

CRIMEN ORGANIZADO, INTERNET Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

ELOY VELASCO NÚÑEZ

Juzgado Central de Instrucción 6 de la Audiencia Nacional

1.- A modo de introducción: la criminalidad en grupo organizado y nuevas tecnologías.

La criminalidad organizada, como manifestación de la participación criminal en el delito con fórmulas de concertación delictiva que superan la mera individualidad, siempre ha estado vinculada a las nuevas tecnologías.

a) Las manifestaciones del delito realizado asociadamente siempre han implicado la necesidad de mantener al grupo en permanente contacto.

La planificación, la coordinación, el reparto de tareas deben manifestarse en las fases preparatorias y ejecutivas del delito mismo exigiendo, cuando menos, el uso de las tecnologías de la comunicación, que así se caracterizan, en un primer estadio, como *medio instrumental* para posibilitar e incluso para potenciar su acción conjunta.

Medio instrumental para la coordinación de su acción criminal caracterizado cada vez más por su diversidad (teléfono, correo-electrónico, fax, ordenador, carta, telegrama,...) y la pluralidad de soportes (audio, video, electrónico, papel...) que potencian las fórmulas para lograr, y mantener al margen de los investigadores, el concierto delictivo.

Medio instrumental que específicas modalidades delictivas de comisión en grupo –singularmente el terrorismo– usan también como medio de propaganda para hacer conocer sus ilícitas actuaciones, justificándolas y ofreciendo un soporte ideológico que pretenda explicarlas, e incluso que igualmente utilizan también como vía de captación y recluta de futuros integrantes, simpatizantes, colaboradores, etc.

Dentro de las especificidades técnicas de cada medio concreto de comunicación, cuando de enfrentarlo se trate con los preceptos y dentro de la legalidad que conlleva el Estado de Derecho, exigirá el respeto de las garantías propias de los derechos –eso sí, paradójicamente individuales, de cada componente del grupo– que afecten al secreto de las telecomunicaciones (Art. 18.3 CE) y a su intimidad, digamos convencional (Art. 18.1 CE) e informática (Art. 18.4 CE), sirviendo para simplificar y crear un cuerpo de doctrina jurídica que empiece a dar un tratamiento común a tanta diversidad.

b) Por otro lado, las nuevas tecnologías abren la puerta a novedosas maneras de vehicular los ataques a bienes jurídicos convencionales (v. gr.: estafas a cuentas bancarias a través de las técnicas de robo previo de información de claves y

contraseñas de acceso a la Banca electrónica en el Phishing), e incluso permiten el ataque a las novedades mismas que esas tecnologías implican y a los progresos y bienes jurídicos que traen (v. gr.: ataques con virus gusano a servidores informáticos para borrar información).

Es el uso de las nuevas tecnologías *como objeto de ataque* en sí mismo, que, dependiendo de la modalidad delictiva, cada vez se ejecuta más de forma organizada y en grupo de delincuentes.

La respuesta del Derecho a este segundo supuesto ha operado en dos planos:

En el especial, ha pasado de interpretar y aplicar los tipos delictivos convencionales de los clásicos Códigos Penales hasta que no ha sido posible forzarlos –estirarlos– más, a combatir la nueva fenomenología mediante la creación de específicos delitos concretos para enfrentar los nuevos ataques, defendiendo así bienes jurídicos de nuevo cuño (como la información, la seguridad en Internet, etc.), y en muchos de los cuales empieza a aparecer como característica, la agravación específica de su realización en concertada.

Así, en el Art. 189.3 e), en el 271 c) y en el 276 c) CP se habla de “*organización /asociación*”¹, por ser previos a la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, y con total falta de sistemática en lo que se refiere a este tema, en el Art. 197.8 CP, se habla ya de “organización o grupo criminales” y en los Arts. 264.3, 1º y 399 bis.1, 1º CP sólo de “organización criminal”², parece que excluyendo a los grupos criminales que se dediquen a causar daños o denegaciones de servicio informáticos y a los que falsifiquen tarjetas bancarias y cheques de viaje.

En este terreno, no obstante, son todavía muchas las reformas que quedan por acometer, debiendo quizá crearse nuevos tipos penales, especialmente en materia de ciberterrorismo y en el de la confección y uso de botnets y de determinados programas informáticos maliciosos (especialmente troyanos y puertas traseras).

En el plano general, ha surgido un nuevo tratamiento penal de la delincuencia organizada misma que, a su vez, ha pasado de ser una agravante genérica de mera codelinquencia (como era el caso de la agravante de cuadrilla en la parte general del Código Penal de 1944, en su Art.10.13, para el que existía cuadrilla cuando el delito

¹ “Incluso de carácter transitorio”, continúa diciendo la ley, que en este delito de distribución de pornografía infantil no se ha adaptado a la aparición de los conceptos de organización y grupo criminal que entraron en el CP por reforma de LO 5/2000, de 22 de junio, y a la exclusión de la transitoriedad, precisamente por conformar esta una posible característica exclusivamente de los “grupos criminales”.

² Lo mismo ocurre, por ejemplo, en el delito contra la salud pública, con la agravación específica de “pertenencia a organización delictiva”, del Art. 369 bis CP, que, como en estos dos casos, con no tratar la transitoriedad del concierto para traficar droga, parece haber olvidado la irrupción de los “grupos” junto con las “organizaciones” criminales de los Arts. 570 bis, ter y quáter CP, de modo que la agravación específica, en una interpretación sistemática y pro reo, debe excluir las transitorias y no permanentes, y, en definitiva aquellas que no cumplan los requisitos del Art. 570 bis, 1, 2º CP.

lo cometían más de tres malhechores armados), a una modalidad en la parte especial de la delincuencia contra el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, como ocurre en nuestro CP actual de 1995, en concreto, la del asociacionismo ilícito (viejos artículos 515-521 CP), que finalmente ha pasado a considerarse (Arts. 570 bis, 570 ter y 570 quáter CP) de manera específica, como un capítulo con entidad propia rubricado como “De las organizaciones y grupos criminales”, que para el fenómeno del terrorismo se ha singularizado igualmente como: “De las organizaciones y grupos terroristas” (Art. 571 CP), y que en el contexto europeo y español se analizan en el próximo epígrafe.

El tratamiento penal descrito, no obstante, convive, dentro de un esquema mixto, por la consideración del legislador del concierto estructurado delictivo como agravación específica en ciertos delitos informáticos concretos (difusión de pornografía infantil –Art. 189.3 e) CP–, descubrimiento y revelación informática de secretos –Art. 197.8 CP–, daños y denegaciones de servicio informáticos –Art. 264.3, 1º CP–, falsificación de tarjetas bancarias y cheques de viaje –Art. 399 bis 1, 1º CP–) que excluye, ante la interdicción de la doble incriminación por lo mismo –non bis in ídem–, la punición del agrupamiento delictivo por separado –como sin embargo continúa ocurriendo, por ejemplo, en las estafas informáticas y con tarjetas bancarias (Art. 248.2 CP), falsificaciones documentales de documentos electrónicos hechas por ordenador (Art. 392 CP) y terrorismo informático (Art. 571 CP), realizadas en grupo organizado–.

No explica el legislador por qué en algunas infracciones delictivas prefiere considerar la concertación delictiva como una agravación específica que conlleva penas que trascienden a la superior en grado –Art. 189. 3 CP–, penas exclusivamente superiores en grado –Art. 197.8 y 264.3, 1º CP– o penas tan solo en la mitad superior - Art. 399 bis 1, 1º CP, y en otras - Art. 248.2, 392 CP y 571 CP–, como un delito autónomo de organización (que con agravantes puede alcanzar la pena de 8 a 12 años de prisión), de agrupación criminales o terroristas que operará en concurso real con el delito acompañante.

2.- Tipos: grupos y organizaciones criminales

La LO 5/2010, de 22 de junio, tras reconocer la incapacidad del delito de asociación ilícita para responder a los diferentes supuestos de agrupaciones y organizaciones criminales que operan en la vida real, y de lo que era exponente la “escasa aplicación”³ del Art. 515 CP, separó, dejando para este exclusivamente la

³ Lo cual es relativo, pues basta con poner en un buscador de jurisprudencia penal la expresión “asociación ilícita”, para comprobar, por ejemplo en el del CENDOJ del CGPJ, que los años 2008 y 2009, se atañen 1312 resoluciones, de las que 579 son sentencias, vinculadas a este tipo penal de actuación en grupo de tan compleja instrucción.

criminalidad asociada vinculada a la auténtica extralimitación⁴ del derecho de asociación consagrado en el Art. 22 CE, y llevó a un capítulo nuevo (el capítulo VI del título XXII del libro II del CP) la criminalidad en organización o grupo, para lo que introdujo los Arts. 570 bis, ter y quáter del CP, amparándolos bajo la ubicación sistemática de los delitos contra el orden público, -así como el Art. 571 CP para el concreto supuesto del terrorismo⁵-, en su intención de ordenar este complejo panorama, como se derivaba del hecho de suprimir del CP -DA1ª LO 5/2010- el término “banda armada”, porque algunas no lo estaban.

Nuestra sensación es que lo que empezó siendo un tipo penal exclusivamente creado para enfrentar esas extralimitaciones al derecho de asociación consagrado en el Art. 22 CE, pensado en organizaciones paramilitares, grupúsculos ideológicos violentos, discriminatorios y racistas, bandas, tribus urbanas y pandillismo violento, etc, -dotadas y vinculadas a específicas ideologías que no alcanzaban el grado de terrorista- pasó, por permitirlo la literalidad del primer párrafo del Art. 515 CP, y por la influencia de determinados tipos penales extranjeros y agravaciones específicas como la existente en los delitos contra la salud pública, así como por la irrupción de grupos criminales en muchos casos conformados por ciudadanos no nacionales altamente especializados y profesionalizados en la comisión de ciertas infracciones, a aplicarse igualmente para la punición de las agrupaciones fácticas de delincuentes dedicadas exclusivamente a eso: a cometer delitos⁶, a modo de reacción punitiva acumulada contra el plus de potencialidad lesiva que mostraba este fenómeno criminal.

Analizando tanto la reciente jurisprudencia de las Audiencias Provinciales como la del Tribunal Supremo, parece que enfrentaban un asistemático compendio de supuestos concretos en los que sobre la base de una desordenada exigencia de

⁴ “Ejercicio abusivo, desviado o patológico” dice la exposición de motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio.

⁵ El hecho de que la reforma LO 5/2010, de 22 de junio, suprimiese el Art. 515.2 y el 516 CP para llevar la pertenencia al terrorismo desde el asociacionismo ilícito al actual campo de los meros delitos contra el orden público -donde antes de la reforma se contenían ya el resto de manifestaciones concretas de exteriorización terrorista-, no supone sino acercarse a la realidad de que las manifestaciones modernas del terrorismo se desvinculan cada vez más del mero asociacionismo político (ETA; GRAPO-PCE(r)), que no de la ideología compleja que las baña (yihadismo, nacionalismo violento, grupos antisistema), y por encima de los nombres concretos y de la no expedición de carnets que acrediten la pertenencia asociativa anómala, se han convertido en auténticas organizaciones criminales a cuyo lado están mejor ubicadas sistemáticamente, porque más que asociaciones contrademocráticas, son delincuentes antidemocráticos, aunque participen de sendas características.

⁶ En las 1312 resoluciones sobre asociación ilícita citadas de los años 2008/2009 se imputan como delitos acompañantes, entre otros, los vinculados a la prostitución coactiva, robos con fuerza en casa habitada, robos con violencia, receptación, extorsión, amenazas graves, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, falsificaciones documentales, homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, tenencia ilícita de armas, estafas....

requisitos que concurrían en unas resoluciones para no hacerlo en otras⁷, parecían reservar el tipo penal sólo para casos graves de delincuencia grupal en los que la comisión por varios delincuentes denotaba, frente a una hipotética comisión individualizada, una potencialidad tan extraordinaria que exigía una respuesta penal añadida, amparándola bajo la que ofrecía el Art. 515 CP, sin analizar si ello atacaba el bien jurídico asociativo que le daba cobertura.

Analizando esa realidad la Exposición de motivos de la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio reseñaba que los grupos y organizaciones criminales “no son realmente asociaciones sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva”, a veces carentes de forma o apariencia jurídica alguna salvo en los casos en que adoptaban alguna para precisamente transgredir la legalidad.

En consecuencia, al no derogar y mantener el Art. 515 CP para penar nueva y exclusivamente la perversión del bien jurídico asociativo concebido por el Art. 22 CE, las características diferenciadoras de éste con los delitos atinentes a las puras organizaciones y agrupaciones criminales de los Arts. 570 bis, ter y quáter del CP, se determinan:

-por la exclusión de la concurrencia de cualquier ideología en ellas, ya que se limitan a la pura y dura comisión de delitos y

-por atacar no el derecho de asociación, sino el orden público.

En ese sentido, continuaba la Exposición de motivos de la reforma que la introdujo indicando que las organizaciones y agrupaciones criminales además de “multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva” de las infracciones a que se dedican, se caracterizan, cualitativamente por “generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquellas, ...alterando a tal fin el funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado”, y, añadimos nosotros, ocasionan una compleja y específica manera de perseguirlos procesalmente, analizada someramente más abajo, que la singulariza de la delincuencia cometida individualizadamente.

Queriéndolo o no, la “acción destructiva de estas agrupaciones criminales” afecta a “la calidad de la democracia”, mediante su actuación, que incide sobre la “seguridad jurídica, la legalidad y los derechos y las libertades de los ciudadanos”, situándose la reacción penal “en el núcleo mismo del concepto de orden público”, deviniendo así en otra característica singular y nuclear necesaria para la concurrencia de estas modalidades criminales.

⁷ Lo que se explica porque la delincuencia de concertación criminal es un fenómeno sumamente complejo, plural y mutante, que constantemente está presentando diversas caras, estructuras novedosas, cambiantes modus operandi, procedimientos criminales diversos, etc.

Así sentadas las cosas, ese ataque no ideologizado de un conjunto de personas que delinquen afectando especialmente el orden público, adopta dos modalidades:

-Organización criminal, regulada en el Art. 570 bis CP⁸, que, además de lo anterior, se singulariza por exigir “una estructura con vocación de permanencia” que la define y diferencia de los meros grupos criminales.

De esta manera la organización criminal se caracteriza exclusivamente por:

1.- un conjunto de más de dos personas (elemento cuantitativo).

2.- concertados en la idea criminal y coordinados para ejecutarla (elemento finalístico, que conforma el *pactum sceleris* del que deben participar los integrantes), que consiste en cometer delitos o faltas reiteradamente, y sobre el que basculan todas las consideraciones de la culpabilidad, que también debe analizarse en conjunto.

3.- con carácter estable o por tiempo indefinido (elemento de durabilidad y permanencia en el tiempo), que si se especializa y convierte en método de vida, las singulariza como organizaciones criminales profesionales, lo que no es en sí imprescindible.

4.- con reparto de tareas y funciones (elemento instrumental), muy vinculado al concierto señalado como elemento 2º, y

5.- que por su potencialidad lesiva afecte además de a los bienes protegidos por la concreta actividad que realicen, al orden público igualmente, considerado el conjunto de los elementos precedentes de modo que suponga un plus a la mera codelincuencia (elemento subjetivo).

Elementos como el carácter piramidal, jerárquico o en red de la estructura organizativa, el uso o no de medios importantes y especialmente idóneos para conseguir el fin perseguido, o la sustituibilidad, fungibilidad y contingencia de sus integrantes no aparecen exigidos por el legislador.

Otros, como el elevado número de miembros –que deberá ir concretando la jurisprudencia de los Tribunales–, la detentación de armas o instrumentos peligrosos –que no concurrirá precisamente en las organizaciones dedicadas al tráfico de armas para evitar la doble punición por lo mismo–, el uso 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 (de lo que se trata infra) , o el tipo de delitos concretos a que se dediquen, se convierten en agravaciones específicas.

⁸ Art. 570 bis.1,2º CP: “A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”.

Todas ellas por separado implican la punición en la mitad superior de la pena.

Sin embargo, mientras que las tres primeras circunstancias, si concurren cumulativamente –dos o tres–, obligan a la imposición de las penas a la superior en grado, la cuarta (la comisión concertada de delitos contra la vida, integridad, libertad, libertad e indemnidad sexual o trata de seres humanos), que igualmente conlleva la imposición de la mitad superior de la pena, si concurre con sólo una de las otras tres, no eleva de grado la pena, sin perjuicio de que el Tribunal, por concurrir dos agravaciones específicas, manteniéndose en la mitad superior, se acerque, al fijar la pena en concreto, más a su máximo punitivo.

-Grupo criminal, regulado en el art. 570 ter CP⁹, caracterizado como una organización de menor integridad y cohesión, reservada y definida por exclusión, según la Exposición de motivos, para “otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen los elementos estructurales” de la organización criminal, por no poseer una “estructura con vocación de permanencia”, y que conforman otras figuras “de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes”, esto es, que reúnen las características que hemos enumerado de aquella como 1,2 (sólo que puede referirse a una acción delictiva aislada o transitoria, sin necesidad de reiteración), 4 y 5.

La estructura de ambas infracciones responde a un esquema similar sólo diferenciado por la mayor intensidad en la mella al orden público y en el carácter más complejo de la organización frente al grupo criminal, pues la primera debe responder al “deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico” y desde luego se define por su “estructura con vocación de permanencia”.

El sistema punitivo de la organización criminal está dividido y queda más agravado según se sea su promotor, constituyente, organizador, coordinador, dirigente, o sólo participante activo, integrante, cooperador económico o activo, por un lado, y según se dedique a delitos graves o a otras infracciones que alcanzan por disposición legal incluso a las faltas reiteradas, por otro.

Respecto de lo que deba entenderse por “delitos graves” en el art. 570 bis CP, y por delitos “graves” y “menos graves” en el art. 570 ter CP, aunque constituye materia muy opinable por la confusión que nuevamente genera el legislador, somos partidarios de interpretar el concepto como asimilable a “delitos que lleven aparejada pena grave”, y, en su caso, “delitos que lleven aparejada pena menos grave” coincidiendo con las normativamente señaladas en el art. 33 CP, y ello por ser,

⁹ Art. 570 ter.1, in fine CP: “A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas”.

tratándose de una norma de establecimiento de pena concreta, más favorable al reo, amén de por ser sistemáticamente más ordenado –lo que importa a los efectos de ayudar a determinar el órgano competente para la instrucción y para el fallo–, y por hallarnos en el ámbito penal y no procesal.

Igualmente, el concepto “delito grave” o “menos grave” debe interpretarse conforme a la pena del delito base en abstracto, sin atender a la concreta, una vez sumadas las agravaciones específicas concurrentes y el plus que, por ejemplo, la continuidad delictiva pudiera añadir.

En los grupos criminales, por el contrario, se impone la misma pena al constituyente o líder, que a quien financie la actividad o integre el grupo, no disponiendo nada específico para quienes, fuera de la financiación, cooperen episódicamente con el grupo criminal en la aportación de elementos importantes para el cumplimiento de su actividad criminal (v. gr.: en la aportación de medios, programas informáticos o instrumentos cualificados para el delito de que se trate) lo que debe abandonarse a las fórmulas generales de la participación delictiva del Art. 29 CP.

Por otro lado, para el grupo criminal, se distingue igualmente la respuesta punitiva a partir de la gravedad penológica de las infracciones criminales que traten de cometerse.

En resumen, y de esta forma, el sistema punitivo queda conforme al siguiente esquema:

Organización criminal

4-8 años: promotor, constituyente, organizador, coordinador, dirigente → si delitos graves
3-6 años: promotor, constituyente, organizador, coordinador, dirigente → si delitos menos graves o faltas reiteradas
2-5 años: participante activo, integrante, cooperador económico o activo → si delitos graves
1-3 años: participante activo, integrante, cooperador económico o activo → si delitos menos graves y faltas reiteradas

Grupo criminal

2-4 años: constituyente/líder, financiero o integrante → si al menos un delito grave contra la vida, integridad, libertad, libertad e indemnidad sexual o trata de seres humanos
1-3 años: constituyente/líder, financiero o integrante → si delitos menos graves contra la vida, integridad, libertad, libertad e indemnidad sexual o trata de seres humanos
6 meses-2 años: constituyente/líder, financiero o integrante → si al menos un delito grave que no sea contra la vida, integridad, libertad, libertad e indemnidad sexual o trata de seres

humanos
3 meses-1 año: constituyente/líder, financiero o integrante → si delitos menos graves que no sean contra la vida, integridad, libertad, libertad e indemnidad sexual o trata de seres humanos o faltas reiteradas de hurto
3 meses- 7 meses y 15 días: constituyente/líder, financiero o integrante →faltas reiteradas que no sean hurto.

El art. 570 quáter CP, común para ambas formas del concierto delictivo, organizaciones o grupos criminales, obliga a la disolución de estos –si estuvieran formalizados, cosa poco común– y permite asimismo la aplicación a ellos de las consecuencias del Art. 31 bis (¿se referirá a las previstas en el Art. 33.7 c) a g) CP?).

Asimismo añade para sus autores la pena accesoria obligatoria de inhabilitación especial para actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la que realizaba la organización /grupo criminal, por un tiempo superior de entre 6 y 20 años al de la duración de la pena privativa de libertad impuesta, lo que en la delincuencia informática debería suponer la exclusión del negocio de servicios informáticos para los condenados a este tipo de infracciones.

Habría que crear un Registro para que se pueda hacer efectiva esa inhabilitación, porque el negocio informático con mucho no pasa por los controles ni registros de los Ministerios, y esperar a las acusaciones por quebrantamiento de condena a pena de inhabilitación especial, no es una solución efectiva.

Sin embargo la realidad sociológica muestra cada vez la participación en este tipo de delitos de profesionales de la informática, física, ingeniería, etc.

Finalmente, si la conducta de concierto delictivo organizado o grupal estuviera comprendida en otro precepto del CP, el concurso de normas se resolvería aplicando el que anudase consecuencia jurídica más grave.

Analizado bajo la óptica de la normativa de la Unión Europea, el esquema español anterior coincide bastante, por ejemplo, con el concepto normativo que el art. 1 de la DM 2008/841/JAI, de 24 de octubre, sobre lucha contra la delincuencia organizada observa para la “organización delictiva” a la que define como: “una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material” y a la “asociación estructurada” como: “una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada”.

Igualmente se acerca a las definiciones que el más antiguo art. 2 de la DM 2002/745/JAI, sobre lucha contra el terrorismo da para “grupo terrorista”: “toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo” y para “organización estructurada” que reitera la DM anteriormente citada.

Sin embargo, como se aprecia, ninguna de ambas pretende la clasificación dual del binomio “organización-grupo” que de modo diferenciado establece nuestro CP, pues a la irrenunciable característica de la perdurabilidad temporal, se añade la no necesidad del reparto de tareas o de la fungibilidad de sus miembros.

Con todo, significativamente además, en lo que hace a la DM 2008/841/JAI se aparta del requisito de exigir que la actividad delictiva acompañante sean delitos penados con hasta un máximo o más de 4 años de prisión, y del objetivo de que la actividad criminal se dirija a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Compromisos políticos para reprimir los grupúsculos de profesionales dedicados a cometer reiteradamente la falta de hurto parece llevaron al legislador a abandonar la barrera punitiva de los 4 años, descendiendo la española hasta incluso alcanzar las faltas¹⁰.

Ampliar el objetivo de la actividad criminal a infracciones que no persigan el lucro, sin embargo parece plausible, como demuestra la acción grupal delictiva informática de delitos meramente intrusivos como el hacking, la distribución de pornografía infantil y el ciberterrorismo, que mayoritariamente no se cometen por ese móvil económico.

3.- Análisis jurisprudencial de la criminalidad organizada en la delincuencia informática

Han sido tan escasos los supuestos en que ha llegado al Tribunal Supremo el tratamiento de la agravante específica de “pertenencia a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio”, que se dedique a la realización de los delitos informáticos, que la jurisprudencia sobre ella apenas se reduce a la que obra en la s TS 10/12/2004 (MAZA MARTÍN), con los matices críticos de la s TS 20/09/2006 (MARTÍN PALLÍN).

Ambas concurren en supuestos de distribución e intercambio de pornografía infantil (quizá por ser el único tipo delictivo informático que expresamente la recogía antes de la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio), y junto a ellas

¹⁰ Lo que da una idea de hasta qué tipo de grupos de delincuentes –mejor “falteros”- concibe el legislador como que añaden a su mera acción delictiva un plus de lesión del orden público al actuar concertadamente, seguramente pensando en su no normativizada “profesionalidad”.

se menciona y reitera la doctrina de la s TS 10/12/2004 (MAZA MARTÍN) sin más adición en otra sobre idéntico tipo delictivo de fecha 12/11/2008 (SÁNCHEZ MELGAR), y en otra de 16/02/2010 (RAMOS GANCEDO) también vinculada a intercambios P2P de pornografía infantil, y en la que no concurriendo pruebas que vinculen al enjuiciado con organizaciones dedicadas a lo anterior, se matiza que “los intercambios masivos de archivos por Internet... constituyen el vehículo para la comisión de las acciones típicas del Art. 189 CP”, y por lo tanto, queriendo significar que no constituyen por sí solas las organizaciones a que se refiere la agravación, si no concurren el resto de requisitos que, como decimos, se analizan exhaustivamente en la s TS 10/12/2004 (MAZA MARTÍN) que pasamos a tratar a continuación.

Según la jurisprudencia previa a la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, la agravante de pertenencia a organización/grupo/asociación en delito informático, exige en principio los mismos caracteres y requisitos que en cualquier otra modalidad delincencial, aunque con sus matices respectivos en lo referente a la influencia en ellos de las nuevas tecnologías:

-En principio, y con carácter nuclear, no existe sin una pluralidad de personas coordinadas entre sí (que pueden conformar redes estructuradas formalmente), se conozcan o no personalmente, se traten o no al margen de sus contactos a través de Internet.

No hay organización o asociación sin grupo, y este supone, como principio, la existencia de varias personas.

Por decisión del legislador –Art. 570 bis 1, 2 y 570 ter 1, in fine CP–: más de dos personas.

-Como la agravante además exige la “pertenencia”, lo que excluye la colaboración accidental u ocasional, también se erige en requisito nuclear, la existencia de cierta vocación de continuidad, para que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una “cierta” continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional consorciabilidad, lo que supone una “cierta” –insistimos en la vaguedad del término– permanencia temporal en la realización de acciones encaminadas al objetivo que supone la actividad delictiva concreta de que se trate.

Sin embargo, el hecho de que la propia ley permita la agravación de las agrupaciones/ asociaciones “incluso de carácter transitorias”, -tanto en el Art. 189.3 e), como en los 271 c) y 276 c) CP, pero también en el concepto legal de “grupo organizado” del Art. 570 ter 1 in fine CP, en que esa puede ser la característica de la “organización criminal” que no concurra- lleva al TS a relativizar este elemento sustancial mediante la exigencia en ellas de una “mínima permanencia que supere la mera codelincuencia”, un si quiero no quiero, que igualmente lleva a no excluir las que se constituyan para una operación específica –esto es, la negación de la permanencia–, siempre que en ellas concurren otros requisitos más.

Es la suma de estos dos caracteres nucleares la que individualiza la agrupación /asociación/organización como característica de la agravación específica, y la separa de la mera coautoría o coparticipación.

En consecuencia, un mismo delito se puede cometer individualmente; se puede cometer en variadas fórmulas de coparticipación en grupo, conllevando o no además la agravación genérica de auxilio de personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente (Art. 22.2 in fine CP) o la oportuna agravación específica para la actividad delictiva acompañante; o se puede cometer y a la vez constituir, además, un delito autónomo añadido de organización o grupo criminal (Art. 570 bis, ter o quáter CP).

Volviendo a los requisitos de la organización/asociación criminal, el resto de los señalados por la s TS 10/12/2004 (MAZA MARTÍN) que analizamos son *adjetivos*, es decir, *no nucleares* pero sí reafirmantes de la agravación:

- Estructura jerárquica, que no supone necesariamente estructura netamente piramidal y que por ende puede concurrir perfectamente en estructuras en red como las que modernamente se conforman, máxime en grupos de personas que no se conocen personal ni físicamente pero sí mantienen una relación continuada a través de técnicas de telecomunicación, que van reconociendo esa jerarquía poco a poco mediante actos concluyentes.

- Uso de medios importantes y especialmente idóneos para conseguir el fin perseguido, de entre los que se resaltan los medios de comunicación no habituales, aunque posiblemente lo que el TS quiera subrayar es la potencialidad medial –cuanti- y cualitativa– y la dificultad de control que siempre parece mayor en las comunicaciones de un grupo que sobre las meramente individuales, a quien el aseguramiento de la ejecución exige numerosísimas cautelas más.

El constante cambio de terminales comunicativas por razones de seguridad y para dificultar un eventual control judicial-policial sobre ellas, y el uso combinado de las mismas para transmitir fraccionadamente una única información (que se vehiculiza en parte a un fijo, en parte a un móvil, en parte por el skype, y en parte por correo electrónico, por ejemplo), además de generar la consabida dificultad al investigador, es una prueba del potencial incluso económico de medios con que cuentan grupos que no pueden sino estar organizados.

- Programación de un proyecto para desarrollar una idea criminal, que a veces constituye el único nexo común entre los asociados, a quienes sólo les une el lucro, su libido, su ideología o su curiosidad por los secretos ajenos; aunque éste se vaya perfilando a medida que transcurre su planificación ejecutiva, sí debe estar claro que persigue la comisión de algún delito concreto –o, tras la reforma LO 5/2010, la perpetración reiterada de faltas–.

-Reparto de papeles y distribución y asignación específica de concretos cometidos o roles, que a su vez se caracteriza por su sustituibilidad o fungibilidad, ya que

la operación criminal debe subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada componente del grupo, de modo que, señala la sentencia, no es necesario que cada integrante del grupo conozca con detalle pormenorizado las misiones de cada cual.

De esta forma, el proyecto delictivo debe tener consistencia propia y trascender a los integrantes, con independencia de la vocación de permanencia de estos.

Se vislumbran así los caracteres que con posterioridad a esta jurisprudencia el legislador autor de la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, asumió como suyos en los arts. 570 bis, ter y quáter CP estudiados en el epígrafe anterior, aunque alguno, como el de “disponer de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte... especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables”, de tan adjetivo, se haya convertido en agravación de lo más grave.

Con estos caracteres se conforma ésta, que lo es, una circunstancia de agravación específica, y por lo tanto de interpretación restrictiva, cuyo fundamento, en consecuencia, es la mayor posibilidad de afectación al bien jurídico protegido de que se trate, penando el aprovechamiento de la red formalmente estructurada, ya que la actuación conjunta conlleva una mayor lesividad que la actuación individualizada, permitiendo una mayor facilidad para la comisión del delito, demostrando una mayor capacidad para lesionar el bien jurídico protegido, a la vez que por actuar en conjunto supone una mayor dificultad para prevenir y perseguir el delito.

El aprovechamiento del factor grupo concertado produce en definitiva un efecto “multiplicador” del mal, que debe aparejar un incremento penológico como consecuencia.

En el caso contemplado por la sentencia, se potencia el acceso al contenido ilícito prohibido –la pornografía infantil– de manera que puede obtenerla mucha más gente, muchos más usuarios, lo que convierte la actuación grupal, concertada, en un eslabón más al simple distribuir/suministrar la pornografía infantil.

Visto este panorama general, la sentencia trata de observar si dentro de la agravación que la organización/asociación/grupo criminal supone opera alguna especificidad cuando el delito se comete a través de las nuevas tecnologías.

Y la sentencia concluye afirmativamente, adecuando a esta realidad conceptos que podrían de otro modo estar desfasados, para el uso de Internet por parte del grupo, pues de la misma se infiere que utilizar la Red para delinquir en grupo supone:

- El uso de medio idóneo para actuar coordinadamente (concorre por tanto el elemento de coordinación, cohesión y aglutinamiento del grupo), y
- El uso de medio idóneo para alcanzar el fin pretendido.

En efecto, el uso de la Red por el grupo facilita la comisión del delito, dándole más capacidad de lesionar el bien jurídico protegido y por lo tanto, haciendo más difícil prevenir y perseguir el delito.

Internet potencia técnicas y da servicios que permiten difundir pornografía, intentar estafas y robos de datos, repartir documentación, pretender el reclutaje de afines ideológicos, dañar servidores o información ajena, etc, a escala (mundial y) exponencial respecto a cómo se realizaba (casi artesanalmente) en el mundo convencional previo al descubrimiento y uso del simple hacer “clic” en las páginas web, los enlaces, el correo electrónico, etc.

Y aunque es cierto que ese uso de la Red potencia igualmente la acción criminal del individuo aisladamente considerado, la suma de las actuaciones de los individuos que conforman el grupo hace su utilización proporcionalmente más grave y exponencial, obligando a dispersar y potenciar los medios de investigación contra sus integrantes.

Y también es verdad que cuando de este tipo de actuaciones se trata difícilmente el grupo se desarticula totalmente, quedándole la capacidad de actuación que no concurre cuando se detiene al delincuente solitario.

La dispersión de objetivos en la investigación contra grupos organizados conlleva si no más ineficacia, al menos, más dificultades.

No se trata de descubrir en qué nido concreto de los múltiples que tiene ha escondido la joya la urraca, sino en cuáles de los cientos de la bandada. Siempre faltarán nidos por encontrar y registrar.

Y volviendo a los requisitos de la actuación en grupo, el que potencia el uso de Internet, la coordinación y el uso de medio idóneo para alcanzar el fin criminal pretendido (con ser el vehículo natural y propio para la comisión delictiva misma, como indica la s TS 16/02/2010), no es suficiente para considerar que su mero uso implique directamente la comisión de la agravación de organización criminal en los delitos informáticos.

La s TS 10/12/2004 (Maza Martín) que analizamos señala: “la simple utilización de la red de comunicaciones informáticas supone ya el aporte del elemento de coordinación y el empleo de medio excepcional que se proyecta hacia una mayor lesividad, imprescindibles, aunque no del todo suficientes, para la consideración de la existencia de una organización criminal”.

Y la razón estriba, como venimos apuntando, en que sendos requisitos forman parte de los característicos de esa figura agravada pero al no ser esenciales ni nucleares, si no concurren con el resto de los imprescindibles, no conforman la agravación.

En consecuencia, la Red posibilita el contacto (no se analiza si hay necesidad de conocimiento personal, directo y recíproco de los componentes de la trama, que es

precisamente lo que cuestiona la s TS 20/09/2006 (MARTÍN PALLÍN) de la que nosotros discrepamos), el concierto delictivo (*pactum sceleris*), la distribución de papeles, la coordinación, el establecimiento de reglas entre ellos -y para sus posibles “lugares de encuentro virtuales”-, y por ende, una mayor agresividad delictiva.

Pero debe, además de probarse, concurrir, con los requisitos de pluralidad de integrantes, actuación concertada para un concreto fin criminal y la permanencia y durabilidad temporal que aglutine a los componentes en algo que trascienda la mera y simple coparticipación delictiva.

Por eso la agravante concurre en el caso de autos, y –permítasenos la crítica y la discrepancia científica, salvando las circunstancias meramente concurrentes en el supuesto contemplado en la s TS 20/09/2006 (MARTÍN PALLÍN) que mucho debieron pesar en la decisión que se adoptó previa al razonamiento, para conformar estricta justicia material–, también debería haber concurrido en él, en contra de la casación que operó, porque la toma en consideración de los móviles particulares del inculpado –en el caso, la satisfacción de su libido sexual con menores de edad usando un medio que la potencia, como es Internet, para buscar a otros consumidores como él e intercambiarse pornografía explícita con menores de 13 años de edad entre sí– ni es justicia *pro reo*, ni defiende los intereses sociales que el tipo penal de la interdicción de los intercambios de pornografía infantil defiende, sino al contrario, los potencia, pues lo protegido no es su tendencia sexual sino el libre desarrollo de la indemnidad sexual de los menores usados como mera mercancía en la pornografía infantil, y por tanto se evita el riesgo de elevar la pedofilia a la categoría de excusa contra toda agravación específica, que no es condición impuesta por el legislador.

Es cierto que en los supuestos muy comunes de usuarios-consumidores que acceden a sitios en la red en los que se descarga pornografía infantil o la cuelgan a disposición de otros consumidores (web, chat, foros...), va a ser difícil probar la frecuencia de acceso de los diferentes implicados, y sus relaciones entre sí, pero la connivencia concertada para lacerar el crecimiento de la libre indemnidad sexual de los menores afectados por lo distribuido, no exige, como parece señalar la s TS 20/09/2006 (MARTÍN PALLÍN) que los miembros del intercambio continuado se conozcan personalmente entre sí, más allá de sus nicks, apodos o correos electrónicos, conocimiento que perfectamente permiten y potencian las nuevas tecnologías como a nuestro modo de ver señala con acierto la s TS 10/12/2004 (MAZA MARTÍN) cuya doctrina ratifican, al reiterarla, sentencias más recientes, como las s TS 12/11/2008 (SÁNCHEZ MELGAR), y s TS 16/02/2010 (RAMOS GANCEDO).

Que los consumidores intercambiadores de pornografía infantil no se conozcan personalmente, carezcan de otro vínculo que la satisfacción de sus inclinaciones sexuales, no hagan planteamiento alguno de futuro entre sí, e incluso residan en países distintos, limitándose a aprovechar de forma temporal la posibilidad de obtener o intercambiar imágenes en foros de Internet, no significa que su

actuación concertada permanente en el tiempo no potencie la acción penal prohibida.

A veces se olvida que el tipo penal indicado no exige estructuras jerarquizadas piramidalmente, ya que cada vez lo que más concurre en Internet son los espacios de intercambio fungible y en red, sin mandamases ni líderes, más democráticos, y a modo de cooperativas –en las que los componentes que no se conocen entre sí aportan trabajo que beneficia y acrece a todos–, que los convierten precisamente en la manera de hacer el proyecto común que su afán consumidor les determina y que consiste en la actividad penada de distribuir pornografía infantil.

En resumen, y aplicándolo a la legislación actual, Internet es un medio apto para posibilitar la coordinación y el concierto delictivo estructurado en organización o grupo criminal, sin necesidad de formatos piramidales o jerárquicos, ni de que sus componentes tengan un conocimiento entre sí personal o superior al que la Red posibilita.

Usado como medio apto, pero sin coordinación a su través, tampoco se convierte en sí, lo tratamos específicamente *infra*, en agravante de medio tecnológico avanzado de comunicación (arts. 570 bis.2 c) y 570 ter. 2 c) CP)

4.- Características específicas de la delincuencia organizada referida a las nuevas tecnologías

a) Fractura y atomización de la acción criminal

La delincuencia concertada, al caracterizarse por la acción común de diversos plurales integrantes, conlleva al reparto y a veces especialización de los cometidos de cada cual.

El fin delictivo único da coherencia a los diferentes papeles y trabajos de cada integrante que, sólo sumados al final, explican y suponen el éxito de su actividad criminal conjunta.

El trabajo en cadena potencia la acción criminal cuando la cadena delictiva se pone en marcha. Pero romper toda la cadena es más complicado que sólo romper un eslabón. Hay que romperlos todos.

A diferencia del mismo delito cometido por un individuo en solitario, el crimen organizado permite que cada uno de los diversos integrantes realice sólo una parte de la acción que, penalmente hablando, y desde una concepción individualista de la responsabilidad y culpabilidad, lleva a muchas defensas a considerar que o bien es impune o bien constituye una infracción menor o sólo puede tratarse como una forma imperfecta del delito que se trata de cometer.

El papel concreto en la ejecución global de cada específico componente no deja conocer el conjunto de la acción así fragmentada y atomizada, que es por ello más difícil de prevenir, evitar, probar y castigar.

Las ramas no dejan ver el bosque.

Si se castigara la acción concreta de cada componente grupal por lo que concretamente hace cada cual —principio de culpabilidad individualista—, se perdería la perspectiva del castigo común de la acción final querida y concertada por el *pactum sceleris* —que obviamente forma parte del dolo— que es un plus, y se haría imposible la aplicación de las agravantes específicas que el legislador prevé (castigo mayor al líder, agravante de pertenencia a la organización, etc.)

Los ejemplos de la delincuencia en grupo en materia de estafas informáticas con tarjetas bancarias inauténticas, y el del terrorismo lo demuestran.

En el primer caso, unos hackers se apoderan sin permiso, accediendo a ordenadores y bases ajenas, de datos de tarjetas de crédito reales que venden anónimamente por Internet a terceros que ignoran quiénes son, pero que les pagan lo que piden; los compradores de esos datos los “montan” sobre plásticos en blanco, fabricando y creando tarjetas de crédito clonadas falsas, que a su vez también venden a terceros desconocidos; los terceros desconocidos usan esas tarjetas falsas para sacar dinero de cajeros o para adquirir mercancías nuevas que venden a cuartos desconocidos, que las revenden, sin usar y a sabiendas, por debajo del precio de mercado. En consecuencia, la suma de las partes produce la acción completa, pero las fracturas atomizadas de la acción definitiva sólo tienen en común el reparto de dinero por adelantado entre sus actores: es el dinero el que hace la unión, el motor del grupo, el aglutinante que da cohesión al grupo o grupos de desconocidos que se han concertado entre sí para delinquir con mayor efectividad.

Sus componentes entre sí no se conocen. Los datos “robados” de tarjetas reales se captan en un país, pero se venden a otro y se usan en un tercero. Es, por ejemplo, un caso similar al contemplado en la s TS 12/06/2007 (GIMÉNEZ GARCÍA) que no duda en condenar a todos por estafa informática, aunque muchos de los componentes viven en países diferentes y no tienen conocimiento personal entre sí, bastando su relación a través de Internet, de tal efectividad, que posibilita el delito itinerante entre dos países.

¿Es eso un grupo delictivo? ¿Podemos hablar de *pactum sceleris* entre personas que apenas han tratado entre sí de sus intenciones criminales —ignorancia deliberada, porque lo que han hecho no puede ser sino delictivo—, y que utilizan lenguajes diferentes para hablar y viven en ciudades de países distantes entre sí? ¿Penarles como organización/agrupación criminal además de por falsificación de tarjetas y por el fraude posterior no atentará contra el principio *ne bis in idem*? ¿El principio de culpabilidad les obliga a responder por la ejecución de su continuador en la acción fraccionada o únicamente por la parte propia? ¿Sólo se les puede acusar

a lo sumo del resultado final en su forma imperfecta como tentativa? ¿Responden los primeros sólo por descubrimiento y revelación de secretos, o por nada dado que los bancarios no son datos íntimos o secretos? ¿Los segundos, responden sólo por falsificación de tarjetas? ¿Los primeros entonces son cooperadores necesarios de lo anterior? ¿Los terceros por sólo la estafa? ¿Los cuartos sólo receptan?

El ejemplo del terrorismo es semejante. Unos captan la información para que se pueda atentar y huir; otros la ejecutan; otros la apoyan y tratan de justificar. La acción se sustenta en su fragmentación, se ejecuta parcialmente en grupo y las responsabilidades se diferencian en función de una atomización subjetiva de la culpabilidad: los primeros son colaboradores, los segundos integrantes de la banda y los terceros, meros apologetas, enaltecedores del terror. Lo que les aglutina es la ideología que comparten, que no duda en justificar su expansión o supervivencia por medios violentos.

Tanto en el ejemplo de los delitos cometidos en grupo con fines económicos como los hechos por móviles ideológicos la opción por la acción fraccionada, cometida por una suma de las realizadas por las distintas individualidades que la integran, muchas de las cuales incluso son fungibles o sustituibles entre sí, si efectivamente es concertada, aumenta su antijuridicidad/culpabilidad y debe tener una respuesta penal más agravada que la acción completa individualmente realizada.

En consecuencia, el tratamiento penal del crimen organizado, veremos, se aparta de concepciones meramente individualistas y se ataca con soluciones jurídicas diferentes en su aplicación a las que adopta para la sanción al delincuente solitario, como vamos a analizar en epígrafes posteriores.

Soluciones como el mayor castigo al líder, menor o ninguno al arrepentido, la agravante de pertenencia a la organización, el dolo conjunto por el *pactum sceleris* y la concertación del fin perseguido, etc., se dirigen precisamente a penar más lo que es más dañino, ese plus.

A lo anterior se une que los resultados lesivos de la acción criminal concertada pueden ser no sólo más dañinos y dolorosos, sino más difíciles de combatir y controlar, más difíciles de prevenir y evitar, y como prácticamente son inabarcables en su complejidad, transmiten la imagen de que el grupo criminal permanece, y es imbatible, lo que afecta al papel que en el campo del orden público debe resolver el Estado, quien, como reacción, impone consecuencias jurídicas específicas para este específico modo de delinquir, igual que en el penal en el ámbito procesal.

Pero ello choca con la concepción férreamente individualista que hasta fechas muy recientes ha imperado en los clásicos Derecho Penal y Procesal que sencillamente no contemplaban –y por ello no trataban específicamente– estas novedosas fórmulas de concertación delictiva. El Estado, dueño del *ius puniendi*, sencillamente no veía a los delincuentes concertados como socavadores de su continuidad, como

minadores de la calidad de su sistema político, como competidores por el poder¹¹, aunque sólo sea en áreas fragmentadas del espectro social.

Por ello, a la solución del incremento penológico dispar del fenómeno criminal que hemos descrito supra (que navega en la discrepancia sistemática de la sanción por actuar en grupo, unas veces abordada con el concurso legalmente ya prefijado en concretas agravaciones específicas y otras mediante el concurso real puro y duro del delito autónomo del Art. 570 bis, ter y quáter aplicado además del delito acompañante) el Estado ha ido combatiendo este fenómeno con peculiaridades tanto procesales como penales.

b) Peculiaridades procesales

El Estado amenazado por estas novedosas modalidades de delitos realizados de forma concertada por grupos u organizaciones criminales ha reaccionado en los tiempos recientes en el campo procesal introduciendo distintas peculiaridades en ese ámbito, que pasamos a analizar a continuación:

1.- La creación o el aprovechamiento de órganos especializados ya existentes como la Audiencia Nacional o los grupos policiales especializados y centralizados (Udyco, Greco, etc.), para asignarles al menos la investigación de las modalidades de actuación concertada criminal más graves y de más difícil persecución (que se tratan de compendiar en las normas de reparto competencial del Art. 65 LOPJ).

2.- El éxito consistente en detener y probar una cada vez mayor participación de los componentes del grupo, ha dado con la conformación formal de los llamados *macroprocesos*, regidos mayoritariamente por las normas del procedimiento ordinario o sumario frente a las del abreviado, que pese a su aparatoso volumen, su duración y la de las vistas y sentencia, permiten un tratamiento general de la actuación en grupo, que incrementa el alcance y la eficacia final de la lucha contra estas concretas modalidades criminales.

La no puesta a disposición simultánea a la acción de la Justicia de los componentes del grupo, y las fugas de algunos de sus componentes durante la larga tramitación de las causas, obligan continuamente a usar y abrir piezas separadas contra los no presentes y a un “goteo” de enjuiciamientos dispares en el tiempo, según van siendo presentados ante la Justicia.

3.- Aparece asimismo la necesidad de probar el desarrollo de la acción y la participación en conjunto, lo que supone fórmulas de investigación alejadas de la improvisación y de la actuación instantánea, obligando a investigaciones prolongadas en el tiempo, casi siempre vinculadas a la adopción de múltiples medidas

¹¹ Demasiada corrupción, demasiado dinero negro, demasiada degradación de la salud pública de las generaciones por venir, el cada vez mayor porcentaje de grupos que viven del delito, la aleatoriedad de las víctimas, la impunidad de “empresarios anónimos” del delito, etc., han llevado al legislador a acometer estas realidades criminales específicamente.

restrictivas de derechos fundamentales¹², que obligan a su vez a una mayor participación activa del Juez instructor en su faceta de juez de garantías¹³ y a supervisar la obtención policial de diligencias probatorias.

4.- La supervisión de la labor investigadora policial en las anteriores circunstancias –donde la garantía del control jurisdiccional es clave para mantener el Estado Democrático alejado del mero Estado policial– debe alcanzar a necesarias actuaciones policiales en la lucha contra la delincuencia concertada como son los seguimientos policiales, la cesión de datos privados e informatizados a cuerpos policiales, la utilización de información proveniente de otras investigaciones, etc.

5.- La respuesta procesal para el descubrimiento de la delincuencia concertada conlleva igualmente la aparición de específicas diligencias para la instrucción de estos delitos.

Surge así la figura del agente encubierto¹⁴ (que por disposición del art. 282 bis LECrim exclusivamente sólo se puede usar en la lucha contra lo que llama –párrafo 1º- y define-párrafo 4º-, “delincuencia organizada”, sin que paradójicamente este último párrafo 4º, reformado por LO 5/2010, de 22 de junio, lo permita para investigar precisamente los delitos penados en los arts. 570 bis, ter y quáter CP), o la pericial de análisis de información, también llamada pericial de inteligencia, que con cobertura jurisprudencial¹⁵, es un informe detallado compuesto por el estudio, obtención de datos y documentos vinculados, conexión de actos y conclusiones indiciarias sobre la composición, participación y atribución de participación delictiva de concretos integrantes en actos criminales de grupos u organizaciones realizada por expertos policiales, que realmente erige esta diligencia –asumible en todo o en parte o descartable por el Juez en el enjuiciamiento por obra del Art. 741 LECrim– en una mezcla de testifical de policías que han realizado seguimientos e investigaciones al grupo, con documental y cesión de información privada o informatizada, y pericial que expone indicios que sólo el Juez al final debe o no convalidar, tras su discusión contradictoria en juicio oral.

¹² Muchas de las cuales en parte, pero nunca exclusivamente, encuentran uno de los fundamentos para su concesión o para su prórroga, precisamente en el hecho de que son casi la única vía para conocer sus integrantes, papel, relación y modus operandi, por lo que devienen imprescindibles (además de proporcionales y útiles) para la desarticulación con pruebas y completa del complejo delictivo.

¹³ Lo que se erige, desde luego, en un argumento más para no adjudicar la instrucción de estos delitos grupales al Ministerio Fiscal, a modo, por ejemplo, de lo que actualmente ocurre en Francia.

¹⁴ Para la infiltración policial en foros y chats para la lucha contra la delincuencia organizada a través de Internet, vid. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos cometidos a través de Internet, cuestiones procesales*, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 206-213.

¹⁵ Vid., entre otras, STS 13/12/2001; 7/06/2002; 19/06/2002; 29/05/2003, 6/05/2004; 21/05/2004; 22/04/2005; 1/10/2007 y 22/05/2009 citadas en el estudio que sobre esta diligencia procesal realiza GÓMEZ BERMÚDEZ, *No destruirán nuestra libertad*, págs. 151-157, Premio de Hoy de Editorial Planeta, Madrid, 2010.

6.- Igualmente proliferan, pese a su no exclusividad en la delincuencia organizada, el uso de figuras procesales como la incomunicación o la prórroga de prisión provisional que tratan de evitar los conciertos para procurar la impunidad y el aseguramiento de pruebas y partícipes que, sin ellas, pueden desaparecer.

7.- También la potencialidad de los grupos estructurados de corromper y adulterar los testimonios de sus actividades criminales suele obligar a usar de la normativa –por cierto, bien obsoleta y poco posibilista– referente a la protección de testigos y peritos.

c) Peculiaridades penales

A la sobrepenalización específica que el aprovechamiento de la acción grupal supone para cada uno de los integrantes y que hemos contemplado que asistemáticamente el legislador unas veces pena como agravante genérica, otras como específica y otras como delito autónomo añadido a la actividad delictiva acompañante del grupo u organización, el Estado añade en el combate contra este fenómeno otras medidas penales, entre las que destacan:

1.- Las agravaciones específicas para con el líder de las organizaciones y grupos criminales.

2.- La consideración del *pactum sceleris* o concierto de propósito delictivo común como mecanismo superador de todas las corrientes individualistas de la acción y la culpabilidad de cada uno de los integrantes del grupo, que conllevan responsabilidades grupales¹⁶ a cada integrante por cooperación necesaria.

¹⁶ En el campo de la falsificación, por ejemplo, el TS suele condenar a todos, cualquiera su misión, como “cooperadores necesarios” (autores según el art. 28 b CP) siguiendo la teoría del concierto delictivo.

Así la S TS 16/02/2006, MARTÍNEZ ARRIETA considera colaborador necesario por “aporte causal a la conducta típica” de la duplicación de tarjetas, proporcionar el dato de poner en contacto con quien efectivamente después las clona, así como, en un claro ejercicio de división de funciones, tanto copiarlas, doblarlas como acometer informáticamente la incorporación de la banda magnética sustraída a otra tarjeta, ya que a partir de la primera conducta surge la potencialidad de crear dinero falso.

Se está en un caso de puesta en común de las voluntades de todos en un único y común proyecto delictivo, aunque cada integrante tenga diversos y distintos pero relevantes cometidos. Es un caso claro de coautoría (S TS 11/04/2006)

La S AN (4ª) 17/07/2006, MARTEL RIVERO, con cita de la S TS 15/12/2003, considera que la captación de tarjetas lícitas para extraer de ellas los datos de sus bandas magnéticas que sirvieron de soporte a las tarjetas clonadas, es igualmente cooperación necesaria para su falsificación pues supone “participación determinante e imprescindible para ello y concierto con los autores materiales de la fabricación falsaria”.

Excluye la posibilidad de la *complicidad* por operar la cooperación necesaria (actividad adyacente, colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material del delito) tanto desde su elemento subjetivo, el acuerdo previo para delinquir, como objetivo, su aportación eficaz, necesaria, imprescindible y trascendente en el resultado producido, no requiriéndose una nece-

Como parece indicar la s TS 10/10/2008, la acción de realización fragmentada se convierte en “el único objeto de valoración jurídica”, teniendo como referente el plan preconcebido pretendido y procurado por los integrantes del grupo investigado.

3.- Los beneficios penales para el “arrepentido”¹⁷, que en España se prevén para las tramas grupales contra la salud pública y el terrorismo¹⁸, presentando la característica de que el legislador no ha optado en ninguna de ellas por primar esa cooperación activa con la extinción de la responsabilidad, ni siquiera por extenderla a toda fórmula de concierto delictivo, que se plantea en la DM 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008 relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, como potestativa.

El testimonio del “arrepentido” –que no debe confundirse con el “colaborador” para el que el art. 22.4 CP fija su atenuación específica–, no deja de ser el de un coimputado, y por ello, su confesión exige la prestación de detalles abundantes que permitan su corroboración externa y aun la exclusión de cualquier otro móvil espurio diferente al que por su condición permite la ley.

4.- El incremento penológico del aprovechamiento de la actuación concertada para delinquir se combina sin embargo en los delitos grupales que no ofenden bienes eminentemente personales, con la aplicación de la continuidad delictiva como correctivo de atenuación.

sidad absoluta sino siendo suficiente una aportación relevante, sustancial, difícilmente reemplazable, operativamente indispensable en la dinámica objetiva del hecho delictivo de que se trate. Finalmente la S TS 3/04/2007, SORIANO SORIANO, valida las teorías de los bienes escasos, la de la *condictio sine qua non* y la del dominio del hecho para considerar como comportamiento indispensable, determinante e imprescindible y por ende como autor, la de quien mediante concierto previo, distribución de cometidos y reparto del botín obtenido, indistintamente, capta o copia datos de tarjetas auténticas mediante lectores-grabadores (*skimmers* o *chismosas*) y los traslada, como a quien los coloca en nuevas bandas magnéticas con las pistas de las originales sobre plásticos en blanco montando tarjetas falsas, como a quien las usa fraudulentamente.

¹⁷ El artículo 4 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008 relativa a la lucha contra la delincuencia organizada establece: “Todos los Estados miembros podrán (luego lo concibe como potestativo) adoptar las medidas necesarias para que las sanciones previstas en el artículo 3 puedan reducirse o no aplicarse si, por ejemplo, el autor del delito:

- a) abandona sus actividades delictivas, y
- b) proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que estas no habrían podido obtener de otra forma, y que les ayude a:
 - i) impedir, acabar o atenuar los efectos del delito,
 - ii) identificar o procesar a los otros autores del delito,
 - iii) encontrar pruebas,
 - iv) privar a la organización delictiva de recursos ilícitos o beneficios obtenidos de sus actividades delictivas, o
 - v) impedir que se cometan otros delitos mencionados en el artículo 2”.

¹⁸ En nuestro Código Penal aparece previsto, por ejemplo, en los arts. 376.1, para los delitos contra la salud pública y en el 579.4 para las organizaciones y grupos terroristas. Nada habría impedido valorar algún grado de atenuación en el art. 570 bis, ter y quáter CP.

Consecuencia del ánimo delictivo perpetuado en el tiempo y de la especialidad propia de la actividad del grupo criminal, en muchos casos, procederá aplicar esta figura, que atenuará la pena que, caso contrario, supondría la suma una a una de todas las concretas actuaciones acompañantes.

En efecto, siendo esta definida como¹⁹ “una figura jurídica que agrupa en una sola infracción compleja sancionable como delito único, una serie de acciones homogéneas realizadas en momentos distintos con unidad resolutive”, concurrirá siempre que operen en el caso concreto los siguientes requisitos:

- a) “pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales
- b) concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebra y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que estas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de los mismos
- c) realización de las diversas acciones en unas coordinadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía
- d) unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas
- e) unidad de sujeto activo
- f) homogeneidad en el modus operandi por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o tácticas de actuación afines”

De este modo la agravación que supone aprovecharse del concierto delictivo se compensa y atenúa con la reducción concursal que en los delitos no eminentemente personales procede a través de la continuidad delictiva, que exige la prueba de una “pluralidad” y no de todas las acciones cometidas por el grupo en un periodo espacio-temporal más o menos definido.

La continuidad delictiva además serviría para absorber hechos concretos anteriores al juicio que ataquen el mismo bien jurídico protegido que fueran conocidos con posterioridad cometidos por los mismos componentes del grupo, pues de lo contrario de facto se podría producir la prohibida doble punición por lo mismo.

5.- Finalmente, y para enfrentar las ambiguas responsabilidades y la escasez de prueba concreta de figuras aledañas a los integrantes de la organización o grupo criminal, que sin ser cómplices tampoco, más que actitudes activo delictivas muestran el conocimiento de las mismas, no las impiden y de alguna forma se lucran con ellas, conviene citar para reavivar las figuras del encubridor lucrativo²⁰, y del receptor del receptor, que sirven para descartar la jurisprudencia más

¹⁹ S TS 30/05/2009 (SÁNCHEZ MELGAR)

²⁰ Art. 122 y 127.4 CP

machista que caballescamente que la ha venido inaplicando, con lo de criminógeno que hacerlo ha podido suponer.

d) La agravante del uso de las nuevas tecnologías

Recogida en los arts. 570 bis.2 c) y 570 ter. 2 c) CP, eleva la pena del delito de pertenencia a organización o grupo criminal para aquel que “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”.

Como circunstancia agravante que es, exige una interpretación restrictiva que descarta penar el uso de nuevas tecnologías sin más, imponiendo sobre su aptitud para facilitar —que no evitar— los delitos acompañantes o la impunidad de los integrantes del grupo, que se trate de medios tecnológicos de comunicación o transporte de características avanzadas.

Se corre el riesgo de que la interpretación judicial de ese criterio de ser o no “avanzado” el medio tecnológico convierta la exégesis de esta agravación en un examen sobre la modernidad y el conocimiento de las aplicaciones de las nuevas tecnologías, porque esos juicios con el paso del tiempo devendrán obsoletos.

Sería absurdo enjuiciar si el uso del skype, el correo electrónico, la videoconferencia o el teléfono móvil, son o no avanzados y propicios al éxito o la impunidad de los componentes de un grupo delictivo. Sin embargo en su día se desconocía cómo interceptarlos, intervenirlos y observarlos, y ello añadía en esa circunstancia concreta en ese momento concreto, impunidad y éxito al delincuente y dificultad al investigador, que no lo han supuesto en el futuro, es decir, un déficit de defensa social que es lo que está en la base de esta agravante.

En consecuencia, deberá condicionarse el propósito legislativo a que aparezca la circunstancia como un elemento diferenciador acentuado en la dinámica comisiva y modus operandi de la organización de que se trate, por ejemplo: porque la tecnología que usan no se use comúnmente, erigiéndose en el momento de su utilización —y no de su enjuiciamiento— en un serio obstáculo para la labor de su interceptación por el investigador, potenciando espacios de impunidad.

Por ello, seríamos partidarios de que la interpretación de esta circunstancia se vincule al abuso y proliferación en el uso de tecnologías de comunicación muy novedosas de uso no cotidiano y de difícil interceptación por parte del investigador, de las especialmente sofisticadas, de las económicamente no al alcance de todo el mundo, etc.

Los medios de comunicación que usen habitualmente sistemas de enmascaramiento, ocultación, esteganografía, encriptación y cifrado, la comunicación satelital independiente de empresas de telecomunicaciones oficiales, el uso de scanner espí-

as o de aparatos de interceptación ilegal de conversaciones ajenas, o en lo que se refiere al uso de medios de transporte, aquellos que exigen conocimientos especiales para su pilotaje, altos costes de adquisición y mantenimiento, podrían acercarse a lo que se quiere penar con esta agravación específica.

e) Globalización, transnacionalidad e internacionalización de la acción criminal

Delitos que en el pasado exigían al delincuente un esfuerzo en su ejecución, hoy en día se ven precisamente facilitados por el uso de la técnica (un phishing, en un segundo puede ser lanzado al ciberespacio y en cosa de un día estafar a miles de personas, algunas incluso al mismo tiempo, pero en ubicaciones muy distantes; los virus gusano infectan miles de servidores informáticos en cosa de segundos; el dinero pasa de un banco aquí a otro en un paraíso fiscal mediante un simple teclado electrónico que dura microsegundos; las botnets robotizan miles de ordenadores en tiempo casi real, etc.). Eso hace que los simplifique, intensifique, reitere y perpetúe, no bastando con integrarlos en el esquema clásico del Código Penal en función del bien jurídico afectado, porque quizá haya llegado el momento de crear y atender alguno nuevo, y desde luego de considerar la posibilidad de definir delitos que ataquen a varios a la vez.

La afección masiva a plurales víctimas aunque sean y estén en diferentes países a la vez, la perpetuación del ataque –si la foto pornográfica no se retira de Internet, circulará aún después de muerto el fotografiado y el fotógrafo–, la transnacionalidad del hecho penal y su resultado –que obligan a romper las fronteras legales que ya no existen para delinquir–, las nuevas concepciones de la intimidad y privacidad a que conllevan, son elementos sustanciales que obligan a urgentes adaptaciones de la respuesta penal, y deben hacerlo cada vez con mayor premura pues las llamadas nuevas tecnologías cada vez forman más destacada parte de nuestra cotidianidad y lo deben hacer globalizando respuestas (de armonización penal y procesal) que eviten este “turismo penal” que privilegiadamente observamos quienes trabajamos en Juzgados especializados en delincuencia internacional.

Surge la necesidad de conocer y operar con las fórmulas de la cooperación judicial internacional (transmisión de procedimientos y denuncias, intercambio espontáneo de información, notificación y traslado de documentos procesales y resoluciones judiciales, aseguramiento de pruebas, el auxilio judicial de las comisiones rogatorias para las diligencias de investigación y probatorias, medidas restrictivas de derechos fundamentales –intervenciones corporales, registro de lugar cerrado, intervención de telecomunicaciones–, entrega y traslado de sujetos procesales: la extradición, entrega temporal, e incluso la ejecución de sentencias firmes y el traslado de personas condenadas) y a la vez analizar, como se hace en otra parte en este curso, el modo y la validez de obtener pruebas en el extranjero.

5.- Delitos informáticos cometidos en grupo

La reforma del CP operada por LO 5/2010, de 22 de junio, con la intención de incorporar el obligado desarrollo de numerosas Decisiones Marco de la Unión Europea²¹, incidió prácticamente en todos los delitos considerados más específicamente informáticos, aunque su intensidad y su relación con la comisión grupal es desigual.

Por ello, para finalizar, recordaremos a continuación brevemente las diferentes peculiaridades y especificidades jurídicas que la actuación concertada de un grupo u organización criminal puede tener sobre los delitos informáticos principales.

5.1. - Art. 189 CP: Pornografía infantil / Art. 183 bis CP: Child grooming

La elaboración, difusión, favorecimiento o posesión de material informático con menores o incapaces, en las diferentes modalidades que se penan en los diversos párrafos de este artículo, únicamente contemplan en el párrafo 3 e) del art. 189 CP la agravación para la conducta de quien pertenezca “a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.

No repetiremos aquí la interpretación jurisprudencial que sobre esta agravación específica ya hemos analizado supra. Tan sólo remarcaremos que aunque la tendencia principal y mayoritaria del TS –iniciada con la s TS 10/12/2004– (MAZA MARTÍN)²² es la de optar por una exégesis objetiva al margen de los móviles que lleven a los miembros del grupo a concertarse para ello, siempre que conlleven un refuerzo sobre el ataque al bien jurídico protegido²³ (lo que bajo nuestra óptica acertadamente hace caber en ella tanto los grupos profesionalizados como los amateur) la misma cuenta con las matizaciones para los conciertos hechos en foros o chats de Internet entre pederastas que señala la s TS 20/09/2006 (MARTÍN PALLÍN) de los que hemos discrepado más arriba.

²¹ En concreto, nos referimos a la DM 2005/222/JAI, de 24 de febrero, relativa a los ataques contra los sistemas de información y la DM 2004/68/JAI, de 22 de diciembre, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

²² Además de la anterior, las S TS 12/11/2008 (SÁNCHEZ MELGAR), y 16/02/2010 (RAMOS GANCEDO).

²³ Que se conforma, dado el mayor contenido del injusto de los ataques a menores o incapaces tanto por afectar a su indemnidad sexual –o derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado– como por el ataque a su formación y libre desarrollo de su personalidad y sexualidad, ante el hecho de que los menores tienen una mayor vulnerabilidad para ser expuestos a los delitos, una mayor dificultad para transmitir a los adultos sus problemas y sufrimientos y por los mayores daños que en su formación y evolución psíquica genera esta clase de delitos.

La agravación, por otra parte sólo afecta a las modalidades descritas en los párrafos 1 y 2 del art. 189 CP (elaboración, difusión, favorecimiento o posesión de material informático con menores o incapaces), y no a las de los siguientes.

En consecuencia, la corrupción –párrafo 4º del art. 189 CP– del menor o incapaz realizada en grupo y la producción, venta, distribución, exhibición o facilitación de material pornográfico que no use menores o incapaces pero sí su voz o imagen alterada o modificada –párrafo 7º del art. 189 CP– no podrán atender a esa circunstancia, ni servir para la constitución del delito previsto en los arts. 570 bis y ter CP, máxime tras la supresión de la agravación grupal del anterior párrafo 8º del mismo artículo, que sí las afectaba, precisamente por esta decisión del legislador, porque con ello ha elegido qué modalidades merecen la agravación y cuáles no, expulsando del concurso legal a estas dos últimas.

El hecho de que la agravación mantenga la expresión organización o asociación “incluso de carácter transitorio” se debe a que al realizar la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, no se apercibió de su existencia, pues si lo hubiera hecho, –como sí lo hizo, por ejemplo, para el tráfico de drogas respecto de la anterior redacción del Art. 369.2 CP–, habría suprimido ese requisito de la transitoriedad para encajar en la dualidad organización-grupo establecida por los arts. 570 bis y ter CP.

Sin embargo, la observación de los conciertos grupales transitorios sirve para acoger ambas modalidades –continuada en el tiempo y no– en este delito de elaboración, difusión, favorecimiento y posesión de pornografía infantil.

Si en el grupo falla el control de sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, es de aplicación lo dispuesto en el art. 189 bis CP.

La nueva tipificación en el art. 183 bis CP del llamado “child grooming”, que pena el contacto por Internet u otra tecnología con un menor de 13 años para concertar un encuentro con fines de ataque sexual, admite, al menos a título de hipótesis porque no será lo habitual, su causación en grupo, y por ello podría ser compatible con las modalidades delictuales –organización y grupo criminales– previstas en los arts. 570 bis y ter CP.

5.2.- Art. 197 CP: Hacking, acceso informático, descubrimiento y revelación de secretos informáticos, malware, troyanos, sniffers, etc.

El hecho de que el art. 197.3 CP tipifique, por un lado, el mero acceso a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo: -sin autorización, -por cualquier medio o procedimiento, -pero vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y por otro, mantenerse dentro del sistema informático ajeno en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, en lo que podríamos denominar allanamiento informático (de la intimidad) activo o pasivo, supone un adelantamiento de la barrera de protección

de la intimidad y los secretos vinculados a la privacidad que se guardan en los sistemas informáticos (protegidos como derecho fundamental por el art. 18.4 CE), que como delito instrumental obviamente va a cometerse por grupos delictivos concertados.

Junto al allanamiento informático —que otros llaman *backing blanco*, para diferenciarlo de aquel en que el acceso es el interludio del posterior descubrimiento y la todavía ulterior revelación de secretos— los párrafos 1º, 2º y 4º del mismo art. 197 CP continúan penando el husmeo inconsciente de la privacidad o intimidad de tercera persona (véase el título en que está encuadrado el tipo penal), y la revelación —más penada, obviamente— de lo así descubierto, sea directa o indirecta.

La reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, expresamente añadió el 8º párrafo al art. 197 CP para establecer que la punición por realizar las conductas de este artículo “en el seno de una organización o grupo criminal” será la de la pena superior en grado.

Lo anterior supone la admisión y la absorción en este concurso legal de sendas modalidades —organización y grupo— del concierto delictivo, operando la agravación indistintamente contra el grupo hacker tenga o no permanencia en el tiempo, lo que conlleva la incompatibilidad de añadirla como actuación acompañante de la conducta prevista en los arts. 570 bis y ter CP.

La tendencia reciente de los grupos hacker criminales en sus intromisiones informáticas delictivas (virus troyanos espías, phishings, cardings, etc.) —que no dejan de ser accesos inconscientes por cualquier medio a un terminal informático ajeno— se decanta más hacia las que tratan de captar datos para su empleo en la delincuencia económica, el llamado *backing by dollar*, que a las que persiguen el mero apoderamiento de informaciones de carácter intrusivo, lo que nosotros denominamos *backing de cotilleo*.

Por lo que se plantea el problema, dada la ubicación sistemática del art. 197 CP, de si este protege o no el apoderamiento de “informaciones” (por ejemplo de claves, contraseñas, datos económicos, datos patrimoniales), de contenido no íntimo —singularmente las necesarias para operar en la banca electrónica asociadas al phishing o a las tarjetas bancarias asociadas al carding— etc.

Nosotros entendemos que sí lo protege, de manera que el “robo de datos” constituye ya de por sí un delito del art. 197 CP sin perjuicio del concurso a que conlleve una ulterior estafa informática iniciada por esta común vía.

En efecto, no se realiza una interpretación extensiva ni descontextualizada de este tipo penal, si, como proponemos, se entiende que la intimidad que protegen los párrafos 1º y especialmente 4º del art. 18 CE, es una protección formal (como se predica por el TC de la tecnología telecomunicativa de la que Internet participa, en el art. 18.3 CE) y no meramente material, por lo que no es acertado entrar a calificar la naturaleza o no de la intimidad del “secreto” husmeado, porque

cualquier información recogida y amparada en un ordenador protegido, lo constituye, y merece la intervención penal.

El carácter semiprivado de estos delitos contra la intimidad se mantiene exigiendo el art. 201.1 CP la necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal como requisito necesario previo para poder perseguirlos, pero su párrafo 3º, cuando trata el efecto del perdón del ofendido o de su representante legal ya sólo le hace extinguir la acción penal –hasta sentencia firme, en consecuencia– a diferencia de lo que ocurría en la anterior redacción, que la extendía hasta la extinción de la pena impuesta.

Estas peculiaridades subrayan la consideración de que el bien jurídico protegible en estos delitos no es sino la intimidad como elemento disponible ínsito y propio de la víctima, del que es difícil predicar formen parte los datos o aspectos económicos –como las claves y contraseñas para operar en la Banca electrónica– o cualquier otra no estrictamente personales y reservados que sin embargo solemos ocultar en nuestros ordenadores.

No parece dejar lugar a dudas la expresión recogida en el art. 197.2 CP de “apoderarse, utilizar o modificar, en perjuicio de tercero, *datos reservados de carácter personal o familiar de otro* que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado”

Por ese motivo abogamos por una concepción “formalista” de la intimidad-privacidad informática, es decir, que no indague en el carácter secreto o no de lo protegido, escondido, guardado en el ordenador, que no distinga entre la información vinculada sobre la mismidad ontológica y cualquier otro dato o información personal reservada que no tenga carácter tan humano, como la económica, pues en definitiva, la suma y análisis de esa información puede acercarnos al conocimiento del perfil del usuario víctima de forma más intrusiva incluso que el mero conocimiento de otros datos más personales (y eso es lo que trata de proteger el art. 18.4 CE).

La garantía “formal” de la libertad que para telecomunicarse sin interferencias establece el art. 18.3 CE en combinación con su protección penal en el actual art. 197.1 CE, con independencia del contenido de la comunicación –de que verse sobre aspectos íntimos o reservados de la persona o no–, debe igualmente tratar de predicarse de la privacidad escondida formalmente en un ordenador, haciendo impenetrable el mismo para terceros –sean poder público o particulares– con independencia de qué sea lo contenido, protegiendo el continente, elevando a rango de bien jurídicamente protegido la información –cualquiera que sea– que se quiere proteger y se reserva en el ordenador, y no su vinculación con la intimidad de la persona que lo protege.

En consecuencia, la concepción “formalista” debe igualmente expandirse a la privacidad defensiva de las intromisiones informáticas a que se refiere el art. 18.4

CE, que, en este punto debe obligar a la oportuna acomodación en la protección penal del art.197.2 CP que así y ahora está perdiendo una oportunidad de oro para adaptarse a la protección que exigen los tiempos en que vivimos.

Acabaré indicando que se echa en falta el añadido de un párrafo que pene específicamente, como ocurre para las estafas y la falsificación de medios de pago, a quienes fabriquen, introduzcan, posean o faciliten programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las acciones penadas en este artículo.

Es decir, a los creadores y difusores del software malicioso de carácter intrusivo o espía, que son el eslabón inicial de muchas actuaciones delictivas grupales en Internet.

5.3. – Art. 248 CP: Estafa informática, phishings, pharminhs, estafas con tarjetas bancarias, etc.

Definida la estafa en el art. 248.1 CP como la acción mediante la cual con ánimo de lucro se usa engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno, el párrafo 2º del mismo reescribe los antiguos párrafos segundo y tercero del viejo art. 248 en uno solo, en el que asimismo se añade la estafa de tarjetas de crédito/débito, cheques de viaje y datos de ambos.

De este modo, se asimilan a los reos de estafa:

a) “los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro”.

Se trata de tipificar las estafas maquinales (no sociológicas) en que el apoderamiento económico se produce a través más de operaciones meramente informáticas o asimiladas –manipulaciones o artificios semejantes– que de meros engaños a personas, en la consideración germanófila de que no se puede engañar a una máquina.

La jurisprudencia²⁴ admite que una de las principales sea suplantar la titularidad de los datos, cuenta o tarjeta vinculada.

Por ello las estafas que se vehiculizan a través de Internet y singularmente el phishing no es propiamente una estafa maquinale sino meramente una estafa clásica, núcleo de la cual sigue siendo el error que se genera en el usuario informático que le lleva a dar –sin querer y sin ser consciente– sus claves y contraseñas bancarias o datos de tarjetas que son las que luego se usan para apoderarse de su dinero o clonarle la tarjeta.

²⁴ Ver sentencias de la sala 2ª del TS de 20/11/2001; 21/12/2004; 26/06/2006; 9/05/2007; 2/6/2007 y 30/05/2009.

En consecuencia, poco cambia las cosas la nueva estructura que mantiene la nueva redacción, reduciendo las estafas informáticas propiamente maquinales a poco más que al fenómeno marginal del pharming²⁵ y excluyendo de ellas las propias del uso fraudulento posterior de tarjetas, ahora ubicables específicamente en el punto c) de este párrafo segundo del art. 248 CP.

b) “los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo”.

Se trata de mantener la anterior solución legal para combatir la fase inicial del cada vez más usual fraccionamiento de las acciones complejas dirigidas a producir estafas en grupo *–pactum sceleris* generalmente entre desconocidos– para penar, con la misma pena²⁶ que a sus usuarios y en calidad de estafadores, la gestación y facilitación de software usado para estafar.

Software malicioso específico para posibilitar estafas en la Red que los delincuentes usuarios de Internet son incapaces de producir y generar, que se suele fabricar por técnicos especialistas en programación informática que, sin conocer a sus posteriores adquirentes, pero conscientes de que sus programas informáticos no pueden usarse con intenciones no delictivas, cuelgan y venden en la Red los mismos a quienes los instalan y expanden por Internet con clara intención estafadora, siempre a cambio de precio, esto es, cobrando por adelantado su parte del hipotético botín futuro.

Su papel de cooperador necesario sin el cual la estafa en esa modalidad no se habría producido, lo reseña el legislador tipificando ex professo su concreta parte de la acción, a la que anuda la misma pena que para la estafa.

Se acaba así con las tentaciones de las defensas que solían pedir formas imperfectas o inacabadas de la acción ante la imposibilidad acusatoria de demostrar el uso posterior de esos concretos programas o ante los gravísimos problemas de prueba sobre la conexión del programa con estafas concretas posteriormente realizadas.

Otra cosa sea la escasa aplicación práctica del mismo pues estadística y policialmente estos delincuentes estratégicos no suelen ser detenidos ni descubiertos.

c) “los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero”.

²⁵ Manipulación de los DNS para suplantar la página web en la que el usuario erróneamente cree estar, que le lleva a la in consentida cesión de los datos de interés económico que busca el delincuente.

²⁶ Tampoco me parecería desacertado incluso su punición superior, como ocurre para el creador de pornografía infantil frente a su mero distribuidor o poseedor, de cara a evitar este crucial capítulo necesario sin el cual muchas de las estafas informáticas, producidas por delincuentes con meros conocimientos de usuario, sencillamente no se producirían.

Es tal el volumen de defraudaciones cometidas con estos medios de pago que parece plausible el esfuerzo del legislador por singularizarlas, ofrecer una redacción simple del nuevo tipo penal y darle entidad específica en epígrafe aparte, sobre todo, como analizaremos más abajo, en coherencia con el diseño de su punición concreta en lo que hace a su fabricación y montaje –verdadera rama delictiva en la que se han especializado numerosas organizaciones criminales en la vida real–.

Queda el tipo delictivo exclusivamente reservado para quienes meramente estafan con estos medios de pago, de forma que no se pueda acreditar su vinculación con quienes las crean y falsifican, porque en ese caso cabría la aplicación de los oportunos concursos delictivos.

5.4.- Art. 264 CP: Cracking, daños informáticos, denegación de servicios (DoS)

El art. 264 CP tipifica los llamados daños informáticos graves (lo que introduce un concepto jurídico indeterminado, que más que por la cuantificación del perjuicio, habrá de medirse jurisprudencialmente, en función de la masa de lo atacado y la dificultad o imposibilidad de su reproducción, con especial atención a los daños a las copias de seguridad²⁷) que sin autorización se causen, por un lado, dañando, borrando, deteriorando, suprimiendo o haciendo inaccesibles los “*datos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos*” y por otro, a quien “por cualquier medio, sin estar autorizado y de manera grave –esto es, con *entidad significativa* que excluya los simplemente molestos- obstaculice²⁸ o interrumpa el funcionamiento de un sistema de información ajeno”, con acciones como introducir, transmitir, (y las mismas que en el primer párrafo) dañar, borrar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles los datos informáticos.

Se introduce así por primera vez en nuestro Código Penal la denegación de servicio (DoS)²⁹ que el legislador pena más gravemente que la propia destrucción quizá en la idea de que todo borrado y desaparición de datos es recuperable, y por ello menos dañina que la obstaculización o interrupción del servicio informático.

²⁷ La gravedad exigible en toda infracción penal se encuentra aquí como en el resto de los delitos informáticos económicos en el modus operandi delictivo ya que muchas veces lo que busca el autor es la masividad de la infección dañina a las víctimas atacadas más que en el importe del perjuicio que individualmente le cause a cada cual. Piénsese, por ejemplo, en los virus tipo gusano que tratan de infectar el mayor número posible de usuarios a la vez, y que tienen vocación de perpetuarse hasta el infinito en el tiempo. En ellos, más que calcular, se podrá como mucho estimar un perjuicio, siendo lo que realmente importa su afección a una pluralidad masiva de perjudicados, esto es, su carácter de delito-masa.

²⁸ Saturando, ralentizando o colapsando intencionadamente un servicio informático determinado. Es lo que en expresión inglesa se ha llamado “mailing bombing”, cuando se ejecuta mediante el bombardeo de correos electrónicos.

²⁹ Denial of service

La experiencia señala que la mayor parte de este tipo de ataques dañinos los suelen realizar despedido ex empleados de empresas que actúan por venganza a su despido laboral de manera aislada y en solitario.

Pero para los casos de concierto grupal el CP establece en el tercer párrafo la agravación específica de cometer la acción “en el marco de una acción criminal”, penada con la pena superior en grado, de lo que debe deducirse que el único concurso legal querido por el legislador, que excluye la aplicación del art. 570 ter CP, es el que afecta a grupos establemente estructurados en el tiempo, descartando los daños o interrupciones de servicio causados por grupos espontáneos o ad hoc.

No se puede pretender incluir en estas agravaciones las acciones consistentes en ataques informáticos activos o denegaciones de servicio que afectan a los datos o sistemas informáticos pertenecientes a servicios básicos para la convivencia (hospitales, aeropuertos, juzgados, comisarías, etc) o a las tenidas socialmente por infraestructuras críticas, siempre que en ellas concorra una finalidad terrorista, pues en este caso además de exigirse una tipificación expresa, operaría la jurisdicción de la Audiencia Nacional y, hasta que se haga, debería conllevar la imposición de la escasa agravación penológica a que se refiere el art. 574 CP, de casi imposible aplicación cuando el ataque lo realice una persona en solitario.

Los ataques DoS y de bloqueo que por razones ideológicas realizaron en el pasado reciente hackers rusos –algunos de ellos mediante espontáneas campañas improvisadas en Internet, lo que podría excluir el grupo organizado por su falta de permanencia temporal– que bloquearon el servicio informático de Estonia³⁰ y Georgia³¹, sobrepasan el concepto delictivo, pero de caer en él, deben tenerse por acciones terroristas penadas genéricamente con tan sólo la agravación del art. 574 CP, a todas luces escasamente disuasoria y que añadir a la específica del art. 264.3 CP, lo que, como a nosotros, debería especialmente preocupar al legislador.

Por otra parte, y al margen de la ley escrita, quizá convendría pensar si, ante la proliferación de empresas que se dedican a vender como servicios estos borrados de datos ajenos in consentidos y por ende delictivos, no convendría, además de la específica mención punitiva introducida con el párrafo 4º del artículo, para el caso de que de las acciones anteriores fuera responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis CP, también agravar específicamente el borrado por técnico profesional y el de los datos propios cuando afecten a intereses importantes de terceros.

Finalmente, igual que para el hacking en el art. 197 CP, se mantiene el carácter semiprivado de este delito contra la propiedad exigiendo el art. 267.2 CP la necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal como requisito necesario previo para poder perseguirlo, pero su párrafo 3º, cuando trata el efecto del perdón del ofendido o de su representante legal ya sólo le hace

³⁰ Durante nada menos que dos semanas, desde el 27/04/2007 hasta el 11/05/2007.

³¹ Ocurrido, en lo que algunos creen una cyberguerra, entre julio y agosto de 2008.

extinguir la acción penal –hasta sentencia firme, en consecuencia– suprimiendo la extinción de la pena impuesta que permitía la anterior redacción.

5.5.- Art. 270 CP: Contra la propiedad intelectual / industrial informática

Aunque el delito contra la propiedad intelectual/industrial no es propiamente un delito informático, sí puede cometerse a través de Internet, especialmente en lo que se refiere a los plagios de obras artísticas y a la comercialización de las mismas y de productos e innovaciones industriales que el infractor puede bajarse de la Red.

Queremos resaltar que además de exigir la necesidad del ánimo de lucro en esta materia, la redacción de los arts. 270.1.2 y 274.2 CP remarca la necesidad de interpretar el tipo penal conforme al principio de intervención mínima de manera que sólo la realización masiva de copias o productos con fines lucrativos y su comercialización pueden tildarse de delictivas, razón por la que la copia particular o bajarse una canción, película, artículo, etc, o imitar para uso particular un producto continúan siendo actos sin relevancia penal.

La venta de copias piratas a pequeña escala se gradúa conforme a las dos intenciones perseguidas y el principio de proporcionalidad, de modo que el fenómeno “top-manta” pasa a pensarse con multas o trabajos en beneficio de la comunidad en los supuestos de distribución al por menor, siempre que la cuantía de su ilícito beneficio sea escasa, aunque supere los 400 euros –ya que si no, constituiría meramente una falta del art. 623.5 CP– y siempre que no se realice en grupo u organización delictiva, en el reconocimiento de que se trata de delitos cometidos en situaciones de penuria económica por personas que por los beneficios que así recogen se mantienen en los umbrales de la subsistencia, y quienes los dan, no lo hacen tanto por obtener un producto deficitario a cambio, cuanto por evitar la mendicidad.

El delito contempla la agravante específica obsoleta de pertenecer a “una organización o asociación, incluso de carácter transitorio” que buscarse esa finalidad contra las propiedades intelectual e industrial, y que al quedar recogida específicamente en los arts. 271 c) y 276 c) CP, descarta la compatibilidad con la acción criminal penada en los arts. 570 bis y ter CP, convirtiendo, eso sí, la acción en siempre delictiva, descartando la falta del art. 623.5 CP, cualquiera sea la cuantía del beneficio obtenido con ella.

5.6.- Art. 399 bis CP: Carding, skimming, falsedades informáticas y de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje

Al establecer la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio en su nueva redacción del art. 387 CP que por moneda solamente se entiende “la metálica y el papel moneda de curso legal”, equiparándose a la moneda nacional las de otros

países de la UE y las extranjeras, se excluyeron de los delitos de falsificación de moneda las tarjetas de crédito, las de débito, las demás tarjetas que pueden usarse como medio de pago y los cheques de viaje, cuya protección frente a su posible falsificación se trasladó, dentro del título de las falsedades a una nueva cuarta sección del Capítulo II que se rubricó “de la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje”.

La consecuencia inmediata de tal supresión de su anterior equiparación a la moneda (moneda de plástico se la llamaba) es que la competencia para su persecución deja de residir en los Juzgados de la Audiencia Nacional pasando a serlo de los órganos judiciales ordinarios, salvo cuando los mismos “fueran cometidos por organizaciones o grupos criminales”, en cuyo caso el art. 65.1º b) LOPJ continúa adjudicando a la Audiencia Nacional su competencia (DF 3ª LO 5/2010, de 22 de junio).

Para estas actuaciones concertadas, el mismo primer párrafo del art. 399 bis CP señala que la pena se impondrá en su mitad superior “cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades”, lo que añade confusión a la norma procesal indicada –art. 65 1b) LOPJ– que, a diferencia de ésta, se refiere expresamente a organizaciones/grupos.

Entendemos, sin embargo, que esta falta de sistemática del legislador debe resolverse apreciando solamente el concurso legal cuando exista permanencia (esto es, sólo para la “organización”, como indica el CP) tal y como se deriva del hecho de exigir el tipo su “dedicación” a estas actividades, precisando una durabilidad temporal, que además de excluir el mero grupo criminal en la agravación, impide la aplicación del art. 570 ter CP como delito acompañante.

La propia disposición entra en el juego de la fragmentación de la acción criminal rebajando la pena de los llamados “pasadores” de tarjetas –quienes se dedican a realizar los ataques fraudulentos usando las tarjetas falsificadas por otros– de manera que si se puede probar que el mismo no ha intervenido en la falsificación, pero sí en su uso en perjuicio de tercero a sabiendas de la falsedad, responde con una pena muy superior a la que por idéntica acción se pena en el art. 248.3 CP si el uso inadecuado consiste en estafar, por lo que parece que este precepto quedará exclusivamente reservado para las estafas de quienes usan sin permiso fraudulentamente tarjetas auténticas no falsificadas, y para las estafas de la Banca por Internet.

Deberá en este punto poner pronto orden la jurisprudencia en el contexto de una interpretación sistemática también con el 2º párrafo del art. 399 bis CP, sobre todo en los supuestos en que el “pasador” forme parte del grupo organizado y su tarea concreta consista en defraudar sin falsificar materialmente, pero repartiendo “beneficios” con el falsificador de su fraude.

Al mantenerse el art. 400 CP, los fabricantes o poseedores de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, “programas de ordenador”, o aparatos específi-

camente destinados a la comisión de los delitos de falsedad, continúan siendo penados como los autores en la creencia de tal acción no puede tener otra intención que la delictiva.

Los captadores (hackers) de datos de tarjetas y efectos mercantiles ajenos semejantes, en consecuencia, continúan siendo autores de falsificación ahora del nuevo delito penado en el art. 399 bis CP.

En lo referente al resto de falsedades documentales, entre las que se encuentra la informática, ya que el llamado documento electrónico tiene relevancia a los efectos penales conforme permite la redacción del art. 26 CP, indicar que el párrafo segundo del art. 392 CP introduce el delito de utilización dolosa de documento de identidad falso, aún no habiendo intervenido en su confección, sea del país y haya sido confeccionado en el país que sea, siempre que pueda demostrarse su utilización en España, punto de conexión territorial que hace que el delito se haya producido en España, por lo que, de nuevo, esta modificación sustantiva hace que los documentos identificativos falsificados en el extranjero, pero usados en España, dejen de ser delitos competencia de los Juzgados de la Audiencia Nacional y pasen a serlo de la jurisdicción ordinaria.

En el mismo sentido se tipifica en el art. 399 CP el tráfico y uso de certificados falsos aunque no se haya intervenido en su confección, sean del país que sean y se hayan realizado o adquirido donde sea, siempre que sean usados en España.

Dada la proliferación de páginas web extranjeras que, ubicadas no sé sabe dónde, son usadas para conseguir certificados falsos que luego se usan en España, conseguidas a través de Internet y siendo esto lo detectado, el delito recogido en el art. 399 CP es ahora perseguible ante la jurisdicción ordinaria penal del lugar de su uso –o hasta que se descubra, de su ocupación–

La utilización de un documento, despacho, certificación o documento de identidad auténtico realizada por quien no esté legitimado para ello –art. 400 bis CP–, es decir, por persona distinta a su titular o apoderado, se equipara al uso de documento falso a sabiendas, por lo que la desaparecida utilización de identidad supuesta o falsa, vuelven a ser delito en España como era clamor que debiera ser.

5.7.- Art. 571 CP: Terrorismo informático, botnets, ataques a infraestructuras críticas

La acertada desvinculación de los delitos de agrupación criminal –esporádica reunión de delincuentes– y organización criminal –más permanente– del delito de asociación ilícita, inicialmente previsto no para combatir las agrupaciones delictivas, sino las “manifestaciones del ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación” consagrado en el art. 22 CE, y la configuración de las meras agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva –carentes casi siempre de forma o apariencia jurídica alguna o simplemente con ella para

enmascarar su actividad buscando su impunidad— como manifestaciones propias de los delitos contra el orden público en donde se las ubica definitivamente en el capítulo VI del Título XXII del Libro II del Código Penal, han llevado a aclarar la naturaleza de defensa directa de lo que es y supone un sistema democrático al penar lo que el Capítulo VII del Título XXII del Libro II denomina “organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo”.

No es propósito de este trabajo analizarlo en profundidad —con ser manifestación paradigmática de lo que es un delito de acción concertada³²— sino sólo señalar las incidencias colaterales de estos delitos con las nuevas tecnologías, campo donde se están produciendo ya manifestaciones importantes de su actividad.

En efecto, las acciones terroristas de integración, colaboración o enaltecimiento pueden en todo o parte realizarse a través de Internet que sirve así como medio de comisión resaltando a modo de ejemplo la reciente redacción del art. 579 CP una modalidad de facilitación como es “la distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas” favorecedoras del terrorismo, que sin duda tendrá en la Red uno de sus máximos cauces de realización.

Conviene, para finalizar, indicar que se echa de menos que el CP no haga una específica mención al ciberterrorismo y, en concreto, no dedique al menos un artículo que pene de manera decidida y particularizada el ataque informático a las infraestructuras críticas y a objetivos estratégicos capaces de desestabilizar la convivencia cotidiana afectando a un amplio sector de la población (según redacción legal del reformado art. 571 CP “subvirtiendo el orden constitucional o alterando gravemente la paz pública”), máxime teniendo en cuenta que este artículo, incomprensiblemente, no reproduce las agravaciones específicas de los indicados segundos párrafos letra c) de los art. 570 bis y 570 ter CP, para la delincuencia concertada no terrorista.

La COM (2004) 702 final, 20 de octubre, define las infraestructuras críticas como “aquellos recursos, servicios e instalaciones de tecnología de la información y las comunicaciones, redes y activos de infraestructuras cuya disrupción o destrucción tendría un impacto grave sobre la salud, protección, seguridad o bienestar económico de los ciudadanos o sobre el funcionamiento efectivo del Gobierno”.

³² Conviene, no obstante, resaltar que la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, explica que por la autonomía de ciertas formas modernas de terrorismo y porque constituyen una permanente amenaza grave contra el propio Estado de Derecho, la norma, como la jurisprudencia anterior, renuncia a distinguir organizaciones de grupos terroristas y aunque los equipara en su definición a las de los arts 570 bis y ter CP, los pena por igual, tengan o no permanencia y durabilidad temporal. Por otra parte, se indica en la misma Exposición de Motivos que cabe el terrorismo individualizado —piénsese en el llamado “Carlos” y en algunos apologetas de la yihad por Internet—, lo que presenta dificultades a la hora de considerar si su monointegración es compatible o no con la “pertenencia”, “actuación al servicio” o “colaboración” con un grupo-organización terrorista, en vez de con una categoría tal.

Nos referimos a sectores como el energético, nuclear, nuevas tecnologías, transportes, agua, alcantarillado, alimentación, salud, finanzas, banca, industria química, espacial, investigación, armamentística, policial, militar, justicia, investigación, administración pública, etc.