⁵⁰ STS 593/2003 de 16 abril de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:2719), F.J. 2°.

presencialmente como por medios telemáticos, no procede aplicar la agravante del párrafo segundo del art. 169.1º CP, puesto que ésta sólo afecta a las amenazas condicionales, y en este caso las amenazas proferidas no son condicionales.

Ahora bien, también podría interpretarse que lo proferido por los investigados es una amenaza condicional, entendiéndose que se ha impuesto como condición lícita la no comunicación de la adulteración. No obstante, contamos con las palabras exactas y de su dicción literal no puede extraerse claramente un carácter condicional, por lo que una interpretación a favor del reo nos lleva a decantarnos por la primera opción. En definitiva, procede la imposición de una pena de prisión de seis meses a dos años (apartado 2º del art. 169 CP) a cada uno de los nombrados.

III.3.c Sobre la posible apreciación de un delito de estafa

La conducta descrita en el HECHO 4 podría ser constitutiva de un delito de estafa del art. 248.1 CP en tanto que José Ramón y Juan José, con ánimo de lucro (como se puede apreciar en las declaraciones de Francisco y Álvaro José en el HECHO 6), llevaron a engaño a María, que dispuso de 40.000€ para comprar un quilogramo de cocaína pura, resultando la cantidad finalmente entregada en 800 gramos de cocaína muy adulterada, ocasionándole así un perjuicio patrimonial.

La jurisprudencia no ha sido pacífica a la hora de calificar la tipicidad de las estafas que se producen en el contexto de un negocio ilícito⁵¹, pero nuestro Alto Tribunal ha aplicado desde la STS de 20 febrero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1039), F.J. 3º⁵², la argumentación seguida por la doctrina mayoritaria, entendiéndose que *“la conducta disvaliosa de la víctima no impide que subsista la contradicción normativa en la conducta del autor”* que, por lo tanto, ha de ser sancionado en el proceso penal. Ahora bien, como ya indicaba la dogmática tradicional, *“cuestión distinta es que en supuestos de esa naturaleza, quien resulta perjudicado por desprenderse de una cantidad de dinero para el logro de un beneficio ligado a una actividad ilícita, pueda obtener, por la vía de la acción civil generada por el hecho ilícito, la devolución de lo entregado”*, indemnización que ha de ser negada.

Por tanto, sí debemos apreciar un delito de estafa del art. 248.1 CP cometido por José Ramón y Juan José en el HECHO 4, si bien no se aprecia la agravante del art. 250.1.5º CP, puesto que el valor de lo defraudado no superó los 50.000€ (María pagó 40.000€ por un quilogramo y se le entregaron 160 gramos, por lo que los 840 gramos faltantes equivaldrían a 33.600€). En consecuencia, debe imponerse una pena de prisión de seis meses a tres años a los nombrados, de acuerdo con el art. 249 CP.

III.3.d Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

De nuevo, aunque pudiera plantearse la apreciación de las atenuantes por grave adicción y analógica por confesión tardía, ya se ha indicado su inviabilidad, por lo que nos remitimos a lo dispuesto anteriormente.

III.3.e Determinación de la pena

Corresponde imponer a José Ramón y Juan José, como autores de:

- Un delito consumado de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, tratándose de una red internacional dedicada a este tipo de actividades, las penas de 9 a 13 años y 6 meses de prisión, la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y dos multas multa de 40.000 a 120.000€, así como el decomiso de los 40.000€ en ganancias obtenidos con la venta del HECHO 4.

⁵¹ Anteriormente predominaba la línea jurisprudencial establecida en la STS de 13 de mayo de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:3344), F.J. 2º, según la cual el derecho penal no debe dar cobertura a estas situaciones, no apreciando estafa en estos casos, sino una tentativa acabada que, sin embargo, no origina derecho alguno a indemnización por parte de la víctima.

⁵² En este mismo sentido: STS de 13 abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1386), F.J. 5º. No obstante, las discrepancias en esta materia se hacen patentes incluso en sentencias más recientes como la SAP Lleida de 30 de marzo de 2020 (CLI:ES:APL:2020:543), F.J. 7º.

- Un delito consumado de amenazas no condicionales de mal constitutivo de delito, a las penas de 6 meses a 2 años de prisión y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- Un delito consumado de estafa, a las penas de 6 meses a 3 años de prisión y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

III.4 Calificación jurídico-penal de la conducta de D^a. María Díez Pateira

III.4.a Comisión del delito de tráfico de drogas

Resulta patente según lo descrito en el HECHO 4 que María, como compradora de la sustancia, ha cometido un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud del art. 368 CP, en tanto que la cantidad que pretendía comprar evidencia su destino al tráfico posterior. No procede apreciar ninguna agravante (la notoria importancia ya se ha descartado anteriormente), por lo que ha de imponérsele una pena de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, que ya hemos cifrado en 40.000€. Así mismo, deben decomisarse, en virtud de los arts. 374 y 127.1 CP, las sustancias ilícitas compradas (800 gramos de cocaína adulterada).

III.4.b Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: imposibilidad de aplicar atenuante por grave adicción

De igual forma que en los casos anteriores, podría suscitarse la aplicación de la atenuante del art. 21.2 CP, en tanto que María pudo haber efectuado la compra a causa de su grave adicción a dicha sustancia. No obstante, la cantidad que se pretendía adquirir excede notoriamente de la que puede considerarse como consumo propio, por lo que debemos presuponer su predisposición al tráfico y, en consecuencia, inaplicar esta atenuante.

III.4.c Determinación de la pena

En definitiva, procede imponer a María, como autora de un delito consumado de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, las penas de 3 a 6 años de prisión, la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y una multa de 40.000 a 120.000€, así como el decomiso de los 800 gramos de cocaína adulterada.

IV Segunda pregunta: ¿Es procedente la intervención de las comunicaciones realizadas entre los investigados? ¿Qué tipo de registros y sobre qué muebles e inmuebles se deben practicar en la presente investigación? ¿Qué preceptos constitucionales estarían afectos?

En este apartado procederemos a analizar las actuaciones policiales relatadas en los HECHOS 6, 8, 16 y 18, incidiendo sobre su idoneidad, alcance y afección constitucional.

IV.1 Presupuestos para la intervención de las comunicaciones telefónicas

De acuerdo con el HECHO 6, el Cuerpo de Policía Nacional recibió una carta-denuncia dirigida al comisario jefe de la policía de Ribeira, en la que se comunica que los aludidos son unos presuntos traficantes de sustancias estupefacientes, lo que motiva una intervención de las llamadas de los investigados.

Para analizar la procedencia de esta medida, debemos exponer a continuación los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para llevar a cabo este tipo de injerencias en los derechos fundamentales de la persona, puesto que la intervención telefónica implica necesariamente la vulneración del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones⁵³, reconocido en el art. 18.3 CE.

Ahora bien, *“este derecho no es absoluto, ya que en toda sociedad democrática existen determinados valores que pueden justificar, con las debidas garantías, su limitación... Entre estos valores se encuentra la prevención del delito, que constituye un interés constitucionalmente legítimo y que*

⁵³ STS de 31 octubre de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:7015), F.J. 11º.

*incluye la investigación y el castigo de los hechos delictivos cometidos*⁵⁴. En este sentido, el propio precepto constitucional indica el presupuesto que ineludiblemente ha de cumplimentarse para poder garantizar la validez constitucional de esta medida: la autorización judicial, pues dada la especial trascendencia que este derecho supone para la protección de la intimidad de la persona (art. 18.1 CE), *“nuestro Texto Constitucional solamente autoriza invasiones en esta parcela inseparable de la personalidad, cuando gozan de refrendo judicial”*⁵⁵, de tal modo que el Juez de Instrucción tiene atribuida, en exclusiva, la función de supremo garante de los derechos fundamentales del investigado⁵⁶.

La regulación de esta autorización se encuentra recogida en los artículos 588 bis a) a 588 ter m) de la LECrim, reformados por la 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, que ha venido a actualizar la escasa y deficiente normativa contenida únicamente en el antiguo art. 579 LECrim⁵⁷.

Así pues, el articulado actual de la LECrim recoge unos presupuestos más detallados, así como unos principios rectores que han de guiar la ejecución de dicha medida. La no concurrencia de alguno de estos requisitos conllevará la nulidad de pleno derecho del auto que declare la intervención de las comunicaciones, así como de todas las pruebas obtenidas con esta medida por la aplicación de la teoría de los Frutos del Árbol Envenenado⁵⁸, recogida en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así mismo, cabe destacar que *“fuera de los supuestos en los que la intromisión al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se encuentre legal y judicialmente permitida, cualquier otra interceptación de las comunicaciones telefónicas... supondrá la comisión de un delito de descubrimiento o revelación de secretos”*⁵⁹.

IV.1.a Observancia de los principios rectores de proporcionalidad, especialidad, idoneidad y excepcionalidad

El art. 588 bis a) establece los principios rectores que han de ser respetados a la hora de autorizar esta medida debido al alto nivel de intromisión en la intimidad personal del investigado que supone su adopción. En el presente caso no resulta difícil justificar su cumplimiento, toda vez que en la carta-denuncia del HECHO 6 se pone en conocimiento de la Policía la comisión de un delito muy concreto, el tráfico de drogas. Así pues, la intervención de las comunicaciones de los denunciados:

- Es proporcional, en tanto que se trata de un delito doloso castigado con pena de prisión de al menos tres años, cumpliendo así lo establecido en el art. art. 588 ter a) LECrim, al tratarse de uno de los tres supuestos a los que se refiere el art. 579.1.
- Cumple el principio de especialidad, que exige que la medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto, no pudiendo autorizarse sin la existencia de una base objetiva que la fundamente. La carta-denuncia especifica el delito cometido, por lo que no estamos ante una investigación prospectiva⁶⁰, sino que se concretan los hechos que dan lugar a la adopción de la medida y, por tanto, debemos entender observado este principio.
- Es idónea, en tanto que su ámbito objetivo y subjetivo es útil para el esclarecimiento del delito.

⁵⁴ STS de 3 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:451), F.J. 1º.2.

⁵⁵ STS de 20 de febrero de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:1166), F. J. 1º.

⁵⁶ STS de 12 de abril de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:2513), F.J. 8º.

⁵⁷ Insuficiencias ya puestas de manifiesto en las SSTC de 30 enero de 2006 (ECLI:ES:TC:2006:26), F.J. 5º, y de 23 octubre de 2003 (ECLI:ES:TC:2003:184), F.J. 3º, así como en la STEDH de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo contra España, considerando 26.

⁵⁸ SSTC de 29 de noviembre de 1984 (ECLI:ES:TC:1984:114) y de 18 julio de 2011 (ECLI:ES:TC:2011:126), entre otras.

⁵⁹ Ortego Pérez, 2019.

⁶⁰ Rodríguez Álvarez, 2017, pp. 156-157.

- Finalmente, también respeta el principio de excepcionalidad, puesto que, al no contar la policía con más información que la proporcionada por la carta-denuncia, no existían medidas menos gravosas e igualmente eficaces para el esclarecimiento de los hechos.

IV.1.b Incumplimiento del principio de exclusividad jurisdiccionalidad

Ahora bien, aunque se hubieran observado los principios rectores del art. 588 bis a) LECrim, éstos se refieren al contenido de la autorización judicial necesaria para la limitación de derechos fundamentales y no consta en los antecedentes de hecho que la Policía hubiese recabado dicho permiso al Juez de Instrucción.

En este sentido, el art. 588 ter d) LECrim establece los datos indispensables que han de incluirse en la solicitud policial y que han de servir como base para la posterior autorización judicial, determinando la extensión de las medidas para que el Juez instructor pueda actuar como efectivo garante de los principios rectores a los que nos hemos referido, por lo que sin esta solicitud es imposible atender a los requisitos exigidos por la ley.

En el HECHO 6 no se menciona ninguna solicitud policial, tan sólo se nos indica que, tras recibir el comisario jefe de la policía de Ribeira una carta-denuncia, se iniciaron las investigaciones correspondientes. En consecuencia, al no haber cumplido con las formalidades requeridas por la LECrim para la solicitud de autorización judicial (cuya necesidad emana directamente del mandato constitucional del art. 18.3 CE), procedería declarar la nulidad de sus actuaciones⁶¹, resultando nulas de pleno derecho todas las fuentes de prueba obtenidas mediante la intervención telefónica ilegal, así como cualquier otra procedente de aquella por aplicación de la teoría de los Frutos del Árbol Envenenado⁶², como ya mencionamos anteriormente.

Por último, y respecto al alcance de la afeción de los derechos constitucionales de esta actuación, cabe destacar que el empleo de estas fuentes de prueba nulas en el procedimiento penal posterior conllevaría la vulneración del art. 24.2 CE, en su vertiente a la presunción de inocencia⁶³, en tanto que la regulación de los requisitos de la intervención de las comunicaciones se contiene en la LECrim y no en el texto constitucional, por lo que el derecho presuntamente vulnerado no sería el secreto de las comunicaciones sino, más correctamente, los derechos de defensa⁶⁴.

IV.2 Diligencias de entrada y registro

Analizaremos a continuación las entradas y registros policiales llevados a cabo en los HECHOS 16 y 18, así como aquéllos que necesariamente habrán de realizarse para el conocimiento e investigación de los HECHOS 11, 12 y 14.

En primer lugar, debemos concretar que la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado es una medida que puede ordenar el Juez de Instrucción cuando crea que racionalmente pudieran encontrarse elementos personales o materiales del delito investigado que puedan servir para su descubrimiento y comprobación, tal y como establecen los arts. 546 y 550 LECrim. Así mismo, se trata una medida que

⁶¹ Puesto que “del respeto a esta garantía depende la ulterior validez probatoria del material obtenido por este medio; por ello, debemos considerar prohibida la restricción de este derecho por cualquier autoridad que no sea la judicial” (González Blesa, 2017, p. 128).

⁶² No obstante, la línea jurisprudencial iniciada por la STS de 4 de julio de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:4754) matiza esta teoría por aplicación de la doctrina del descubrimiento inevitable, según la cual no cabría la exclusión de la prueba si la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una actuación policial respetuosa con los derechos fundamentales, independiente de la inicial ilicitud cometida. Ahora bien, se ha limitado su aplicación a supuestos donde la actuación policial se haya llevado a cabo de buena fe.

⁶³ En este sentido encontramos numerosa casuística: SSTS de 24 de febrero de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:1239), de 5 febrero de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:552) y de 27 de septiembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5856): “Es cierto que el interesado no puede controlar la legalidad de la medida ... lo cual podrá ser trascendente no solo en orden a salvaguardar la integridad de su derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, sino también a la vigencia de su derecho a la presunción de inocencia”.

⁶⁴ Martín López, 2016, p. 21.

también es susceptible de vulnerar diversos derechos fundamentales en caso de practicarse sobre un domicilio constitucionalmente protegido, especialmente aquél reconocido en el art. 18.2 CE. La propia Constitución establece de forma taxativa los supuestos en los que momentáneamente se entiende justificada la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio, de forma que no podrá hacerse ninguna entrada o registro domiciliario “*sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*”. El desarrollo de estos requisitos se ha efectuado a través del art. 550 LECrim, que también exige para la entrada y registro el consentimiento del interesado o, en su defecto, auto motivado, mientras que el art 553 LECrim vendría a regular los casos de flagrante delito.

Ahora bien, esta medida no sólo afecta a la inviolabilidad del domicilio, sino que, como se indicó anteriormente, debido a que el régimen de su autorización se regula en la LECrim, también pueden entenderse vulnerados los derechos de defensa del art. 24.2 CE en caso de inobservancia de los requisitos legales establecidos. Así mismo, por cuanto la entrada y registro pueden tener por objeto la detención de los sospechosos, también incide esta diligencia en el art. 17 CE, relativo a la libertad personal, si bien este no es el caso dado que no se ha procedido a su detención. Por último, también quedaría afecto, por su inherente conexión, el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE⁶⁵.

Antes de adentrarnos en los tipos de registros necesarios para la resolución del caso propuesto, y vista la sucinta definición contenida en el art. 554 LECrim, debemos aclarar el concepto de domicilio manejado por la jurisprudencia⁶⁶. A estos efectos, indica la STC de 27 de noviembre de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:283), F.J. 2º, que ha de tratarse de un “*«un espacio apto para desarrollar vida privada», pues «el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar», toda vez que tal domicilio «en cuanto morada o habitación de la persona, entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad*”. Con carácter general, el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos como domicilios es su destino o uso para el desarrollo de la vida privada, no resultando aptos para esta actividad ni los espacios abiertos ni aquellos que, aun cerrados, no permitan el desarrollo de la intimidad personal o familiar⁶⁷. En consecuencia, estos espacios no gozarán de la protección constitucional del art. 18.2 CE, por lo que la Policía puede acceder a ellos por su propia autoridad y en cumplimiento de sus funciones⁶⁸ sin necesidad de autorización judicial.

Una vez aclarado el concepto de domicilio, podemos proceder a la clasificación de los registros efectuados en el caso propuesto.

IV.2.a Entrada y registro en el domicilio de Javier Manuel

Ciñéndonos a los sucesos relatados en los antecedentes de hecho, la única diligencia de entrada y registro que se ha efectuado es la descrita en el HECHO 16, ordenada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ribeira (lugar donde se denuncian los hechos, competente *ex art.* 14.2 LECrim).

Puesto que em los antecedentes se indica expresamente que la entrada y registro llevada a cabo el 10 de diciembre se ha producido en el “*domicilio*” de Javier Manuel, no es preciso hacer ninguna consideración sobre el alcance del concepto. No cabe pues ninguna duda de que la entrada y registro

⁶⁵ STC de 17 de febrero de 1984 (ECLI:ES:TC:1984:22), F.J. 2º.

⁶⁶ Puesto que “*la noción de domicilio delimita el ámbito de protección del derecho reconocido en el art. 18.2 CE, tanto a los efectos de fijar el objeto de su «inviolabilidad», como para determinar si resulta constitucionalmente exigible una resolución judicial que autorice la entrada y registro cuando se carece del consentimiento de su titular y no se trata de un caso de flagrante delito*” (STC de 17 de enero de 2010, ECLI:ES:TC:2002:10, F.J. 5º).

⁶⁷ STC de 17 de enero de 2002 (ECLI:ES:TC:2002:10), F.J.7º.

⁶⁸ Arts. 11.1 LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; 18 LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y 282 LECrim.

practicada en este HECHO 16 es la recogida en el art. 550 LECrim, en virtud de auto motivado en los indicios de la carta-denuncia recibida por la Policía Nacional de Ribeira.

IV.2.b Entrada y registro de los pubs

Ante los HECHOS 16 a 18, así como para el conocimiento e investigación de los HECHOS 11 a 14, se hace imprescindible llevar a cabo una entrada y registro de los locales de alterne propiedad de Javier Manuel. No obstante, sí surgen en este caso ciertas dudas acerca de la protección de la que gozan los establecimientos empresariales y de la necesidad de recabar autorización del Juez de Instrucción, dado que el derecho reconocido por el art. 18.2 CE no se predica únicamente respecto a las personas físicas, sino que se extiende a las personas jurídicas, aunque con un contenido diferente debido a la falta de vinculación con el derecho a la intimidad personal y familiar, sólo aplicable a las personas físicas.

En este sentido, establece el art. 554, párrafo 4º, LECrim, que se reputará domicilio, “*tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros*”⁶⁹. En consecuencia, la entrada y registro de los pubs, al tratarse de locales abiertos al público (por lo tanto, sin la consideración de domicilio *ex* art. 547, párrafo 3º LECrim), podrá llevarse a cabo sin necesidad de autorización judicial, fundamentándose la Policía únicamente en el cumplimiento de sus funciones⁷⁰, o bien podrá decretarla el Juez instructor *ex* art. 546 LECrim.

No obstante, en caso de pretenderse el acceso a los lugares donde se custodien documentos tales como los libros de contabilidad (en orden a la investigación del HECHO 12), podría argumentarse que sí se necesitaría recabar previamente autorización judicial que justificase la invasión del domicilio de la persona jurídica, pasando a aplicarse el procedimiento recogido en los arts. 550 y ss. LECrim. Ahora bien, debemos tener en cuenta el tenor literal del párrafo 4º del art. 554 LECrim, que exige la imputación de la persona jurídica para considerar domicilio los lugares descritos⁷¹.

Por lo tanto, aunque resulte contradictorio, no se requerirá autorización judicial para llevar a cabo el registro de los pubs, excepto si “Olé S.L” y “Noruega S.L” fueren imputadas, circunstancia en la que sólo podrá fundarse el auto que ordene la entrada y registro en los delitos que se le atribuyan a dichas personas jurídicas (concretamente, hemos indicado que han cometido un delito contable, por lo que habría que esperar a su imputación).

IV.2.c Registro del vehículo de Francisco

Para finalizar este apartado, nos compete analizar el tipo de registro llevado a cabo en el HECHO 18, tras la detención de Francisco. Como resulta evidente, el vehículo en el que viajaba el detenido no puede subsumirse en el concepto de domicilio antes expuesto, por lo que no se encuentra protegido por el art. 18.2 CE ni procede aplicar las exigencias del art. 550 LECrim. Por lo tanto, no se hace necesario recabar autorización judicial para su registro⁷² (aunque pueda ser ordenada por el Juez instructor) ni entrar en consideraciones sobre si nos encontramos ante un flagrante delito.

En consecuencia, nos encontramos ante una simple inspección ocular de los arts. 326 y ss. LECrim (en la que se incauta el cuerpo del delito, arts. 334 y ss. LECrim) que, si se practica con todas las garantías de contradicción, podrá ser incorporada al proceso como prueba preconstituida⁷³. En caso contrario, carecerá de efecto probatorio por sí misma, necesitando ser incorporada al juicio oral

⁶⁹ La reforma de este artículo operada por la Ley 37/2011 recoge la línea jurisprudencial reflejada en la STC de 26 de abril de 1999 (ECLI:ES:TC:1999:69), F.J. 2º.

⁷⁰ En este sentido, STS de 25 de mayo de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:4248), F.J. 2º.

⁷¹ STS de 19 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3210), F.J. 16º.

⁷² STS de 24 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2264), F.J. 1º.2.

⁷³ STS de 28 de febrero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:798), F.J. 9º.

mediante un medio admisible en derecho (por ejemplo, la declaración testifical de los Agentes intervinientes) para poder garantizar el principio de contradicción.

V Tercera pregunta: Por el impago de impuestos por los locales de negocio que pertenecen al investigado, ¿qué actuaciones debería realizar la Agencia Tributaria? ¿Qué sanciones conllevaría por parte de la Hacienda Pública?

Ante el impago de las sociedades propiedad de Javier Manuel de una deuda tributaria de 6.892€ con la Hacienda Pública, en concepto de IS e IVA (HECHO 13), corresponde a la Agencia Estatal de Administración Tributaria ejercitar las competencias correspondientes en materia de aplicación de los tributos para efectuar su cobro.

V.1 Procedimientos de control de presentación de autoliquidaciones, comprobación limitada e inspección tributaria

En primer lugar, si entendemos que la deuda a la que se refiere el HECHO 13 aún no ha sido liquidada porque Javier Manuel no ha presentado las oportunas autoliquidaciones, la Hacienda Pública podrá iniciar⁷⁴ un procedimiento de control de presentación de autoliquidaciones si conoce la existencia de esta obligación por alguno de los medios del art. 153.1 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria.

Si Javier Manuel no atendiese este requerimiento, podrán iniciarse los procedimientos de comprobación limitada e inspección tributaria establecidos en los arts. 135 y 142.1 LGT respectivamente, en orden al descubrimiento e investigación de los hechos con relevancia tributaria. Así mismo, aunque Javier Manuel hubiera presentado las autoliquidaciones del IS y del IVA, la Agencia Tributaria también sería competente para comprobar su veracidad y exactitud mediante estos cauces o a través de un procedimiento de verificación de datos (arts. 131 y ss. LGT).

En caso de que la Agencia Tributaria iniciase un procedimiento de comprobación limitada se procedería al examen de los datos y antecedentes que obrasen en su poder, así como de cualquier registro, libro o documento de carácter oficial, con excepción de la contabilidad mercantil, que permitiese comprobar las circunstancias determinantes de la obligación tributaria. Este procedimiento finalizaría con la práctica de la liquidación provisional de oficio a la que se refieren los arts. 168 LIVA y 126 LIS en base a los datos, antecedentes, signos, índices, módulos o demás elementos de que disponga la Administración tributaria, sin perjuicio de ulteriores comprobaciones durante una futura inspección.

Así pues, si se acudiese a una inspección tributaria se ampliarían las facultades de investigación, de modo que podrían examinarse los “*documentos, libros, contabilidad principal y auxiliar, ficheros, facturas, justificantes... y cualquier otro antecedente o información que deba de facilitarse a la Administración o que sea necesario para la exigencia de las obligaciones tributarias*”. Así mismo, de acuerdo con el art. 142.2 LGT, para el cumplimiento de esta función los inspectores tienen la facultad de acceder a los locales de “Olé S.L” y “Noruega S.L”, así como a sus domicilios constitucionalmente protegidos⁷⁵, aunque en este último caso necesitarán recabar autorización judicial (art. 113 LGT). Este procedimiento concluiría con un acta sobre la regularización de la situación tributaria de las sociedades obligadas y la propuesta de liquidación que proceda, así como su conformidad o disconformidad con la misma.

⁷⁴ En desarrollo de las funciones encomendadas por los arts. 141, apartados a), c), d) y g) y 145.3 LGT.

⁷⁵ García Miguel y González Gutiérrez, 2020.

V.2 Procedimiento de apremio

Por otro lado, si consideramos que las deudas de las sociedades de Javier Manuel ya se han liquidado (bien por sí mismo mediante autoliquidación, bien por la Agencia Tributaria en alguno de los procedimientos anteriores) y éste no ha ingresado las cantidades adeudadas durante el período voluntario, habría de acudir a la vía ejecutiva. Así pues, ya iniciado el período ejecutivo⁷⁶, la recaudación de dichas deudas (ya líquidas) se llevará a cabo mediante el procedimiento de apremio sobre el patrimonio de las sociedades de Javier Manuel (art. 161.3 LGT). De este modo, siguiendo lo dispuesto en los arts. 167 y ss. LGT, si el obligado tributario no efectuara el pago dentro del plazo del art. 62.5 LGT, se procederá, en primer lugar, a la ejecución de las garantías de la deuda tributaria si las hubiere; y en caso negativo, al embargo y enajenación de los bienes y derechos del obligado en cuantía suficiente para cubrir el importe de la deuda no ingresada, los intereses que se hayan devengado, los recargos del período ejecutivo y las costas del procedimiento de apremio.

V.3 Procedimiento sancionador

Por otro lado, con fundamento en la actuación de Javier Manuel descrita en los HECHOS 12 y 13, la Hacienda Pública podrá iniciar de oficio un procedimiento sancionador. En dicho procedimiento se castigarán “*las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta u otra ley*” (art. 183.1 LGT), imponiendo la correspondiente sanción. Así pues, nos compete a continuación calificar los hechos y encuadrarlos en su correspondiente infracción.

V.3.a Infracción tributaria por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación

Como se ha indicado, las sociedades de las que Javier Manuel es parte dejaron de ingresar en el año 2019 la cantidad de 6.892€ en concepto de IS e IVA. En este sentido, el art. 191.1 LGT establece como infracción la falta de ingreso, dentro del plazo establecido por la normativa de cada tributo, de la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo. Dado que tanto el IVA como el IS requieren de una autoliquidación (arts. 167.1 LIVA y 125.1 LIS), si entendemos que Javier Manuel no las ha presentado habría incurrido en esta infracción. Por el contrario, si entendemos que lo descrito en el HECHO 13 se corresponde con el caso previsto en el art. 161.1.b) LGT, esto es, que Javier Manuel ha presentado la autoliquidación, pero no ha realizado el ingreso, no procedería sancionarlo por esta infracción por aplicación de la excepción recogida en el art. 191.1 LGT.

No obstante, debido a que ha dejado de llevar la contabilidad y los libros registro del IVA (HECHO 12), es poco probable que haya podido presentar la autoliquidación de este impuesto, por lo que debemos apreciar la comisión de cuatro de estas infracciones en el caso del IVA (una por cada período de liquidación). Así mismo, si entendemos que tampoco presentó autoliquidación del IS, Javier Manuel habrá cometido un total de cinco infracciones.

A falta de más datos, no podemos calcular el importe exacto de la sanción, pues no conocemos el porcentaje de la cantidad adeuda que corresponde a cada impuesto⁷⁷. Lo que sí podemos adelantar es que la sanción por no ingresar el IVA será muy grave, en tanto que el art. 191.4 LGT así lo establece para los casos en que se hubieran utilizado medios fraudulentos, entendiéndose como tal, según el art.

⁷⁶ El período ejecutivo se inicia, “*en el caso de deudas a ingresar mediante autoliquidación presentada sin realizar el ingreso, al día siguiente de la finalización del plazo que establezca la normativa de cada tributo para dicho ingreso o, si éste ya hubiere concluido, el día siguiente a la presentación de la autoliquidación*” [art. 161.1.b)]. El período de liquidación del IVA es, con carácter general, trimestral, mientras que la declaración del IS deberá presentarse dentro de los 25 días naturales siguientes a los 6 meses posteriores a la conclusión del período impositivo. Dado que la deuda es del período impositivo de 2019 ya nos encontramos en el período ejecutivo, pues los antecedentes de hecho nos sitúan en diciembre de 2020.

⁷⁷ La infracción será leve o grave en atención a si la base de la sanción es inferior o superior a 3.000€, variando el importe de la multa según su gravedad. Así pues, sin conocer esta base no podemos calcular la sanción.

184.3.a) LGT, “*el incumplimiento absoluto de la obligación de llevanza de la contabilidad o de los libros o registros establecidos por la normativa tributaria*”, que coincide con la actuación de Javier Manuel en el HECHO 12, como describimos anteriormente. Así pues, si presuponemos que la infracción del IS también es muy grave (aunque no tenemos datos suficientes), la sanción consistiría en una multa pecuniaria proporcional del 100 al 150 por ciento de la cuantía no ingresada en la autoliquidación, esto es, de 6.892 a 10.338€.

V.3.b Infracción tributaria por incumplir obligaciones contables y registrales

Así mismo, teniendo en cuenta el HECHO 12, podría pensarse que Javier Manuel ha incurrido en la infracción tipificada por el art. 200.1.c) LGT, esto es, que ha incumplido su obligación de llevar o conservar la contabilidad, los libros y registros establecidos por las normas tributarias y sus archivos de soporte. No obstante, como indicamos anteriormente, esta conducta es constitutiva de un delito contable del art. 310 CP, por lo que la apreciación conjunta del delito y la infracción administrativa vulneraría el principio *non bis in idem*, dado que existe una identidad de hechos, sujetos y fundamento.

En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ya ha indicado que la posible colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa ha de resolverse en favor de la primera⁷⁸, de modo que la actuación penal tiene preferencia sobre la sancionadora administrativa. Así pues, por aplicación del principio de no concurrencia⁷⁹, la pena por el delito señalado ha de prevalecer sobre la posible sanción tributaria; no obstante, “*la paralización del procedimiento administrativo no puede indicar la suspensión del procedimiento de liquidación, que debería continuar sin perjuicio de la paralización de las actuaciones administrativas tendentes a dilucidar la imposición de una sanción*”⁸⁰.

V.3.c Infracción tributaria por incumplir obligaciones de facturación o documentación

Por último, también podría suscitarse la concurrencia de la infracción recogida en el art. 201.2.b) LGT, puesto que Javier Manuel ha dejado de llevar totalmente la contabilidad. Así pues, en caso de que no hubiese expedido o conservado las facturas, justificantes o documentos sustitutivos de los productos que vende en sus locales, habría cometido esta infracción, que habrá de sancionarse con una multa de 300 euros por cada operación en la que no se haya emitido o conservado la correspondiente factura o documento, dado que no podemos conocer sus importes debido a la falta de contabilidad.

VI Cuarta pregunta: A consecuencia de la publicación en el periódico Ciudad Santiago del organigrama de la droga de la región, exponiendo como nuevos capos a los investigados indicando los hechos que éstos presuntamente cometían. Los afectados consideran que se encuentra lesionado su derecho al honor e imagen, ¿podrían ejercer alguna acción legal pidiendo que se retracte el periódico? ¿Podrían pedir reclamar indemnización por daños y perjuicios?

En este apartado procederemos a analizar la posible injerencia del periódico Ciudad Santiago en el derecho al honor y a la imagen de los investigados, de tal modo que, una vez aclarada esta cuestión, estaremos en posición de valorar la viabilidad de un eventual ejercicio del derecho de rectificación, así como de una reclamación por los daños y perjuicios causados.

⁷⁸ STC de 3 de octubre de 1983 (ECLI:ES:TC:1983:77), F.J. 3º.

⁷⁹ Art. 31.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁸⁰ Martínez Muñoz, 2011, p. 122.

VI.1 Sobre la existencia de una efectiva vulneración del derecho al honor y a la propia imagen de los investigados: ponderación con el derecho a comunicar y recibir información veraz

Antes de interrogarnos sobre las responsabilidades que podrían exigirse al periódico Ciudad Santiago, debemos establecer si la actuación descrita en el HECHO 19 es constitutiva de un ataque al honor y a la imagen personal de los investigados.

Respecto al honor, nuestro Tribunal Constitucional lo define como el derecho que garantiza “*la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas*”⁸¹. No obstante, se trata éste de un derecho no absoluto⁸² que se encuentra limitado por la libertad de información del art. 20.1.d) CE, derecho que debe prevalecer en abstracto sobre aquél en la medida en que resulta esencial como garantía de una opinión pública libre y del pluralismo como principio básico de convivencia⁸³, alcanzando un máximo nivel de protección cuando es ejercitado por los profesionales de la información, por lo que será necesaria una ponderación de las circunstancias del caso concreto para identificar una posible vulneración.

Así pues, consideran los investigados que la publicación de sus presuntos delitos en un periódico local atenta contra su honor, dado que se los expone como los nuevos capos de la región. Efectivamente esta información es susceptible de producir un menoscabo de su reputación, pero al realizar la ponderación debemos tener en cuenta las exigencias que reiteradamente ha venido exigiendo el Tribunal Supremo para valorar el peso relativo de estos derechos: que se trate de información con relevancia pública o interés general, que se cumpla el requisito de la veracidad⁸⁴ (a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión⁸⁵), que no se sobrepase el fin informativo y que la publicación esté justificada por los usos sociales⁸⁶. En este caso, no cabe duda de que la publicación de actos presuntamente delictivos tiene carácter noticiable e interés informativo según los usos sociales⁸⁷, aún mayor cuando atentan contra un bien jurídico colectivo como la salud pública, por lo que el peso de la libertad de información ha de ser más intenso. Así mismo, el periódico hace referencia a los hechos que “presuntamente” han cometido los investigados y que, en todo caso, resultaron ciertos, por lo que debemos entender que han contrastado la información con fuentes objetivas, cumplimentando así el requisito de veracidad⁸⁸. Por último, no apreciamos que el reportaje hubiese sobrepasado el fin informativo, añadiendo un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado (únicamente se les denomina capos, un dato objetivo), por lo que debemos considerar que no se ha vulnerado en este caso el derecho al honor.

⁸¹ STC de 19 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:216), F.J. 5º.

⁸² Así lo indican tanto el art. 20.4 CE, como el preámbulo de la LO 1/1982, de 5 de mayo, y reiterada jurisprudencia (STS de 10 de octubre de 2011, ECLI:ES:TS:2011:7069, F.J. 7º).

⁸³ STS de 11 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS:2009:938), F.J. 2º.

⁸⁴ Requisito que “*no coincide con el de la verdad de lo publicado o difundido*” y que “*deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia exigible a un profesional de la información*” (STC de 26 de enero de 2009, ECLI:ES:TC:2009:29, F.J. 2º).

⁸⁵ STC de 4 de octubre de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:50), F.J. 5º.

⁸⁶ Calaza López, 2011, pp. 49-53.

⁸⁷ Así mismo, podría justificarse este extremo en la notoriedad sobrevenida de los investigados, que con independencia de su carácter de sujetos privados han de soportar intromisiones en su derecho al honor, por su relación con el suceso noticiable, de forma similar a las personalidades con proyección pública (Verda y Beamonte, Vidal Alonso, 2015, pp. 94-96).

⁸⁸ Ello a pesar de que en estos casos “*el deber de diligencia debe exigirse «en su máxima intensidad», ya que la noticia que se divulga, al imputar la comisión de un delito, no sólo puede suponer un descrédito en la consideración de la persona a la que se refiere, sino que, además, incide en su derecho a la presunción de inocencia*” (STC de 31 de enero de 2000, ECLI:ES:TC:2000:21, F.J. 8º)

Por lo que respecta al derecho a la propia imagen, nuestro Tribunal Constitucional lo define como aquél que atribuye a su titular “*un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública*” y que otorga la facultad de “*impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad informativa, comercial, científica, cultural, etc. perseguida por quien la capta o difunde*”⁸⁹. De igual forma que el derecho al honor, el derecho a la propia imagen también puede verse limitado por otros preceptos constitucionales, y en particular por el derecho a la información, cuya prevalencia ha de ser mayor en este caso dado que es “*menor la consecuencia lesiva sobre la dignidad que tiene en sí misma la mera reproducción gráfica de la representación externa de una persona*”⁹⁰.

No sabemos con certeza, dada la escasez de detalles del caso, si se han publicado imágenes de los investigados en unos términos que permitan su identificación, actuación que configuraría la intromisión ilegítima recogida por el art. 7.5 LOPH. No obstante, dado que los afectados también denuncian una vulneración de este derecho, debemos examinar tal posibilidad.

En este sentido, hemos de analizar los requisitos que el art. 8 LOPH exige para considerar legítima una intromisión en este derecho. No se nos indica que la Policía haya ordenado la publicación de imágenes de los sospechosos, lo que justificaría la vulneración⁹¹ por aplicación del apartado primero del artículo. Así mismo, los investigados no desempeñan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, por mucho que, debido a la comisión de los delitos graves que se les imputan, hubiesen adquirido una relevancia sobrevenida⁹². Por ello, aunque las imágenes expuestas se hubiesen captado en un acto público o en lugares abiertos al público, seguirían siendo ilegítimas, de la misma forma que tampoco se podría admitir el uso sin consentimiento de imágenes que procedan de las redes sociales de los investigados⁹³. Tan sólo podrían publicarse legítimamente las imágenes captadas durante su detención, entrada en el juzgado o en prisión, pues su relevancia pública sobrevenida se ha producido en relación con esos hechos⁹⁴. No obstante, no tenemos constancia de que en este caso se haya procedido al arresto de los investigados, por lo que resulta imposible que las imágenes procediesen de alguno de estos sucesos, de modo que la imagen de un particular anónimo o desconocido no puede utilizarse sin su expreso consentimiento.

En consecuencia, y aunque no tenemos detalles sobre la publicación del periódico Ciudad Santiago, podemos afirmar que la información difundida no atenta contra el derecho al honor de los investigados, pero sí podría haber vulnerado su derecho a la propia imagen en caso de haberse publicado imágenes que permitieran su identificación.

VI.2 Cauces legales a disposición de los aludidos para el restablecimiento de su derecho al honor y a la propia imagen

Como ya hemos indicado, no apreciamos que exista vulneración del derecho al honor de los investigados, por lo que creemos que cualquier acción legal que se adopte en este sentido contra el periódico tendrá pocas posibilidades de prosperar. En cualquier caso, los aludidos podrán recabar protección tanto en la jurisdicción civil, a través del juicio ordinario que se tramitará de forma preferente (art. 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil); como ante el Tribunal Constitucional,

⁸⁹ STC de 25 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:25), F.J. 4º.

⁹⁰ Calaza López, 2011, p. 57.

⁹¹ STS de 26 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:122), F.J. 5º.

⁹² STS de 19 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:4076), F.J. 3º, pfo. 8º.

⁹³ STS de 15 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:363), F.J. 5º.

⁹⁴ STS de 19 de diciembre de 2019, F.J.3º, pfo. 10º. Ahora bien, la doctrina indica que no se está aplicando en estos casos la excepción prevista en el art. 8.c) LOPH, sino que la lesión en el derecho a la propia imagen se justifica por la relevancia pública de lo que se transmite (Gómez Corona, 2014, pp. 105-106).

interponiendo ulteriormente recurso de amparo⁹⁵. En estos procedimientos podrán solicitar, entre otras medidas, de acuerdo con el art. 9.2 LOPH, el restablecimiento del derecho violado, que en este caso incluiría “*la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida*”, sin perjuicio de que también se ejercite el derecho de rectificación.

Así pues, además de este procedimiento de tutela del derecho al honor, también podría exigirse la retractación del periódico mediante el ejercicio del derecho de rectificación. No obstante, de igual forma que en el caso anterior, creemos *prima facie* que este cauce tampoco prosperará, puesto que el art. 1 de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, establece como objeto de este procedimiento la corrección de hechos inexactos y de lo descrito en el caso no se desprende ninguna referencia a hechos que no hubieran ocurrido efectivamente. Ahora bien, la dicción literal del artículo se refiere a hechos (no opiniones) que aludan al solicitante y que éste “considere” inexactos, por lo que aun así podrán fundamentar subjetivamente la solicitud⁹⁶, dado que la finalidad de este procedimiento no es comprobar la veracidad de la información, sino exponer al debate público versiones distintas de unos mismos hechos⁹⁷. En consecuencia, podrán solicitar por escrito la rectificación al periódico, y si su director se niega a concederla, deberán presentar la acción de rectificación prevista en el art. 4 de la misma ley, aunque creemos que será desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, al no existir una base subjetiva suficiente para considerar inexactos los hechos publicados, toda vez que resultaron ciertos.

En relación con el derecho a la propia imagen, en caso de darse los presupuestos a los que nos referimos en el apartado anterior para poder considerar que efectivamente existió una vulneración de este derecho, podrán los perjudicados reclamar la tutela correspondiente a través de la jurisdicción civil ordinaria o, posteriormente, mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, sin que pueda admitirse, por razones obvias, el ejercicio del derecho de rectificación, aplicable únicamente a injerencias en el derecho al honor. Así pues, la retractación que pretenden los investigados únicamente podrá llevarse a cabo mediante la eliminación de las imágenes publicadas, medida que, si bien es importante, cuenta con una eficacia limitada.

Ahora bien, el uso ilícito de la imagen de una persona supone frecuentemente un tratamiento de datos (dada la definición tan amplia del art. 4 RGPD) en tanto que los medios con los que se reproduce habitualmente la imagen de una persona implican *per se* dicho tratamiento (si se han captado con un móvil, una cámara digital, etc.)⁹⁸. Así pues, de ser éste el caso (no disponemos de información en este sentido), dispondrán los investigados, además de la tutela civil, de un procedimiento de tutela administrativa ante las autoridades de control competentes, esto es, ante la AEPD.

En consecuencia, los afectados también podrán requerir al periódico la supresión de los datos personales que les conciernan *ex art. 17.1.d) RGPD*, sin que resulte aplicable la excepción del art. 17.3.a) por lo explicado en el apartado anterior. Así mismo, ante una eventual negativa del periódico, podrán instar el procedimiento de tutela de derechos al que nos hemos referido ante la AEPD en virtud del art. 64.1 de la Ley Orgánica, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, así como un procedimiento sancionador, puesto que no satisfacer el derecho de supresión es una infracción recogida en los arts. 71 de dicha Ley Orgánica y 83.5.b) RGPD. De este modo, también puede lograrse por este cauce la cesación de la vulneración del derecho a la propia

⁹⁵ Que se ha de fundamentar en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, dado que el art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional impide demandar en amparo exclusivamente a un particular, de modo que deberá alegarse la vulneración de la tutela por parte del Juez para poder acudir al Tribunal Constitucional.

⁹⁶ STC de 22 de diciembre de 1986 (ECLI:ES:TC:1986:168), F.J. 5º.

⁹⁷ Bandrés Oróñez, 2016.

⁹⁸ Grimalt Servera, 2020, pp. 314-315.

imagen de los investigados de una forma rápida y eficaz, en tanto que la AEPD, ante la apreciación de una conducta culpable, puede adoptar las medidas previstas en el art. 58.2.g) RGPD.

VI.3 Procedencia de la indemnización por daños y perjuicios: dualidad de acciones

Como ya hemos adelantado, en tanto que no se ha apreciado una vulneración del derecho al honor de los aludidos, no es posible que éstos reclamen la indemnización prevista en el art. 9.2.c) LOPH.

Ahora bien, por lo que respecta al derecho a la propia imagen de los investigados, se plantean ciertos problemas. Si consideramos que existe una intromisión ilegítima en este derecho, el art. 9.2.c) LOPH autoriza a los perjudicados a reclamar la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados, presumiendo *iuris et de iure* la existencia de daño moral⁹⁹ ex art. 9.3 LOPH. No obstante, si también apreciamos que dicha vulneración es consecuencia de un tratamiento de datos, habremos de reconocer a su vez las indemnizaciones previstas en el art. 82 RGPD. En este sentido, en tanto que el considerando 146 RGPD establece el carácter no preferente de estas indemnizaciones, al reconocerlas “*sin perjuicio de cualquier reclamación por daños y perjuicios derivada de la vulneración de otras normas del Derecho de la Unión o de los Estados miembros*”, podrán los perjudicados optar entre una u otra, aunque aplicando en todo caso la presunción contenida en la LOPH respecto a los daños morales, no prevista por el RGPD¹⁰⁰.

VII Quinta pregunta: D. Javier Manuel Sánchez Barreiro decide unilateralmente romper su relación *more uxorio*, tras diez años de unión ¿puede solicitar su expareja una pensión compensatoria y/o indemnización por el desequilibrio económico que sufre a consecuencia de esta decisión?

A continuación examinaremos la posibilidad de que la expareja de Javier Manuel, ante una ruptura unilateral de la relación de hecho que venían manteniendo, solicite una indemnización o pensión compensatoria fundamentada en el desequilibrio económico experimentado a causa de esta separación. Esta cuestión no presentaría ninguna duda si ambos, ejercitando la libertad de pactos consagrada en el art. 1255 CC, hubieren previsto dicha compensación para el caso de que se produjese la ruptura de la convivencia, pero nada se nos indica en los antecedentes de hecho.

VII.1 Imposibilidad de aplicar la compensación por desequilibrio económico del art. 97 CC: prohibición de la *analogía legis* en las uniones de hecho

Como bien se indica en el caso, la relación que Javier Manuel mantenía con su expareja puede calificarse como una convivencia *more uxorio*, que el Tribunal Supremo ha definido como aquella que se desarrolla “*en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar*”¹⁰¹.

En este sentido, podría pensarse *prima facie* que resulta procedente la aplicación analógica del art. 97 CC, en tanto que el legislador ha equiparado a algunos efectos las parejas de hecho al matrimonio (arts. 320.1 y 175.4 CC, por ejemplo), pero no es el caso del precepto citado. Así mismo, es doctrina del Pleno de nuestro Alto Tribunal desde 2005¹⁰² que la unión de hecho nada tiene que ver con la institución del matrimonio, puesto que la existencia del matrimonio homosexual y el divorcio

⁹⁹ Mientras que la existencia de daños patrimoniales ha de probarse, si bien el Tribunal Supremo, partiendo de la presunción del perjuicio del artículo 9.3 LOPH, considera acreditados dichos daños patrimoniales, aunque no exista una prueba precisa sobre la cuantía en que han de fijarse (STS de 7 de noviembre de 2018, ECLI:ES:TS:2018:3712, F.J. 3°).

¹⁰⁰ Grimalt Servera, 2020, p. 368.

¹⁰¹ STS de 18 de mayo de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:3961), F.J. 4°.

¹⁰² STS de 12 de septiembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:5270), F.J. 3°.

unilateral es razón suficiente para considerar que las parejas de hecho están formadas, en todo caso, por personas que no quieren contraer matrimonio, evitando así las consecuencias jurídicas que éste lleva aparejadas. Así pues, “*debe huirse de la aplicación por "analogía legis" de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja*”¹⁰³ que supondría el establecimiento de un modelo imperativo, muy alejado del régimen dispositivo propio de las uniones de hecho¹⁰⁴.

Así pues, no es de recibo entrar a valorar si se dan en este caso los requisitos que la jurisprudencia exige para la apreciación del desequilibrio económico al que se refiere el art. 97 CC, puesto que dicho precepto es exclusivamente aplicable al matrimonio¹⁰⁵ y entre Javier Manuel y su expareja tan sólo ha existido una relación de hecho.

Por último, aunque también podría suscitarse la aplicación de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, en tanto que su disposición adicional tercera equipara al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, tan sólo se prevé dicha equiparación a los efectos de la propia ley, y ésta no contiene ningún precepto aplicable al caso, por lo que no es de recibo entrar a valorar esta opción.

VII.2 Alternativas al art. 97 CC: apreciación de enriquecimiento injusto

Aunque ya hemos indicado que la expareja de Javier Manuel no conseguirá una compensación *ex art. 97 CC*, esto no quiere decir que no pueda obtener ninguna indemnización por el desequilibrio económico sufrido a través de otras vías. En concreto, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional se han pronunciado a favor de la aplicación del derecho resarcitorio para los casos en que pueda darse un desequilibrio no querido ni buscado¹⁰⁶. De igual forma, los tribunales han apreciado en ocasiones la existencia de un patrimonio común¹⁰⁷ que daría lugar a la aplicación de la normativa societaria o de la comunidad de bienes, pero éste ha de probarse por medio de los *facta concludentia*, que consisten en la aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común¹⁰⁸. No obstante, no se refleja en los antecedentes de hecho esta situación, por lo que deberemos recurrir a otros medios.

Así pues, en defecto de pacto y de voluntad de crear una comunidad, puede recurrirse a principios generales como el de enriquecimiento injusto¹⁰⁹ puesto que, aunque la jurisprudencia mantiene el requisito de la subsidiariedad de esta acción, el legislador no ha previsto en el Derecho civil estatal una regulación que prevea las consecuencias aplicables al cese de la convivencia¹¹⁰.

Por ello, a través del proceso declarativo correspondiente según la cuantía, la expareja de Javier Manuel podrá reclamar una indemnización por el desequilibrio económico sufrido, aunque para ello tendrá que probar la concurrencia de los requisitos que nuestra jurisprudencia exige para la apreciación del enriquecimiento injusto.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que existe tal situación cuando “*una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o de causa (base) que lo legitime, de tal manera que surge una obligación cuya prestación tiende a*

¹⁰³ *ibid.*

¹⁰⁴ STC de 23 de abril de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:93), F.J. 9º.

¹⁰⁵ Por todas, STS de 16 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5683), F.J. 4º.

¹⁰⁶ STS de 15 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:37), F.J. 5º y STC de 23 de abril de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:93), F.J. 11º.b).

¹⁰⁷ Pérez Cebadera, 2014.

¹⁰⁸ STS de 8 de mayo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2187), F.J. 2º: “*Los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen comunes a los convivientes, por lo que pertenecen a quien los haya adquirido; sólo cuando de forma expresa o de forma tácita (por medio de hechos concluyentes) se pueda llegar a determinar que se adquirieron en común, puede producirse la consecuencia de la existencia de dicha comunidad*”.

¹⁰⁹ STS de 11 de diciembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:7102), F.J. 3º *in fine*.

¹¹⁰ Campo Izquierdo, 2020.

eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido”¹¹¹. Así mismo, se aprecia enriquecimiento no sólo por el aumento del patrimonio, sino también por su no disminución (*damnum cessans*), de igual forma que el empobrecimiento no tiene que consistir únicamente en un desprendimiento patrimonial, pues lo puede constituir el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro.

En definitiva, se exige para la apreciación de un enriquecimiento injusto: “a) *Aumento del patrimonio del enriquecido*; b) *Correlativo empobrecimiento del actor*; c) *Falta de causa que justifique el enriquecimiento*; y d) *Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio*”¹¹². Pues bien, los antecedentes de hecho no nos proporcionan información acerca de las conductas llevadas a cabo por Javier Manuel y su expareja durante los diez años que duró la relación, por lo que no podemos saber el grado de desequilibrio económico que puede haber sufrido a consecuencia de la ruptura de la convivencia. No obstante, sí se nos indica que ella trabajó para Javier Manuel en sus locales de alterne sin contrato y sin haber cotizado a la SS (HECHO 9). En este contexto, podrían apreciarse los requisitos exigidos, en tanto que su trabajo en dichos locales sin la debida contraprestación supuso: a) un enriquecimiento para Javier Manuel (en la modalidad *damnum cessans*), puesto que no ha cotizado por ella ni sabemos si le ha pagado; b) un empobrecimiento para su expareja, puesto que ha dedicado su actividad en beneficio de Javier Manuel sin la debida contraprestación; c) sin existencia de causa, debido a que no tuvo contrato¹¹³; y d) sin precepto legal que excluya la aplicación de este principio, pues no existe normativa general en materia de parejas de hecho.

En concreto, podría concederse la indemnización correspondiente después de haber calculado la cuantía del enriquecimiento a través del ejercicio de la denominada *condictio* por inversión, que incluye el supuesto en el que se incorpora trabajo en una cosa ajena, con beneficio del propietario, sin existir contrato y sin recibir la adecuada compensación¹¹⁴. Ésta es la única alternativa a disposición de la expareja de Javier Manuel para conseguir una compensación por el desequilibrio originado en la ruptura de su convivencia, dada la exclusión de los restantes cauces expuestos *ut supra*.

VIII Sexta pregunta: Teniendo en cuenta que ninguna de las tres trabajadoras del pub, ha sido dada de alta en la seguridad social, ni posee contrato laboral, ¿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 concepto de recaudación conjunta o bonificaciones indebidas mediante la práctica de actas de liquidación?

En este apartado analizaremos la posibilidad de que la Inspección de Trabajo efectúe requerimientos de pago a las sociedades de Javier Manuel o, en caso de desatenderlos, inicie expediente liquidatorio por las deudas que traen causa del incumplimiento de su obligación de dar de alta a las tres trabajadoras que prestan sus servicios en los pubs. A estos efectos, hemos de diferenciar desde un primer momento entre la situación en la que se encuentran las dos inmigrantes irregulares y la que afecta a la expareja de Javier Manuel, puesto que comportan consecuencias jurídicas heterogéneas.

¹¹¹ STS de 16 de junio de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:4196), F.J. 3º.

¹¹² SSTs de 11 de diciembre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:9009), F.J. 4º y de 15 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:37), F.J. 6º, 3.

¹¹³ Podría entenderse que su expareja ha realizado una “sobrecontribución” que excede el ámbito de cumplimiento de las obligaciones naturales derivadas de la vida en común (Cantero Núñez y Legerén-Molina, 2018, pp. 325-326)

¹¹⁴ STS de 6 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2847), F.J. 5º.

VIII.1 Sobre la ausencia de alta en la Seguridad Social de las inmigrantes irregulares: una obligación de cumplimiento imposible

La Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, contempla en su art. 22.6 las medidas sobre las que se nos interroga en este caso (requerimientos de pago e inicio de expedientes liquidatorios), que podrán adoptarse una vez concluida la actividad comprobatoria inspectora. En este sentido debemos tener también en cuenta lo dispuesto en el art. 31.1 RGPSL, que establece las circunstancias en las que podrán extenderse actas de liquidación, y en concreto su apartado a), que se refiere a las deudas originadas por la falta de afiliación o de alta de trabajadores en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social.

No obstante, el caso de las inmigrantes irregulares plantea serios problemas, puesto que el derecho al trabajo y a la Seguridad Social de los extranjeros se encuentra condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos legales (art. 10.1 LOEx). Así pues, el art. 36.1 LOEx exige la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar en caso de pretender el ejercicio de cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional. De igual forma, el art. 42 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, exige dicha autorización para las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros, precisando que, si carecieren de ella, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social¹¹⁵.

En consecuencia, la afiliación o el alta de un inmigrante irregular en la Seguridad Social son actos legalmente imposibles en tanto que, al no reunirse los requisitos exigidos para realizarlos, resultarían nulos, así como las eventuales cotizaciones que se ingresasen¹¹⁶. No obstante, encontramos pronunciamientos en la jurisprudencia que sí determinan la obligación del empresario de cotizar por inmigrantes irregulares¹¹⁷ basándose en una interpretación analógica del art. 9.2 del Estatuto de los Trabajadores y en el tenor literal del art. 70.1 de la Ley de Seguridad Social de 1974, por el que la obligación de cotizar nace con el inicio de la mera prestación del trabajo (actual art. 144.1 LGSS, que contiene la misma dicción). Ahora bien, esta línea jurisprudencial ha sido criticada por la doctrina con los argumentos expuestos anteriormente, entendiendo que el empresario no incurre en infracción administrativa por haber omitido esa obligación legal, porque no estamos ante una situación “normal” de relación de trabajo, sino que falta la consabida autorización, por lo que *“la Inspección de Trabajo podrá levantar acta de infracción para sancionar la contratación ilegal del inmigrante, pero no para sancionar su falta de afiliación, alta o cotización; y, obviamente, tampoco podrá levantar acta de liquidación por tales descubiertos de cotización”*¹¹⁸.

Ésta parece ser la solución adecuada actualmente, en tanto que el legislador ha previsto en el art. 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, una medida sancionadora que incrementa el importe de las multas a quien emplee a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo [arts. 37 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social y 54.1.d) LOEx]. Así pues, *“es evidente que no se trata aquí del ingreso a posteriori por el empresario de cotizaciones sociales, a través de la correspondiente acta de infracción de la Inspección de Trabajo, que puedan computar al trabajador para causar derecho a futuras prestaciones, sino del incremento económico de una medida sancionadora y, por*

¹¹⁵ Cerezo Mariscal, 2016, p. 158: *“Es decir, que el incumplimiento del requisito de contar con autorización de trabajo, previa a la realización de un empleo, le impide la formalización de la afiliación y el alta, lo que afecta, por el impedimento legal, a la obligación cotizar a un determinado Régimen de la Seguridad Social”*.

¹¹⁶ SSTS de 20 de marzo de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:2090), F.J 2º y de 14 de noviembre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:6808), FF.JJ. 4º y 5º.

¹¹⁷ STS de 2 de diciembre de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:7214), F.J. 2º.

¹¹⁸ Montoya Melgar, 2009, pp. 22-24.

*tanto, de una pura sanción*¹¹⁹ que pretende compensar el injusto aligeramiento de cargas sociales del empresario que emplea a extranjeros ilegales¹²⁰.

Por todo lo expuesto, debemos concluir que, en el caso de las dos inmigrantes ilegales, no puede la Inspección de Trabajo levantar actas de liquidación ni efectuar requerimientos de pago por las deudas resultantes de no haberlas dado de alta en la Seguridad Social, sin perjuicio del inicio de un procedimiento sancionador mediante las correspondientes actas de infracción, cuya multa será agravada por la concurrencia de dicha circunstancia.

VIII.2 Expediente de liquidación por las deudas relativas a la expareja de Javier Manuel

Por el contrario, las deudas que las sociedades de Javier Manuel han contraído con la Seguridad Social por no haber dado de alta a su ahora expareja no presentan las mismas dudas que en el caso de las inmigrantes irregulares. A falta de otra indicación en los antecedentes de hecho, debemos suponer que su expareja se encuentra en situación regular y, por tanto, se halla en el pleno ejercicio de los derechos que le atribuyen los arts. 35.1 CE y 4 ET.

Por ello, el deber de cotizar a la Seguridad Social nace, como indicamos anteriormente, con el inicio de la prestación de trabajo, sin que sea necesario cumplimentar ningún otro requisito legal (arts. 144.1 LGSS), esto es, sin la necesidad de formalizar un contrato de trabajo. Así pues, como Javier Manuel no ha dado de alta en la Seguridad Social a su expareja, no ha ingresado las cuotas correspondientes a su cotización, de modo que nos encontramos en el supuesto del art. 31.1.a) RGPSL, que permite a la Inspección de Trabajo levantar un acta de liquidación por débito a la Seguridad Social.

No obstante, debemos tener en cuenta que la Inspección de Trabajo podría realizar un requerimiento de pago de estas cuotas a Javier Manuel en lugar de iniciar dicho expediente liquidatorio, ejercitando así la facultad recogida en el art. 35.1 RGPSL. Ahora bien, si Javier Manuel también incumpliese este requerimiento, se procedería a la práctica de las actas de liquidación e infracción que fueren oportunas (art. 35.3 RGPSL).

IX Séptima pregunta: En cuanto a las dos trabajadoras en situación irregular en España, ¿podría iniciarse un expediente de expulsión del territorio nacional?, o, por la contra, ¿podrían regularizar su situación? En cuanto a su situación laboral, ¿sería posible solicitar el alta en la SS?

Finalmente estudiaremos en este último punto el contexto en el que se encuentran las inmigrantes irregulares que trabajan para Javier Manuel. Para ello, realizaremos un análisis de las posibilidades con las que cuentan, bien de abandonar el territorio español, bien de regularizar su situación. Para acabar, indagaremos sobre el potencial acceso de estas trabajadoras al Sistema de Seguridad Social.

IX.1 Sobre la posible expulsión de las inmigrantes irregulares: la necesaria concurrencia de circunstancias agravantes

En primer lugar, debemos recordar que el art. 53.1.a) LOEx tipifica como infracción grave la mera permanencia en territorio español de forma irregular, sancionando esta conducta con multa de 501 hasta 10.000 euros [art. 55.1b) LOEx] o, alternativamente, con la expulsión del extranjero de nuestro país (art. 57.1 LOEx). Los antecedentes de hecho nos indican que las inmigrantes se encontraban en situación irregular (aunque no se menciona la causa), por lo que efectivamente estarían cometiendo dicha infracción y, en consecuencia, la Subdelegación del Gobierno en A Coruña (puesto que los hechos se cometen en Ribeira) podría iniciar el correspondiente expediente de expulsión del territorio nacional, que deberá justificar la aplicación de esta medida en atención al criterio de proporcionalidad.

¹¹⁹ Montoya Medina, 2009.

¹²⁰ González Ortega, 2010, p. 250.

No obstante, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹²¹ como la Sala de lo Contencioso-Administrativo de nuestro Alto Tribunal han reiterado en numerosas ocasiones que la sanción principal ha de ser la multa, mientras que, “*en cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal*”¹²². En este sentido, se indica en los antecedentes de hecho que las inmigrantes trabajaban para Javier Manuel, por lo que han cometido así mismo la infracción (grave) contenida en el art. 53.1.b) LOEx, dado que, al encontrarse en situación irregular, es imposible que contasen con una autorización de trabajo, que se concede junto a la de residencia (art. 36.1 LOEx). En consecuencia, al tratarse ésta de una situación más grave que la pura permanencia ilegal, podría motivarse adecuadamente un expediente de expulsión del territorio nacional *ex art. 57.1 LOEx*, que implicaría el retorno de las inmigrantes a sus países de origen, excepto si éstas se encontrasen en alguno de los supuestos previstos por el art. 57.5 del Reglamento de la LOEx.

IX.2 Un futuro en territorio español: regularización de su situación por razones de arraigo laboral u otras circunstancias excepcionales

Si bien es posible la expulsión de las inmigrantes, también debemos destacar que estas personas podrían estar en condiciones de solicitar una autorización de residencia temporal por razones de arraigo que, en caso de concederse, dejaría a salvo su futuro en España. Esto se debe a que el arraigo apreciado en el momento de incoación del expediente sancionador destruiría la proporcionalidad de la expulsión (necesaria para su adopción, como indicamos en el apartado anterior), de modo que esta sanción resultará antijurídica en caso de cumplir los requisitos para su concesión, determinando así su sustitución por una multa.

Por ello, nos compete ahora analizar si se cumplen en este caso los requisitos que el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LOEx, exige en su art. 124 para la concesión de la autorización de residencia temporal por razones de arraigo. En primer lugar, debemos acotar nuestro campo de estudio puesto que, si bien dicho precepto reconoce tres tipos de arraigo, no tenemos información suficiente en los antecedentes de hecho para analizar la concurrencia de arraigo social ni familiar (no conocemos sus vínculos familiares, su integración social, ni si ha suscrito un precontrato con algún empleador). En consecuencia, nos queda por comprobar la existencia de arraigo laboral, fruto del trabajo que estas dos inmigrantes han venido prestando en los locales de Javier Manuel, aunque este mecanismo se haya mostrado altamente ineficaz para regularizar estas situaciones¹²³.

Pues bien, el arraigo laboral requiere, en primer lugar, acreditar la permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años. Nada se indica en los antecedentes de hecho sobre este extremo, por lo que no sabemos si efectivamente se cumple dicho requisito, pero en su apreciación ha de tenerse en cuenta que “*el arraigo (como causa que podría moderar la sanción) no puede deducirse en modo alguno de la pura permanencia ilegal en España*”¹²⁴, sino que ha de acreditarse por otros medios, entre los que el empadronamiento en un municipio español goza de presunción *iuris tantum* cuando se realiza una comprobación del pasaporte del solicitante y se cotejan las entradas y salidas de territorio español por los servicios policiales adscritos a las Oficinas de Extranjería¹²⁵.

¹²¹ En su sentencia de 8 de octubre de 2020 (ECLI:EU:C:2020:807).

¹²² Entre otras, STS de 4 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6676), F.J. 5º. Si bien la STS de 12 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2523), F.J. 6º, modificó esta doctrina casacional, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 2020 devolvió esta cuestión a su estado inicial.

¹²³ Camas Roda, 2018: “*Respecto del arraigo laboral, los estudios realizados han mostrado que entre 2006 y 2014, las solicitudes que han perseguido obtenerlo apenas suponen el 1,66% de las casi 750.000 peticiones correspondientes a los tres tipos de arraigo*”.

¹²⁴ STS de 22 de diciembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:7811), F.J. 4º.

¹²⁵ Cerezo Mariscal, 2016, p. 154.

En segundo lugar, se exige que las inmigrantes carezcan de antecedentes penales en España o en los países en que hayan residido durante los últimos cinco años. Como nada se nos indica en los antecedentes de hecho, hemos de suponer que no han cometido ningún delito durante ese período, por lo que podemos pasar a analizar la concurrencia del último de los requisitos, del que sí tenemos información suficiente.

Así pues, se requiere finalmente demostrar la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses. Se trata del requisito más difícil de justificar, en tanto que se refiere a relaciones laborales pasadas de las que normalmente no hay ninguna constancia por encontrarse el trabajador precisamente en una situación irregular. En este sentido, el propio Real Decreto 557/2011 indica los medios de prueba admitidos para la acreditación de dicha relación laboral y de su duración: “*resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite*”, sin perjuicio de que el Tribunal Supremo también acepte ahora cualquier otro medio¹²⁶. En este sentido ya hemos indicado que la Inspección de Trabajo podría iniciar un expediente sancionador contra Javier Manuel por haber empleado a trabajadoras extranjeras sin la preceptiva autorización de trabajo, por lo que, de ser éste el caso, ambas inmigrantes podrían acreditar su relación laboral mediante las resoluciones que se dicten en este procedimiento¹²⁷.

Así pues, en caso de cumplirse los anteriores requisitos, las dos inmigrantes que trabajaban para Javier Manuel podrían regularizar su situación adquiriendo una autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral que les permitirá eludir la expulsión del territorio español.

Por último, y como solución residual, puesto que los antecedentes de hecho no nos proporcionan información suficiente al respecto, podríamos acudir a otros supuestos excepcionales que permitan la obtención de esta autorización según el art. 36.1 LOEx. Así pues, en caso de probarse que las inmigrantes han colaborado con las autoridades estatales contra redes organizadas o han sido víctimas de violencia de género, trata de seres humanos u otros delitos, podría proceder su regularización conforme a los arts. 135 y ss., 131 y ss., 140 y ss. o 126 del Reglamento de la LOEx respectivamente.

IX.3 Acceso de las inmigrantes al Sistema de Seguridad Social: la imposibilidad de solicitar el alta y otros mecanismos de protección

Por último, por lo que respecta a la situación laboral de las trabajadoras inmigrantes irregulares, no podemos más que reafirmarnos en lo expuesto en el apartado VIII.1 de este trabajo. Así mismo debemos añadir que en la doctrina se ha discutido sobre el alcance de la genérica mención del art. 36.5 LOEx a los “*derechos del trabajador extranjero*” careciendo éste de autorización de residencia y trabajo, y si podría considerarse que el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social equivale a una inclusión indirecta en el Sistema¹²⁸. Pues bien, como también dijimos, la vigencia del art. 48 de la Ley 62/2003 ha venido a confirmar la opción mantenida por la Tesorería General de la Seguridad Social en su Circular 5-004 de 13 de febrero de 2001, por la que se desestima toda solicitud de afiliación o alta si no se ha obtenido anteriormente la autorización para trabajar. Cualquier otra interpretación que incluya al inmigrante irregular en el Sistema de Seguridad Social implicaría, de un lado, un trato más favorable de este inmigrante respecto de aquél que se encuentre legalmente en nuestro territorio y haya obtenido las correspondientes autorizaciones y, de otro, un doble pago por

¹²⁶ STS de 25 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1184), F.J. 5º: “*para poder obtener una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo laboral no es imprescindible que la acreditación de la relación laboral y de su duración lo sea exclusivamente a través de los medios establecidos en el párrafo segundo del art. 124.1 del Real Decreto 557/11 ..., pudiendo acreditarse por cualquier medio de prueba válido*”.

¹²⁷ En este punto se discute sobre la exigencia de firmeza de estas resoluciones. Cerezo Mariscal (2016, p. 156) entiende que la firmeza es necesaria, mientras que Carbajal García (2012), con el que concordamos, indica que ésta no parece ser la voluntad del legislador al no mencionarlo expresamente, por lo que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

¹²⁸ Navas-Parejo Alonso, 2010, pp. 184-185.

parte del empresario, como obligación de cotizar y como sanción, que entra en conflicto con lo establecido en los arts. 42 y 59.2 del Real Decreto 84/1996.

En consecuencia, podemos afirmar que la normativa prevé, sobre la base de la existencia de una sanción al empresario, la no inclusión del trabajador en el campo de aplicación de la Seguridad Social¹²⁹. Por ello, no es posible dar de alta a las inmigrantes irregulares sin proceder antes a su regularización tal y como la describimos en el apartado anterior o por otros medios.

Ahora bien, debemos aclarar que, aunque no pueda solicitarse el alta, ello no implica que las inmigrantes irregulares queden totalmente desprotegidas. En primer lugar, porque el art. 14.3 LOEx reconoce a los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. Así mismo, el art. 36.5 LOEx reconoce una protección derivada de la actualización de contingencias profesionales¹³⁰, es decir, por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, que debe inferirse de la referencia a los “*supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle*”. Esto entronca con lo dispuesto en el art. 42.2 del Real Decreto 84/1996 sobre los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda sólo a estos efectos¹³¹.

Como vemos, aunque no pueda solicitarse el alta en la Seguridad Social se recurre a la ficción del alta presunta o de pleno derecho del art. 166.4 LGSS¹³² para dispensar la adecuada protección en el caso de contingencias profesionales¹³³ (siempre que sean compatibles con su situación). De esta forma se estaría incluyendo a las inmigrantes irregulares dentro del Sistema, sólo a estos efectos, como si estuvieran en situación regular; ahora bien, sin que ello suponga una modificación administrativa y excluyéndose expresamente la protección por desempleo.

No obstante, en lo que se refiere a la protección por contingencias comunes, la doctrina no es pacífica, entendiéndose una parte que no existe base jurídica suficiente para poder otorgarla¹³⁴, mientras que otra, interpretando el párrafo segundo del art. 42.2 del Real Decreto 84/1996, defiende que, pese a que el trabajador no está incluido en el Sistema de Seguridad Social (ni siquiera por la vía de la ficción como en el caso anterior) porque no está en alta ni puede estarlo, sí podría tener derecho a ella (aunque no pueda exigirla de la misma forma ni con la misma cobertura), dado que el precepto carecería de sentido si no fuese así¹³⁵.

X Conclusiones finales

- PRIMERA: Javier Manuel ha cometido un delito de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud mediante una red internacional dedicada a este tipo de actividades, por lo que ha de condenársele a prisión de 9 a 13 años y 6 meses, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, dos multas de 500 a 1.500€ cada una y el decomiso de los efectos y ganancias del delito (10 gramos de cocaína, los 10.000€ del vehículo de Francisco y los 45.000€ de su domicilio).

¹²⁹ *ibid.* p. 194.

¹³⁰ Rubio Velasco, 2016, p. 258.

¹³¹ Precepto que debe aplicarse también a los extranjeros irregulares de países que non han ratificado dicho Convenio por aplicación en todo del principio de reciprocidad, tal y como establece el art. 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario en el Régimen General de la Seguridad Social.

¹³² Rubio Velasco, 2011, pp. 787-788.

¹³³ González Ortega, 2010, p. 249.

¹³⁴ Rubio Velasco, 2016, p. 258.

¹³⁵ González Ortega, 2010, p. 251.

- SEGUNDA: Javier Manuel también es autor de un delito de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico realizado en su condición de empresario, por lo que deben imponérsele las penas de prisión de 3 años y 3 meses a 6 años, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 2.230.000 a 3.345.000€, inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio de 3 a 10 años y el decomiso de las ganancias obtenidas (el vehículo de Francisco y el millón de euros hallado en la cuenta del Banco Santander).
- TERCERA: Como autor de un delito de tenencia de armas prohibidas, le corresponden a Javier Manuel las penas de prisión de 1 a 3 años, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior en 3 años a la pena de prisión impuesta y el decomiso de las armas objeto del delito.
- CUARTA: De igual forma, Javier Manuel es autor de un delito contable, por lo que ha de condenársele a las penas de prisión de 5 a 7 meses, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio en base a la especial relación de este derecho con el delito cometido.
- QUINTA: Debido al beneficio directo que han experimentado “Olé S.L” y “Noruega S.L” por la comisión del delito contable, también habrá de condenarse a cada sociedad a una multa de 6 meses a 1 año.
- SEXTA: Todos los delitos que ha cometido Javier Manuel han de apreciarse en concurso real, pero el máximo de cumplimiento efectivo de las condenas de prisión no podrá exceder de 20 años.
- SÉPTIMA: Francisco y Álvaro José son autores de un delito consumado de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, tratándose de una red internacional dedicada a este tipo de actividades, por lo que ha de condenárseles a las penas de 9 a 13 años y 6 meses de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Así mismo, podrá acordarse también en esta causa el decomiso del vehículo de Francisco y del millón de euros hallado en la cuenta bancaria a nombre de ambos.
- OCTAVA: No procede la imposición de multa por el delito anterior puesto que no consta en los antecedentes de hecho la cantidad con la que han traficado. Sin embargo, sí sabemos que Francisco poseía 10 gramos de cocaína, por lo que le corresponden dos multas de 500 a 1.500€ y el decomiso de la sustancia y los 10.000€ hallados en su vehículo.
- NOVENA: Ha de condenarse a José Ramón y Juan José, como autores de un delito tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, tratándose de una red internacional dedicada a este tipo de actividades, a las penas de 9 a 13 años y 6 meses de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena y dos multas multa de 40.000 a 120.000€. Así mismo, se acordará el decomiso de los 800 gramos de cocaína adulterada y de los 40.000€ en ganancias obtenidas con su venta.
- DÉCIMA: También son autores de un delito de amenazas no condicionales de mal constitutivo de delito, por lo que les corresponden las penas de 6 meses a 2 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- UNDÉCIMA: Así mismo, ambos han cometido un delito de estafa, que conllevará las penas de 6 meses a 3 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- DUODÉCIMA: Se impondrán a María, como autora de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, las penas de 3 a 6 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y una multa de 40.000 a 120.000€. Se acordará también en esta causa el decomiso de los 800 gramos de cocaína adulterada que ha comprado.
- DÉCIMO TERCERA: La intervención de las comunicaciones de los investigados, que afecta a los derechos reconocidos en los arts. 18.3 (secreto de las comunicaciones), 18.1 (intimidad) y 24.2 CE (presunción de inocencia), no es procedente porque, a pesar de que la Policía ha respetado los principios de proporcionalidad, especialidad, idoneidad y excepcionalidad, no ha recabado la oportuna autorización judicial.
- DÉCIMO CUARTA: En orden a la investigación de las conductas descritas se ha practicado en el HECHO 16 una diligencia de entrada y registro en el domicilio constitucionalmente protegido de

Javier Manuel, quedando afectos los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 18.2 (inviolabilidad del domicilio), 18.1 (intimidad) y 24.2 CE (presunción de inocencia).

- DÉCIMO QUINTA: Del mismo modo, se efectúa en el HECHO 18 un registro del turismo de Francisco; sin embargo, se trata de una simple inspección ocular e incautación del cuerpo del delito, en tanto que los vehículos no pueden considerarse domicilios. En consecuencia, esta actuación no afecta a ningún precepto constitucional.
- DÉCIMO SEXTA: Así mismo, para la investigación de los HECHOS 11 a 14 y 16 a 18, se hace necesaria la entrada y registro de los pubs propiedad de Javier Manuel. Dado que se trata de un lugar público, no se vería afectado ningún precepto constitucional, excepto si se pretendiese acceder a los lugares donde se custodien documentos contables, actuación que podría conculcar el derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE, también aplicable a las personas jurídicas.
- DÉCIMO SÉPTIMA: Ante el impago de impuestos la Agencia Tributaria podrá iniciar, si Javier Manuel no ha presentado las autoliquidaciones del IVA y el IS o si quiere comprobar su veracidad o exactitud, los procedimientos de control de presentación de autoliquidaciones, comprobación limitada, inspección tributaria o verificación de datos. Examinados los datos oportunos extenderá una propuesta de liquidación si fuere oportuno y procederá a exigir la deuda mediante un procedimiento de apremio, pues el período voluntario ya ha finalizado.
- DÉCIMO OCTAVA: Así mismo, la Agencia Tributaria deberá iniciar un procedimiento sancionador en base a las infracciones que han cometido las sociedades de Javier Manuel por haber dejado de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de las autoliquidaciones del IS y el IVA (al menos cuatro infracciones muy graves) y por haber incumplido sus obligaciones de facturación y documentación. En el primer caso resulta imposible calcular la multa por falta de datos, mientras que en el segundo ascendería a 300€ por cada operación en la que no se haya emitido o conservado la correspondiente factura o documento.
- DÉCIMO NOVENA: Los investigados podrán solicitar la retractación del periódico Ciudad Santiago mediante el ejercicio de su derecho de rectificación. No obstante, ni esta solicitud ni una eventual acción de rectificación prosperarán porque el periódico no ha informado sobre hechos inexactos, toda vez que se refiere a hechos presuntos que resultaron veraces.
- VIGÉSIMA: Así mismo, los aludidos podrán solicitar que se publique a costa del periódico la eventual sentencia condenatoria que se dicte en un juicio ordinario por vulneración de su derecho al honor. Ahora bien, no se ha producido ningún menoscabo en el honor de los investigados, por lo que esta acción tampoco prosperaría.
- VIGÉSIMO PRIMERA: En tanto que no se ha apreciado vulneración del derecho al honor, tampoco podrá exigirse indemnización por dicha intromisión.
- VIGÉSIMO SEGUNDA: Respecto al derecho a la propia imagen, en caso de que el periódico hubiese difundido imágenes que no guarden relación con los hechos noticiables y permitan la identificación de los aludidos, ha de apreciarse una vulneración que podrá indemnizarse, bien en la jurisdicción civil, bien en un procedimiento administrativo ante la AEPD si es consecuencia de un tratamiento de datos y el periódico ha denegado su supresión.
- VIGÉSIMO TERCERA: La expareja de Javier Manuel no podrá solicitar la compensación por desequilibrio económico del art. 97 CC en tanto que este precepto no resulta aplicable a las parejas de hecho. No obstante, sí podrá pretender una indemnización en base al enriquecimiento injusto que Javier Manuel ha experimentado por el trabajo que aquélla ha realizado en sus locales.
- VIGÉSIMO CUARTA: La Inspección de Trabajo no podrá levantar actas de liquidación ni efectuar requerimientos de pago en base a las deudas originadas por la ausencia de alta en la Seguridad Social de las inmigrantes irregulares, puesto que al carecer de la oportuna autorización para residir y trabajar no pueden incluirse en el sistema de Seguridad Social. No obstante, sí podrá la Inspección emprender estas acciones en el caso de la expareja de Javier Manuel, dado que se halla en situación regular y, por lo tanto, la obligación de cotizar nace con el inicio de la prestación de trabajo, sin necesidad de contrato.

- VIGÉSIMO QUINTA: La Subdelegación del Gobierno en A Coruña podrá iniciar un expediente de expulsión del territorio nacional respecto de las dos inmigrantes irregulares en tanto que éstas han cometido una infracción grave por encontrarse trabajando en España sin haber obtenido previamente la oportuna autorización de trabajo. Esta infracción puede sancionarse alternativamente con multa o expulsión, atendiendo al principio de proporcionalidad.
- VIGÉSIMO SEXTA: No obstante, en caso de reunir los requisitos exigidos para la concesión de una autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral (o por otras razones excepcionales), las inmigrantes podrán evitar la expulsión y regularizar su situación.
- VIGÉSIMO SÉPTIMA: En cuanto a la situación laboral de las inmigrantes, no sería posible solicitar el alta en la Seguridad Social porque no cuentan con la oportuna autorización de trabajo. No obstante, y sin que ello suponga una modificación de su situación administrativa, sí podrá considerárselas, a los solos efectos de concederles prestaciones por contingencias profesionales, dadas de alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

XI Bibliografía

- BANDRÉS OROÑEZ, L. C. El derecho de rectificación. *La Ley*. 2016. 8837. ISSN: 1989-6913. Disponible en: <https://laleydigital-laleynext-es.accedys.udc.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE2QwU7DMB BEv6a-> [consulta: 8 de mayo de 2021].
- BRETONES ALCARAZ, F. J. 2020. *El delito de tráfico de drogas. Cometido por personas que pertenecen a una organización delictiva*. Madrid: Editorial Dykinson.
- CABEZUDO BAJO, M. J 2004. *La inviolabilidad del domicilio en el proceso penal*. Madrid: Iustel Publicaciones.
- CALAZA LÓPEZ, S. Delimitación de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. *RDUNED*. 2011. 9, pp. 43-59. ISSN: 1886-9912. Disponible en: <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=3960535&orden=354404&info=link> [consulta: 8 de mayo de 2021].
- CAMAS RODA, F. El pasado siempre vuelve: estado de la inmigración irregular y protección de los trabajadores extranjeros indocumentados. *TD*. 2018. 38, pp. 14-28. ISSN: 2386-8090. Disponible en: <https://www.smarteca.es/my-reader/SMT2015106> [consulta: 29 de abril de 2021].
- CAMPO IZQUIERDO, Á. L. La pensión compensatoria a través de las sentencias del Tribunal Supremo de la última década. *AC*. 2020. 11. ISSN: 0213-7100. Disponible en: <https://www.smarteca.es/my-reader/SMTA5500> [consulta: 5 de mayo de 2021].
- CANTERO NÚÑEZ, F. Y LEGERÉN-MOLINA, A. 2018. *Las Parejas de Hecho y de Derecho (Régimen jurídico de la convivencia “more uxorio” en España)*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi.
- CARBAJAL GARCÍA, P. El arraigo como circunstancia excepcional para poder residir y trabajar legalmente en España. *RDME*. 2012. 29, pp. 55-85. ISSN: 1695-3509. Disponible en: <https://insignis-aranzadidigital-es.accedys.udc.es/maf/app/document?srgui> [consulta: 29 de abril de 2021].
- CEREZO MARISCAL, J. M. 2016. *Praxis de la inmigración irregular en la España del siglo XXI: metodología de las migraciones irregulares y su afloramiento hacia la permanencia legal. Un estudio desde las perspectivas sociológica y jurídica*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Disponible en: http://espacio.uned.es/accedys.udc.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Jmcerezo/CEREZO_MARISCAL_JoseManuel_Tesis.pdf [consulta: 29 de abril de 2021].

- EXPÓSITO LÓPEZ, A. El delito de tráfico de drogas. *RDUNED*. 2012. 10, pp. 91-124. ISSN: 1886-9912. Disponible en: <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=4007639&orden=359946&info=link> [consulta: 7 de abril de 2021].
- FARALDO CABANA, P. 2012. *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490049211> [consulta: 29 de abril de 2021].
- FRIEYRO ELÍCEGUI, S. 2017. *El delito de tráfico de drogas*. Valencia: Tirant lo Blanch. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491433972> [consulta: 7 de abril de 2021].
- GARCÍA MIGUEL, S. y GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, J. El acceso a domicilios por razón de inspecciones tributarias. *La Ley*. 2020. 9757. ISSN: 1989-6913. Disponible en: <https://www.smarteca.es/my-reader/SMTA5972> [consulta: 22 de mayo de 2021].
- GASCÓN INCHAUSTI, F. 2019. Inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento. En: J. L. GÓMEZ COLOMER y C. M. MADRID BOQUÍN (eds.), *Tratado Sobre Compliance Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788413361796> [consulta: 21 de abril de 2021].
- GÓMEZ CORONA, E. 2014. *La propia imagen como categoría constitucional*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi.
- GONZÁLEZ BLESA, F. J. 2017. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal: revisión de un debate*. Barcelona: Universitat Abat Oliba CEU. Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/454990#page=128> [consulta: 21 de abril de 2021].
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. 2010. El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de seguridad social derivadas de contingencias comunes. En: S. GONZÁLEZ ORTEGA (coord.), *La protección social de los extranjeros en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 239-278. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788499851129> [consulta: 29 de abril de 2021].
- GRIMALT SERVERA, P. 2020. Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen: Tutela civil versus tutela administrativa. En: I. GONZÁLEZ PACANOWSKA (coord.), *Protección de datos personales*. Valencia: Tirant lo Blanch. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490333907> [consulta: 8 de mayo de 2021].
- JIMÉNEZ ROMERO, L. El delito de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos. *REDS*. 2017. 11, pp. 162-192. ISSN-e: 2340-4647. Disponible en: <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/download/articulo/6318070.pdf> [consulta: 25 de mayo de 2021].
- MARTÍN LÓPEZ, M. 2016. *La diligencia de entrada y registro en domicilio*. Santander: Universidad de Cantabria. Disponible en: <https://repositorio.unican.es/xmlui/handle/10902/8231> [consulta: 21 de abril de 2021].
- MARTÍNEZ GARZA, J.C. 2017. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/41080/> [consulta: 7 de abril de 2021].
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Y. La revisión del principio de no concurrencia de sanciones tributarias a la luz de la normativa y jurisprudencia europea. *CT*. 2011. 139, pp. 107-138. ISSN: 0210-2919. Disponible en:

<https://www.ief.es/vdocs/publicaciones/1/139.pdf#page=107> [consulta: 22 de mayo de 2021].

- 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. *EPC*. 2014. 34, pp. 511-560. ISSN: 1137-7550. Disponible en: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2081> [consulta: 20 de abril de 2021].
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. 2015. Los delitos contenidos en el Código Penal español como instrumento contra el tráfico ilícito de drogas de carácter internacional. Especial referencia a la dimensión internacional del tráfico. En: F. PÉREZ ÁLVAREZ, L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (dirs.) y L. M. DÍAZ CORTÉS (coord.), *Instrumentos jurídicos y operativos en la lucha contra el tráfico internacional de drogas: Memorias del Proyecto I.F.O. Illegal Flow Observation*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, pp. 43-66.
- MONTOYA MEDINA, D. Reflexiones en torno al alcance de la protección de seguridad social del trabajador extranjero no autorizado. *CREDIT*. 2009. 144, pp. 863-882. ISSN: 0212-6095. Disponible en: <https://insignis-aranzadidigital-es.accedys.udc.es/maf/app/document?srguid> [consulta: 29 de abril de 2021].
- MONTOYA MELGAR, A. El empleo ilegal de inmigrantes. *REDUE*. 2009. 17, pp. 17-32. ISSN: 1695-1085. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/accedys.udc.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:REDUE-2009-17-2010&dsID=Documento.pdf> [consulta: 29 de abril de 2021].
- MUÑOZ CUESTA, F.J. Imposición de condiciones lesivas a los trabajadores. *RAD*. 2018. 1, pp. 13-18. ISSN: 1889-4380. Disponible en: <https://insignis-aranzadidigital-es.accedys.udc.es/maf/app/document?srguid> [consulta: 30 de abril de 2021].
- NAVAS-PAREJO ALONSO, M. 2010. Actos de encuadramiento y cotización de los extranjeros extracomunitarios irregulares en el régimen general. En: S. GONZÁLEZ ORTEGA (coord.), *La protección social de los extranjeros en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 163-200. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788499851129> [consulta: 29 de abril de 2021].
- ORTEGO PÉREZ, F. 2019. *Instrucción sumarial y diligencias de investigación*. Barcelona: Atelier.
- PÉREZ CEBADERA, M. Á. Problemas y soluciones que surgen el caso de las separaciones de parejas no casadas. *PT*. 2014. 108. ISSN: 1697-7068. Disponible en: <https://www.smarteca.es/my-reader/SMTA205> [consulta: 5 de mayo de 2021].
- POSE, T. El Tribunal Supremo reitera su negativa y no reconoce pensión compensatoria a las parejas de hecho. *La Ley*. 2018. 9226. ISSN: 1989-6913. Disponible en: <https://www.smarteca.es/my-reader/SMTA5972> [consulta: 5 de mayo de 2021].
- PEY GONZÁLEZ, J. M. ¿Multa versus expulsión ante la estancia irregular del ciudadano extranjero? Interpretación del precepto sancionador estrella de la normativa de extranjería a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 8/10/2020 (C-568/19). *La Ley*. 2021. 9827. ISSN: 1989-6913. Disponible en: <https://www.smarteca.es/my-reader/SMTA5972> [consulta: 29 de abril de 2021].
- QUES MENA, L. El arraigo, social, económico y familiar en el Derecho de extranjería. Tratamiento legal y jurisprudencial. *La Ley*. 2008. 7066-7072. ISSN: 1989-6913. Disponible en: <https://laleydigital-laleynext-es.accedys.udc.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAkNDIyNTA7Wy1KLizPw827DM9NS8klQAbLSouIAAAAA=WKE> [consulta: 29 de abril de 2021].

- REY HUIDOBRO, L. F. 1999. *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RIBES SEVA, A. P. 2010. *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. Análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*. Barcelona: Bosch.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. 2017. Intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y smartphones. Un primer estudio a propósito de la ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal. En: J. M. ASENCIO MELLADO (dir.) y M. FERNÁNDEZ LÓPEZ (coord.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*. Valencia: Tirant lo Blanch. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491198017> [consulta: 21 de abril de 2021].
- ROMERO DÍEZ, M. Las escuchas telefónicas, antecedentes y regulación. *AFDUE*. 2014. 31, pp. 285-299. ISSN-e: 2695-7728. Disponible en: <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/download/articulo/5211403.pdf> [consulta: 21 de abril de 2021].
- RUBIO VELASCO, M. F. 2011. La protección por contingencias profesionales de los trabajadores extranjeros irregulares. En: F. J. GARCÍA CASTAÑO y N. KRESSOVA (coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*. Granada: Instituto de Migraciones. Disponible en: <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/download/articulo/4051461.pdf> [consulta: 30 de abril de 2021].
- RUBIO VELASCO, M. F. 2016. *Los derechos laborales y de seguridad social de los inmigrantes irregulares en España*. Sevilla: Universidad de Sevilla. Disponible en: <https://idus.us.es/handle/11441/36666> [consulta: 30 de abril de 2021].
- VERDA Y BEAMONTE, J. R. y VIDAL ALONSO, J. 2015. Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (I): el interés público de la noticia. En: J. VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C. 2014. *Tráfico de drogas y delincuencia conexas*. Valencia: Tirant lo Blanch. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490862995> [consulta: 7 de abril de 2021].

XII Apéndice jurisprudencial

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos:
 - STEDH de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo contra España
- Tribunal Constitucional:
 - STC de 3 de octubre de 1983 (ECLI:ES:TC:1983:77)
 - STC de 29 de noviembre de 1984 (ECLI:ES:TC:1984:114)
 - STC de 17 de febrero de 1984 (ECLI:ES:TC:1984:22)
 - STC de 26 de abril de 1999 (ECLI:ES:TC:1999:69)
 - STC de 31 de enero de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:21)
 - STC de 27 de noviembre de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:283)
 - STC de 17 de enero de 2002 (ECLI:ES:TC:2002:10)
 - STC de 23 de octubre de 2003 (ECLI:ES:TC:2003:184)
 - STC de 30 de enero de 2006 (ECLI:ES:TC:2006:26)
 - STC de 26 de enero de 2009 (ECLI:ES:TC:2009:29)
 - STC de 17 de enero de 2010, ECLI:ES:TC:2002:10)
 - STC de 4 de octubre de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:50)
 - STC de 18 de julio de 2011 (ECLI:ES:TC:2011:126)
 - STC de 23 de abril de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:93)

- STC de 19 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:216)
 - STC de 25 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:25)
- Tribunal Supremo:
- STS de 18 de mayo de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:3961)
 - STS de 11 de diciembre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:9009)
 - STS de 17 de julio de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:5442)
 - STS de 31 de octubre de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:7015)
 - STS de 20 de marzo de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:2090)
 - STS de 13 de mayo de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:3344)
 - STS de 4 de julio de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:4754)
 - STS de 14 de noviembre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:6808)
 - STS de 2 de diciembre de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:7214)
 - STS de 20 de febrero de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:1166)
 - STS de 25 de mayo de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:4248)
 - STS de 21 de noviembre de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:8485)
 - STS de 24 de febrero de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:1239)
 - STS de 16 de abril de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:2719)
 - STS de 16 de junio de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:4196)
 - STS de 14 de julio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:5154)
 - STS de 16 de noviembre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:7399)
 - STS de 12 de septiembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:5270)
 - STS de 22 de diciembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:7811)
 - STS de 16 de febrero de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:1199)
 - STS de 4 de abril de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:2633)
 - STS de 8 de mayo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2187)
 - STS de 11 de diciembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:7102)
 - STS de 29 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6835)
 - STS de 5 de febrero de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:552)
 - STS de 11 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS:2009:938)
 - STS de 21 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1864)
 - STS de 6 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2847)
 - STS de 27 de septiembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5856)
 - STS de 10 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7069)
 - STS de 12 de abril de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:2513)
 - STS de 19 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:4784)
 - STS de 8 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8293)
 - STS de 5 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8701)
 - STS de 20 de febrero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1039)
 - STS de 28 de febrero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:798)
 - STS de 24 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2264)
 - STS de 26 de noviembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5075)
 - STS de 19 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2084)
 - STS de 16 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5683)
 - STS de 29 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:613)
 - STS de 4 de abril de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1842)
 - STS de 15 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:363)
 - STS de 10 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2018)
 - STS de 13 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2360)
 - STS de 19 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3210)
 - STS de 15 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:37)

- STS de 26 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:122)
 - STS de 13 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1386)
 - STS de 12 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2523)
 - STS de 7 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3712)
 - STS de 29 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:225)
 - STS de 12 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1511)
 - STS de 23 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2987)
 - STS de 9 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3263)
 - STS de 11 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3747)
 - STS de 17 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1181)
 - STS de 25 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1184)
- Tribunales Superiores de Justicia:
- STSJ Castilla-La Mancha de 17 de septiembre de 2003 (ECLI:ES:TSJCLM:2003:2951)
- Audiencias Provinciales:
- SAP Sevilla de 14 marzo de 2013 (ECLI:ES:APSE:2013:1)
 - SAP Zaragoza de 22 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:APZ:2016:1564)
 - SAP Lleida de 30 de marzo de 2020 (ECLI:ES:APL:2020:543)