



Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación con organizaciones y grupos criminales

Caty Vidales Rodríguez

Revista Penal, n.º 30. - Julio 2012

Ficha técnica

Autora: Caty Vidales Rodríguez

Adscripción institucional: Profesora Titular de Derecho Penal. Universitat Jaume I.

Sumario: I. Introducción. II. La agravante de disposición de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte. 1. Precisiones terminológicas. 2. La mera disposición de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte. 3. La especial aptitud de los medios tecnológicos avanzados para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables: a) Medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos. b) Medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte para facilitar la impunidad de los culpables. III. Problemas concursales. IV. Conclusión. V. Bibliografía.

Abstract: In this paper the issue in question is the wisdom of introducing an aggravated form of the availability of the advanced technological and communications or transport means in the field of organized crime. Especially as, on the one hand, it is difficult to specify further the scope of the term "advanced" which is required as to the technological means cited in the precept. And, on the other hand, it is questionable whether its means by itself will be sufficient to impose the more severe penalty. But certainly the greatest challenge to be faced in their practical application is the complex issue of delimiting this form vis-à-vis other precepts, which referred to the new technologies and provided for the possibility of introducing an aggravated criminal form in the field of criminal organizations or groups.

Key words: Organized crime. Advanced technological means of communication or transportation. Penalty.

Resumen: En el presente trabajo se cuestiona el acierto de introducir como subtipo agravado la disposición de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte en el ámbito de la delincuencia organizada. Así es por cuanto que, de un lado, es difícil precisar el alcance del término «avanzados» que se exige respecto de los medios tecnológicos a que se refiere el precepto y, de otro, es discutible que baste la mera disposición de los mismos para imponer una pena más severa. Pero, sin duda, el principal escollo que plantea su aplicación práctica es su delimitación respecto otras figuras que incorporan una referencia a las nuevas tecnologías y que, en muchos casos, contemplan la posibilidad de agravar la responsabilidad penal cuando se trata de organización o grupos criminales.

Palabras clave: Delincuencia organizada. Medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte. Penalidad.

Observaciones: El presente artículo ha sido elaborado en el marco del proyecto de I+D+I titulado "Nuevas amenazas a la seguridad nacional: terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación" (referencia DER2008-05707) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Recepción del artículo: 19-11-2011.

Evaluación favorable: 14-01-2012.

I. Introducción

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, supone una sustancial modificación del Código penal. Entre las novedades que incorpora es de destacar la introducción de un Capítulo, el VI, que se ubica entre los delitos contra el orden público y que va referido a las organizaciones y grupos criminales. La razón que justifica el nuevo tratamiento jurídico-penal que se le dispensa al fenómeno asociativo obedece a los problemas que la práctica ha evidenciado respecto del más clásico delito de asociación ilícita incapaz, según puede leerse en el Preámbulo de dicha Ley, de dar una respuesta adecuada a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales¹.

Para acabar con esa situación, los nuevos artículos 570 bis y 570 ter incriminan diversos comportamientos cuya respuesta penal se articula dependiendo del nivel de participación y de la gravedad de los delitos perseguidos, en el caso de organizaciones criminales² y, atendiendo únicamente a este criterio, si se trata de grupos³. En ambos casos se establece una responsabilidad penal agravada si concurren idénticos presupuestos, a saber: que la organización o el grupo esté formado por un elevado número de personas, que cuenten con armas o instrumentos peligrosos, o que se disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

Es, precisamente, el último de los subtipos mencionados el que constituye el objeto principal de este trabajo. Y ello no porque el resto de cuestiones relacionadas con esta grave manifestación de la delincuencia carezca de interés; antes al contrario, son tantas y de tal trascendencia que, sin duda, merecen un comentario más detenido. Piénsese, a modo de ejemplo, en la propia definición de organización o de grupo criminal, la determinación del bien jurídico protegido, los nada desdeñables problemas concursales que pueden originarse, etc.

La limitación autoimpuesta obedece a que en él convergen dos de los aspectos que actualmente más preocupación generan: el crimen organizado y la llamada delincuencia cibernética o informática. La gravedad de las repercusiones de ambas modalidades delictivas es algo tan evidente que apenas si necesita ser señalado. Baste pensar que el crimen organizado en todas sus manifestaciones, incluido el terrorismo, supone unos devastadores efectos sociales, económicos y políticos. Y, del mismo modo, se ha considerado que las cibermenazas constituyen la fuente con mayor potencial de riesgo de las sociedades del futuro habiendo llegado a equipararse con los medios de destrucción masiva⁴. Y si el alcance, en uno y otro caso, justifica por sí solo, el interés que ha despertado por parte de la comunidad internacional⁵ y de los diferentes legisladores nacionales, no debe extrañar que la peligrosa combinación de crimen organizado y nuevas tecnologías genere inquietud⁶. Otra cosa es que la fórmula empleada por el

1 Sobre los inconvenientes que el delito de asociación ilícita planteaba, puede verse QUINTERO OLIVARES, G., «La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita», en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. FERRÉ OLIVÉ, J. C., y ANARTE BORRALLÓ, E. (Eds). Universidad de Huelva, 1999, p. 177 a 190 y ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Ed. Comares. Granada, 2009, p. 235 y ss.

2 A tenor de lo dispuesto en el artículo 570 bis, a quienes promuevan, constituyan, organicen, coordinen o dirijan una organización, le corresponderá la pena de prisión de 4 a 8 años si se tratase de delitos graves o de 3 a 6 años en el resto de casos; mientras que corresponderá una pena de prisión de 2 a 5 años para delitos graves o de 1 a 3 en los demás casos, si el sujeto participare activamente, formare para de ella o cooperare económicamente o de cualquier otro modo con la organización.

3 En estos casos, de tratarse de delitos contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos, la pena será de 2 a 4 años de prisión si el delito es grave y, de 1 a 3, en otro caso. Si, la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito, la sanción oscilará entre 6 meses y 2 años, si mereciese la calificación de grave y, de 3 meses a 1 año si fuese menos grave. La privación de libertad será de 3 meses a 2 años si la finalidad fuera la comisión reiterada de faltas de hurto y de 3 meses a 7 meses y 15 días en el caso de la comisión reiterada del resto de faltas.

4 Así lo pone de manifiesto MONTERO GÓMEZ, recogiendo las palabras pronunciadas por S. HENRY, director adjunto de la División del Federal Bureau of Investigation (FBI). MONTERO GÓMEZ, A., «Tecnologías para la Seguridad Interior: una industria en busca de identidad», en *Real Instituto Elcano, Documento de Trabajo 48/2009*, nota 3.

5 Es de destacar la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000 y, en el ámbito europeo, el Convenio sobre Cibercriminalidad de 23 de noviembre de 2001 y la Decisión Marco 2005/222 JAI, de 24 de febrero, relativa a los ataques contra los sistemas de información.

6 Sobre la relación entre éstas, puede verse DEL ROSAL BLASCO, B., organizada y nuevas tecnologías: algunas consideraciones fenomenológicas y político-criminales», en V.V.A.A., *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Cuadernos

legislador español pueda considerarse una buena alternativa para tratar de paliar los efectos de tan poderosa y perversa alianza.

II. La agravante de disposición de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte

1. Precisiones terminológicas

Como ha quedado dicho, el legislador considera que merecen un mayor reproche penal quienes realicen las conductas descritas en los artículos 570 bis y 570 ter cuando la organización o el grupo disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

A la vista de tal dicción literal no puede dejar de preguntarse, qué debe entenderse por «medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte». Se trata de un elemento cognoscitivo pendiente de valoración que, lógicamente, dependerá del estado en el que se encuentre la tecnología en el momento de los hechos. Bien es verdad que la fórmula empleada es escasamente respetuosa con las exigencias contenidas en el principio de legalidad, pero no es menos cierto que el legislador cuenta con limitadas opciones a la hora de regular una realidad en la que los avances se producen a una velocidad vertiginosa. En pocos ámbitos de la delincuencia como en este se refleja tan claramente la tensión entre la certeza y taxatividad que debe presidir todo enunciado normativo y la necesidad de evitar su rápida obsolescencia.

Una primera incógnita que debe ser despejada es si los medios tecnológicos avanzados de comunicación a los que se hace referencia se identifican con las generalmente conocidas como nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TICs) o, por el contrario, se trata de algo distinto.

En el primer caso, aunque ciertamente se eludirían importantes problemas exegéticos, quedaría significativamente recortado el ámbito de aplicación del precepto una vez que, en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos, se han tipificado todos los comportamientos relacionados con el empleo de las nuevas tecnologías⁷, ya sean delitos informáticos o cibernéticos, acogiendo la clasificación efectuada por ROMEO CASABONA⁸. Y, además, se ha hecho, a decir de GONZÁLEZ CUSSAC, de manera adecuada⁹. De este modo, las conductas penalmente relevantes tendrán mejor acomodo en las correspondientes figuras delictivas que, en muchos casos, contemplan la pertenencia a una organización como presupuesto de una responsabilidad penal mayor.

De mantenerse esta primera interpretación, la única posibilidad para que no quede comprometido el principio de vigencia es entender que la modalidad agravada queda reservada para aquellas hipótesis en las que pueda acreditarse la pertenencia del sujeto a la organización o grupo criminal pero se desconozca o no pueda probarse el delito concretamente cometido. De ser así, no puede dejar de denunciarse la dificultad que supone relegar la agravante para aquellos casos en los que no puede constatarse la concreta actividad delictiva llevada a cabo cuando, como hemos visto, la pena prevista en los tipos básicos de organización o grupo criminal se hace depender de la gravedad de los delitos —o faltas reiteradas— cuya perpetración constituye la finalidad o el objetivo que justifica la agrupación. Se trata, ciertamente, de un ejercicio acrobático.

Ante los inconvenientes señalados, y atendida la equiparación entre medios de comunicación y de transporte con la que opera el legislador, parece preferible optar por un entendimiento restrictivo, que identifique «avanzado» con innovador, novedoso, vanguardista y, en consecuencia, que tales medios queden reservados a

un restringido círculo de usuarios y no estén al alcance de la mayor parte de personas a diferencia de lo que ocurre con las ya no tan nuevas tecnologías¹⁰. Cuestión distinta es que, dada la ya secular lentitud con la que funciona la Administración de Justicia y la rapidez con la que se producen los cambios en este campo, una aplicación de la norma acorde con la realidad social y el contexto en el que se aplica, hagan inapreciable el subtipo pero eso forma parte de un debate diferente. Lo que, desde luego, no se evita ni en uno ni en otro caso —aunque los reparos son mayores respecto de la segunda opción— es el juicio crítico que merece el hecho de que baste con la mera disposición de tales medios y no se exija el empleo de los mismos.

2. La mera disposición de los medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte

A tenor de lo dispuesto en el segundo apartado de los artículos 570 bis y 570 ter, merecerán un mayor reproche penal quienes estén relacionados con una organización o grupo criminal que disponga de los referidos medios.

La fórmula empleada dista de merecer una valoración positiva. Y ello porque, de un lado, permite la posibilidad de que se incremente la responsabilidad penal individual en atención a factores que pueden tener poco o nada que ver con un reproche personal; y, de otro, porque quedan sin respuesta aquellos supuestos en los que sea uno solo de los integrantes de la agrupación criminal quien disponga de los mismos pero los ponga al servicio del propósito delictivo común.

Con ser importantes estas objeciones, el mayor motivo para su desaprobación radica en las serias dudas que suscita en relación con el derecho a la presunción de inocencia. Desde esta perspectiva, cabe decir que el incremento punitivo parece responder a la sospecha de que tales medios han sido o serán empleados con alguna de las finalidades que explicita el precepto y a las que luego me referiré: facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los delincuentes. Uso que, por otra parte, el propio legislador exime de probar dado que los delitos cuya responsabilidad aumenta son

independientes de la actividad ilícita que la asociación —organización o grupo— venga desarrollando aunque la severidad del castigo, como se ha visto, esté condicionada por la mayor o menor gravedad de los actos ilícitos que la conforman.

De tratarse de un delito de sospecha o, por mejor decir, de una causa de agravación basada en una presunción, la falta de respeto a las exigencias constitucionales hace innecesario cualquier comentario ulterior. Ahora bien, este entendimiento puede no ser una conclusión obligada. Para ello habría que admitir que la mayor pena obedece al hecho de que la organización o el grupo criminal cuente con los tantas veces citados medios tecnológicos avanzados con independencia del destino que a estos se les haya dado y con independencia, asimismo, del origen que tengan. En otros términos, habría que aceptar, lo que avanza ya que no es fácil, que contar con los mismos supone una mayor ofensa al orden público; bien jurídico, a cuya tutela se dirige la incriminación de las conductas que nos ocupan. Según consta en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la ubicación de las nuevas figuras se justifica, además de alterar lo menos posible la estructura del Código penal, en que la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, concluyéndose que el recurso al Derecho penal atiende al deseo de preservar los principios, derechos y libertades constitucionales.

Sin ánimo de mediar en la polémica doctrinal surgida en relación con este extremo¹¹, falta por ver si en la sociedad actual y atendiendo, precisamente, a los derechos que se invocan, puede ser objeto de un mayor reproche penal la mera disposición de los referidos medios. Al respecto, piénsese que es, precisamente el manejo de las tecnologías avanzadas lo que caracteriza las sociedades que se consideran desarrolladas de otras más tradicionales.

A diferencia del resto de supuestos que dan lugar a una respuesta penal más severa —el elevado número de personas que integran la agrupación o la disposición de armas o instrumentos peligrosos— que sí pueden suponer una afección mayor al interés tutelado por la

de Derecho Judicial. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001, p. 147 a 167 y SALOM CLOTET, J., «El ciberespacio y el crimen organizado», en *Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio*. Cuadernos de Estrategia, nº 149. Madrid, 2011, p. 131 a 164.

7 Atendiendo al Convenio sobre Ciberdelincuencia, pueden agruparse en: 1. delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos; 2. delitos informáticos en sentido estricto, y 3. delitos relacionados con el contenido (pornografía infantil, contra los derechos de propiedad intelectual, etc.). Puede verse un análisis de las principales modalidades delictivas en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Ciberdelincuencia, los delitos cometidos a través de Internet*. Oviedo, 2007; V.V.A.A., *Internet y Derecho penal*. Cuadernos de Derecho Judicial. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001; V.V.A.A., *El ciberdelincuencia. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. (Coord. ROMEO CASABONA, C. M.). Ed. Comares. Granada, 2006; y V.V.A.A., *Derecho penal informático*. (Dir. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., y DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Madrid, 2010.

8 ROMEO CASABONA, C. M., «De los delitos informáticos al ciberdelincuencia. Una aproximación conceptual y político-criminal», en *El ciberdelincuencia. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Ed. Comares. Granada, 2006, p. 9.

9 GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Estrategias legales frente a las ciberamenazas», en *Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio*. Cuadernos de Estrategia, nº 149. Madrid, 2011, p. 48.

10 Podrían constituir un buen ejemplo las comunicaciones satelitales o las tecnologías que, en los últimos tiempos, se vienen utilizando por parte de la inteligencia militar como los aviones no pilotados (RQ-1A Predator o RQ-4 Global Hawk) o la obtención de información a través de sensores de radiaciones (RADINT o MASINT).

11 En sentido crítico, puede verse, GARCÍA RIVAS, N., en V.V.A.A. (Dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.) *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, p. 506. Por el contrario, se muestran partidarios del criterio seguido VIVES ANTÓN, y CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Manual de Derecho penal. Parte Especial*. 3ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 772 y ss.

Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación...

norma, la mera disposición de los medios tecnológicos avanzados debiera carecer, según entiendo, de relevancia penal salvo que hayan sido ilícitamente obtenidos o que el destino que se les dé sea delictivo. Y, en ambos casos, la respuesta penal más adecuada ha de venir propiciada por la aplicación de la figura que corresponda.

No se me escapa que produce un gran repudio social el hecho, por lo demás muy frecuente en la práctica, de que las organizaciones criminales cuenten con más y mejores recursos que las propias Fuerzas y Cuerpos de Seguridad encargados de averiguar y perseguir los delitos que aquellas cometen pero, ni la escasez de medios ni las dificultades probatorias que presenta esta manifestación de la delincuencia, debieran servir para que la incapacidad de hacerle frente de manera eficaz se traduzca en una elevación de la pena de difícil justificación desde la perspectiva del orden público; otra cosa es, claro está, atendiendo a razones de moralidad pública.

Vemos, pues, a modo de conclusión, que ya se encuentre el fundamento de la agravante en la sospecha de que los medios tecnológicos avanzados persiguen una finalidad delictiva, ya se trate de explicar su existencia con base en un mayor contenido de injusto, lo cierto es que existen serias razones para discrepar de la decisión legislativa pero, tanto en uno como en otro caso, hay que tener en cuenta que no se penaliza la tenencia de cualquier medio tecnológico avanzado de comunicación o transporte, sino únicamente aquellos que resulten especialmente aptos para alguna de las finalidades requeridas.

3. La especial aptitud de los medios tecnológicos avanzados para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables

Pese a la equiparación que efectúa el legislador entre ambos objetivos, creo que se trata de problemáticas distintas, razón por la que, en lo que sigue, se abordarán por separado.

a) Medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos

Sorprende, en primer lugar, la alusión a «delitos» cuando tanto en la definición de organización como en la de grupo criminal se incluye, como finalidad de la asociación, la comisión reiterada de faltas.

En cualquier caso, y centrándome ya en la finalidad establecida, hay que decir que las suspicacias advertidas en relación con el derecho a la presunción de

inocencia que acabamos de ver, se hubieran evitado de exigir el empleo efectivo y no la mera disposición de los medios tecnológicos avanzados. Claro que, si así hubiera sido, la cuestión debería ser planteada en otros términos. Más concretamente, debería analizarse la procedencia de introducir una causa específica de agravación en las correspondientes figuras delictivas. Aún reconociendo que no es esta la sede adecuada para realizar este examen, no puede dejar de apuntarse el posible solapamiento que se produciría en aquellos casos que contengan una referencia a las nuevas tecnologías, ya sea en la descripción típica, ya sea como causa de exasperación de la respuesta penal.

Por poner un ejemplo, piénsese que el nuevo artículo 183 bis alude al contacto con menores a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y de la comunicación en relación con delitos de contenido sexual que involucre a menores de trece años. Y, un alusión semejante contiene el delito de descubrimiento y revelación de secretos que castiga, entre otras conductas, la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, así como el acceso a ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos. Similares problemas se plantean cuando no se incluyen referencias tan explícitas y se hace uso de la más genérica expresión de «cualquier medio o procedimiento» como así ocurre, verbigracia, en relación con el acceso a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo (artículo 197.3) o para causar daños informáticos (artículo 264).

Es cierto que en todas estas hipótesis no se exige expresamente, a diferencia de lo que sucede respecto del supuesto que se comenta, que se trate de medios tecnológicos avanzados pero, no lo es menos, que muchos de ellos pudieran merecer esa consideración, por lo que la coincidencia es evidente. Y, más clara aún la necesidad de efectuar una nítida delimitación; necesidad que se convierte en perentoria en consideración que en todos esos casos se contempla como causa de agravación de la responsabilidad criminal la pertenencia a una organización (artículos 183.4, 189.3, 197.8 y 264.3.1º, respectivamente).

Habrán casos, en cambio, en los que no se incluya referencia alguna al empleo de las nuevas tecnologías pero en los que, sin duda, su uso facilitará enormemente la comisión de determinados delitos. Si se considerase que es adecuada una pena mayor —aunque, desde luego, tampoco se trata de un aspecto exento de polé-

mica—, el dato al que habría que prestar atención es la mayor afección que puede suponer para el bien jurídico protegido y, atendido ese extremo, quizás perdiera importancia el hecho de que se trate de una organización o grupo criminal.

Y, análoga conclusión debe llegarse respecto de los medios tecnológicos avanzados de transporte; si bien en relación con éstos, las referencias son más escasas. En este sentido, debe traerse a colación la agravante de extrema gravedad que, en relación con el tráfico de drogas, recoge el apartado tercero del artículo 370. Dicho precepto autoriza la imposición de la pena superior en uno o dos grados a la prevista en el artículo 368, entre otras circunstancias, cuando se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves. No deja de resultar paradójico que ninguna de las figuras delictivas en las que la conducta consiste en cualquier modalidad de tráfico o de transporte, como podría ser el tráfico de personas, armas o contrabando, suponga una exasperación punitiva por tal motivo y se posibilite la imposición de una pena agravada a través de la vía indirecta que supone la aplicación de la agravante que se comenta.

b) Medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte para facilitar la impunidad de los culpables

Respecto de esta segunda finalidad explicitada, se hace verdaderamente difícil encontrar argumentos favorables a que la responsabilidad penal pueda experimentar un aumento atendiendo al supuesto que se introduce. Y ello porque el empleo de las nuevas tecnologías puede suponer un cierto grado de impunidad dadas las posibilidades que ofrecen los medios de encriptación y anonimización. El recurso a estas técnicas confieren cierta opacidad al ciberespacio pero, además, esta referencia al auxilio postdelictual presenta, al menos, tres aspectos que requieren de posteriores matizaciones.

Me refiero, en primer lugar, a la participación del sujeto. En el ámbito que nos ocupa es frecuente que haya un reparto de funciones —reparto que, por otra parte, ha sido advertido por el legislador al incorporarlo en la definición penal de organización— y, atendiendo a esa distribución, no será inusual que alguno o algunos miembros les corresponda tratar de conseguir la referida impunidad. Caben pocas dudas, por tanto, de que

estamos ante una intervención penalmente relevante. Lo que, en cambio, parece más cuestionable es que el empleo de los referidos medios haya de traducirse en un mayor reproche por cuanto que la mayor eficacia en evitar la sanción garantiza la propia persistencia de la agrupación y, por ende, la continuidad en la actividad delictiva que venga desarrollando. Lo que ya no está tan claro es si este comportamiento afecta al orden público o tiene una incidencia mayor en la Administración de Justicia. Y, de ser este el interés tutelado, no deja de ser perturbador que se omita toda referencia a la disposición de tales medios cuando se incriminan las conductas encubridoras.

La segunda cuestión susceptible de ser debatida está relacionada con las características propias del fenómeno asociativo y, en este sentido, habrá que determinar si el hecho de que la organización disponga de medios especialmente aptos para favorecer la impunidad de sus integrantes puede servir para dispensar un trato penal más severo a éstos. Volviendo al supuesto de que algunas personas tengan encomendada la misión de evitar el descubrimiento de los delitos cometidos en el seno de la agrupación, falta por ver si tratar de encubrir al resto de integrantes de la organización o grupo no podría ser considerado un supuesto de autoencubrimiento impune, atendidos los solidarios vínculos que se establecen entre ellos y que pueden estar basados en relaciones familiares, de pertenencia a una misma etnia u otras que cohesionen el grupo como la ideología, la clandestinidad o la existencia de códigos de conducta comunes¹². Se trataría, en consecuencia, de ver si al sujeto le es exigible un comportamiento distinto.

Ello enlaza con la tercera de las cuestiones anunciadas porque, como es sabido, la impunidad del autoencubrimiento tiene como límite la comisión de un delito distinto y bien pudiera suceder que la disposición de los medios tecnológicos avanzados, o por mejor decir, el empleo de éstos a los efectos explicitados, tuviera una relevancia penal distinta. Dejando a un lado las conductas consistentes en acceder a sistemas informáticos con el fin de suprimir o borrar el rastro del delito que, de concurrir los requisitos exigidos, tendrá cabida en los artículos 197.3 o 264 del Código penal, resulta de obligada referencia el delito de blanqueo de capitales. Así es por cuanto que, de un lado, se trata de un delito

¹² Los aspectos criminológicos de la criminalidad organizada han sido puestos de manifiesto, entre otros, por MEDINA ARIZA, J. J., «Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado», en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. FERRÉ OLIVÉ, J. C., y ANARTE BORRALLÓ, E. (Eds.). Universidad de Huelva, 1999, p. 109 y ss., y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La Criminalidad, organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Ed. Dykinson. Ministerio del Interior. Madrid, 2005, p. 43 y ss.

claramente relacionado con la delincuencia organizada¹³ y, de otro, la intervención postdelictual que supone puede verse extraordinariamente facilitada por medio del empleo de las nuevas tecnologías y, más aún si, como requiere el precepto, son avanzadas¹⁴.

De este modo, se forma un complejo entramado normativo de difícil solución entre el delito de blanqueo, la agravación correspondiente por pertenencia a una organización —o, en su caso, por ser jefe, administrador o encargado de la misma— y las nuevas modalidades recogidas en los artículos 570 bis y 570 ter. A todo ello hay que sumar la responsabilidad penal derivada del delito o delitos cometidos que originan los bienes que se blanquea¹⁵ y que, atendiendo a los delitos más estrechamente relacionados con el crimen organizado (tráfico de drogas, de armas o de personas, por citar tan sólo algunos ejemplos), no será infrecuente que, a su vez, contengan subtipos agravados que contemplan, precisamente, la existencia de una estructura organizativa.

No es éste, sin embargo, el único ámbito de la delincuencia en el que se dan situaciones conflictivas. Precisamente, en previsión de las mismas, se introduce el apartado segundo del artículo 570 quáter si bien, como tendremos ocasión de comprobar en el apartado siguiente, puede avanzarse ya en este lugar que dista de proporcionar resultados plenamente satisfactorios.

III. Problemas concursales

La decisión legislativa de hacer coexistir los nuevos delitos relacionados con organizaciones y grupos criminales y los subtipos agravados que acompañan determinados comportamientos delictivos provoca una eviden-

te superposición normativa que, a todas luces, debiera haberse evitado. Hasta ahora, en relación con el delito de asociación para delinquir, se venía entendiendo que la aplicación de las causas específicas de agravación eran de aplicación preferente en atención al principio de especialidad¹⁶; sin embargo, el trato dispensado a estas hipótesis concursales ha de ser necesariamente distinto en atención a lo dispuesto en el último párrafo del apartado segundo del ya citado artículo 570 quáter. Se aboga ahora a favor del principio de alternatividad o consunción impropia que, como es sabido, obliga a optar por la penalidad más severa. De este modo, se altera el orden de prelación de los principios llamados a resolver el concurso aparente de normas penales que establece el artículo 8 del Código penal y que, como no es menos conocido, únicamente autoriza la aplicación de la pena más grave en defecto de otro criterio.

Este proceder, por esa sola razón, merece ya un juicio negativo pero, por si no fuera suficiente, hay otro motivo para el desacuerdo. Y es que con la defectuosa técnica legislativa empleada se obliga al intérprete a una labor exegética que requiere de un esfuerzo absolutamente desmedido y, lo que aún es peor, sin que el mismo se vea compensado por un resultado exento de importantes objeciones. Como es obvio la solución de cada caso concreto dependerá de las circunstancias que concurran y, según entiendo, el carácter general de las presentes consideraciones me exime de un casuístico y pormenorizado análisis de todas las situaciones conflictivas que pueden darse. Baste pensar que, en algunos casos, la elección depende del grado de participación del sujeto en el entramado organizativo¹⁷; y, en otros, de si el subtipo contiene una alusión

a los grupos criminales o únicamente va referido a organizaciones¹⁸.

Como digo, en determinados supuestos la elección a favor del subtipo específico o a favor de la aplicación de los nuevos delitos es extremadamente compleja y, sin embargo, es absolutamente necesaria. Y ello no sólo por cuanto posibilita o no la aplicación de la agravante objeto de este comentario, sino por las distintas consecuencias penológicas que derivan en uno u otro caso. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que, de concurrir con cualquiera de las otras circunstancias, se permite la elevación de la pena en un grado. Además, los nuevos delitos conllevan en todo caso la inhabilitación especial por un tiempo superior entre seis y diez años al de la duración de la pena privativa de libertad, inhabilitación que no en todo caso acompaña a los pertinentes subtipos agravados —salvo que lo haga como pena accesoria— y, cuando lo hace, suele tener idéntica duración que la pena de prisión.

Pero, sin duda, el mayor desajuste punitivo se produce en relación con la posibilidad prevista en el apartado cuarto del nuevo artículo 570 quáter. A tenor de lo allí dispuesto, se faculta a jueces y tribunales para que rebajen la pena en uno o dos grados si el sujeto abandona la actividad delictiva y colabora con la Justicia para alguno de los fines que allí se explicitan. No se trata de una técnica premial desconocida, sino que tiene idéntico alcance a la prevista en materia de terrorismo en el artículo 579.4 y de narcotráfico en el artículo 376¹⁹. Con independencia de la valoración que pueda merecer este trato de favor, no puede obviarse que el hecho de que se circunscriba únicamente a los delitos referidos a organizaciones y grupos criminales, dificulta aún más la obligada elección.

IV. Conclusión

A lo largo del presente trabajo han quedado expuestas las razones que permiten cuestionar el acierto y la conveniencia de la posibilidad de imponer una pena más severa a quienes integren o sean responsables de una organización o formen parte de un grupo criminal cuando, por parte de la agrupación, se disponga de me-

dios tecnológicos avanzados especialmente aptos para facilitar la comisión de delitos o la impunidad de los culpables.

El primer motivo de discrepancia lo constituye la indeterminación que supone el hecho de que se exija que los medios tecnológicos hayan de ser «avanzados». Una vez tipificados todos los comportamientos relacionados con las nuevas tecnologías parece obligado concluir que, con tal cláusula, se está aludiendo a algo distinto. El legislador ha preferido delegar en el juez la valoración de tal extremo y, de este modo, el justiciable queda privado de la posibilidad de predecir las consecuencias legales de su actuar que, como es sabido, garantiza el principio de legalidad.

No menor es la crítica que merece atendiendo a que el incremento punitivo viene motivado por la mera disposición de tales medios; medios que, por otra parte, deben tener una especial aptitud para servir a algunos de los propósitos indicados, a saber: facilitar la comisión de los delitos o la impunidad de los culpables. La sospecha que encierra es difícilmente compatible con las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia. Pero es que, además, debe tenerse en cuenta que esos medios tecnológicos avanzados a los que el precepto se refiere son valorativamente neutros, únicamente debieran adquirir relevancia penal si su obtención ha sido delictiva o si han sido empleados con una finalidad de estas características. Y, tanto en uno como en otro caso, creo que el texto punitivo alberga otras medidas que, sin duda, pueden ofrecer una respuesta penal más adecuada.

En relación, precisamente, con las finalidades exigidas no tiene fácil explicación el hecho de que pueda agravarse la responsabilidad penal porque tales medios sirvan para facilitar la comisión de determinados delitos mientras que no se establezca respecto de ellos un incremento punitivo similar. Y, por parecidas razones, puede resultar difícil de entender que quien cometa un delito merezca una respuesta penal más severa por utilizar todos los medios a su alcance con el fin de evitar la impunidad de sus actos. Todo ello desconociendo, como la práctica ha evidenciado, que son numerosas

13 Señalan esta relación CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*. Ed. Dykinson. Madrid, 2000, p. 13 y ss. y FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Blanqueo de capitales y criminalidad organizada», en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. FERRÉ OLIVÉ, J. C., y ANARTE BORRALLO, E. (Eds.), Universidad de Huelva, 1999, p. 85 a 98.

14 Sobre las relaciones entre el blanqueo y las nuevas tecnologías, puede verse, MILITELLO, V., «Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías», en *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*. Coord. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R. Ed. Colex. Madrid, 2001, p. 177 y ss.

15 Aunque esta cuestión ha sido ampliamente debatida por la doctrina y por la jurisprudencia, la reforma viene a zanjar esta discusión al establecer en el artículo 301.1 del Código penal que es punible la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes procedentes de un delito cometido por la misma persona que lleva a cabo alguno de estos comportamientos tipificados.

16 Es de destacar la importancia en relación con el delito de tráfico de drogas. Sobre tal cuestión, puede verse GARCÍA RIVAS, N., «Criminalidad organizada y tráfico de drogas», en *Revista Penal Praxis*, nº 2, 1998, p. 23 a 33; JOSHI JUBERT, U., «Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1995, p. 657 a 683.

17 Ciertamente desconcertante es el resultado que arroja la comparación entre el subtipo agravado en el delito de trata de seres humanos (artículo 177 bis 6 del Código penal) y las nuevas modalidades que se introducen en los artículos por cuanto que si el sujeto es un mero partícipe es más grave la pena prevista en el artículo 570 bis; pero si ostenta una responsabilidad mayor (jefe, administrador o encargado), vendrá en aplicación la causa específica de agravación.

18 Como así sucede en relación con el delito de daños informáticos recogido en el artículo 264 del Código penal o respecto de las conductas relacionadas con el tráfico de drogas (art. 368 y siguientes).

19 Sobre las cuestiones problemáticas que suscita la misma en relación con los delitos terroristas —aunque idénticas consideraciones pueden hacerse en relación con los delitos relativos al tráfico de drogas— véase, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del «arrepentido»*. Ed. Dykinson. Madrid, 2004; CUERDA ARNAU, M. L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Ministerio de Justicia e Interior. Madrid, 1995; QUINTANAR DÍEZ, M., *La justicia penal y los denominados «arrepentidos»*. Ed. Edersa, Madrid, 1996; y, más recientemente, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La Criminalidad... op. cit.*, p. 183 y ss.

Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación...

las ocasiones en las que ambos propósitos se consiguen sin necesidad de recurrir a sofisticados medios tecnológicos; basta para elevar la potencialidad lesiva con que quien tenga conocimientos altamente especializados acerca del manejo de las nuevas tecnologías los ponga al servicio del crimen.

En otro orden de consideraciones, es preciso señalar que el legítimo deseo de hacer frente a una de las manifestaciones más graves de la delincuencia y hacerlo, además, eficazmente no justifica el arsenal punitivo de que hace gala el legislador que, pese a introducir los nuevos delitos referidos a organizaciones y grupos criminales mantiene causas específicas de agravación en relación con las conductas delictivas que con mayor frecuencia llevan a cabo tales agrupaciones. La previsión expresa de que el conflicto debe resolverse optando por el sanción más grave obliga a una labor interpretativa de considerable dificultad y lo que aún es más censurable, provoca importantes desajustes penológicos, como ha sido expuesto.

Desde luego, no es fácil dar una respuesta a un fenómeno tan complejo como el asociativo pero en nada contribuye la enmarañada situación que se crea y que refleja, más bien, la propia incapacidad para hacerle frente. Desconozco si el trato unificado que debería dispensársele ha de venir propiciado por la desaparición de los mencionados subtipos o, en cambio, hubiera sido preferible no introducir los nuevos preceptos que ahora se incorporan, ya que tanto uno como otra opción presentan indudables ventajas y serios inconvenientes. En cualquier caso, cualquiera de las dos alternativas constituye una opción preferente frente al solapamiento advertido.

V. Bibliografía

ANARTE BORRALLA, E.,
 - «Conjeturas sobre la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ, J. C., y ANARTE BORRALLA, E. (Eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Universidad de Huelva, 1999, p. 13 a 57.
 - «Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal en la sociedad de la información», en *Derecho y conocimiento*, vol. 1, p. 191 a 257.
 ARQUILLA, J. y RONDVELDT, D., *Redes y guerras en red. El futuro del terrorismo, el crimen organizado y el activismo político*. Madrid, 2002.
 BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitencia-*

rios derivados de la conducta del «arrepentido». Ed. Dykinson. Madrid, 2004.
 CANCIO MELIÁ, M., «Delitos de organización. Criminalidad organizada común y delitos de terrorismo: algunas consideraciones sobre el modelo de regulación en la nueva reforma penal española», disponible en <http://www.ilecip.org/revista-e.html>
 CUERDA ARNAU, M. L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Ministerio de Justicia e Interior. Madrid, 1995.
 CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*. Ed. Dykinson. Madrid, 2000.
 DEL ROSAL BLASCO, B., «Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: algunas consideraciones fenomenológicas y político-criminales», en V.V.A.A., *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, p. 147 a 167.
 FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Cibercrimen, los delitos cometidos a través de Internet*. Oviedo, 2007.
 FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Blanqueo de capitales y criminalidad organizada», en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. FERRÉ OLIVÉ, J. C., y ANARTE BORRALLA, E. (Eds.), Universidad de Huelva, 1999, p. 85 a 98.
 GARCÍA RIVAS, N.,
 - «Criminalidad organizada y tráfico de drogas», en *Revista Penal Praxis*, nº 2, 1998, p. 23 a 33;
 - *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. V.V.A.A. (Dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.
 GÓMEZ TOMILLO, M., Responsabilidad penal y civil por los delitos cometidos a través de Internet. Ed. Aranzadi, 2006.
 GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Estrategias legales frente a las ciberamenazas», en *Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio*. Cuadernos de Estrategia, nº 149. Madrid, 2011, p. 85 a 127.
 JOSHI JUBERT, U., «Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1995, p. 657 a 683.
 MARTÍNEZ GARAY, L., «El nuevo delito de pertenencia a 'organizaciones y grupos criminales' (Art. 385 bis) en el proyecto de Reforma del Código penal», en *Iustel. Revista General de Derecho Penal*, nº 7, mayo 2007.

MEDINA ARIZA, J. J., «Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado», en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. FERRÉ OLIVÉ, J. C., y ANARTE BORRALLA, E. (Eds.). Universidad de Huelva, 1999, p. 109 a 134.
 MILITELLO, «Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías», en *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*. Coord. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R. Ed. Colex. Madrid, 2001, p. 177 a 186.
 MONTERO GÓMEZ, A., «Tecnologías para la Seguridad Interior: una busca de identidad», en Real Instituto Elcano. Documento de trabajo 48/2009.
 MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la Red*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1999.
 NAVARRO BONILLA, D., «Medios tecnológicos e Inteligencia: bases para una interrelación convergente», en *Arbor* CLXXX, 709, 2005, p. 289-313.
 ORTS BERENGUER, E., y ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.
 QUINTANAR DÍEZ, M., *La justicia penal y los denominados «arrepentidos»*. Ed. Edersa, Madrid, 1996.
 QUINTERO OLIVARES, G., «La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita», en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. FERRÉ OLIVÉ, J. C., y ANARTE BORRALLA, E. (Eds.). Universidad de Huelva, 1999, p. 177 a 190.
 ROMEO CASABONA, C. M., «De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal», en *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Ed. Comares. Granada, 2006, p. 1 a 42.
 ROSAS, M. C., «Ciberespacio, crimen organizado y seguridad nacional», disponible en <http://alainet.org/active/46432&lang=es>

RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., y GONZÁLEZ AGUDELO, G., «El factor tecnológico en la expansión del crimen organizado», disponible en http://www.ciidpe.com.ar/area3/FACTOR_TECNOLOGICO_EN_CRIMEN_ORGANIZADO_RUIZ_Y_GONZALEZ.pdf
 SALOM CLOTET, J., «El ciberespacio y el crimen organizado», en *Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio*. Cuadernos de Estrategia, nº 149. Madrid, 2011, p. 131 a 164.
 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La Criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Ed. Dykinson. Ministerio del Interior. Madrid, 2005.
 V.V.A.A., *Internet y Derecho penal*. Cuadernos de Derecho Judicial. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001.
 V.V.A.A., *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Cuadernos de Derecho Judicial. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001.
 V.V.A.A. *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. (Coord. ROMEO CASABONA, C. M.). Ed. Comares. Granada, 2006.
 V.V.A.A. *Derecho penal informático*. (Dir. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., y DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Madrid, 2010.
 VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSAC, J. L., y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Manual de Derecho penal. Parte Especial*. 3ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.,
 - *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Ed. Comares. Granada, 2009.
 - «Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de 'participación en organización criminal'», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., / MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., y DIEGO DÍAZ-SANTOS, R., (coords.), *El Derecho penal ante la globalización*. Ed. Colex, 2002.